



ANO 6 - NÚMERO 3 - SETEMBRO - DEZEMBRO 2021

---

REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

---





REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

ANO 6 - NÚMERO 3 - SETEMBRO - DEZEMBRO 2021



# EXPEDIENTE

## **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR.**

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

**Periodicidade:** quadrimestral.

## **Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021**

Cássio Lisandro Telles (Presidente)  
Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)  
Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)  
Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)  
Henrique Gaede (Tesoureiro)  
Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

## **Escola Superior de Advocacia**

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)  
Marília Pedroso Xavier (Coord. de Direito Privado da ESA-PR)  
Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

## **Coordenadores Científicos**

Adriana D'Avila Oliveira  
William Soares Pugliese

## **Conselho Editorial**

Alexandre Barbosa da Silva  
Carlos Eduardo Manfredini Hapner  
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Claudionor Siqueira Benite  
Daniel Ferreira  
Eduardo Talamini  
Fernando Previdi Motta  
Graciela I. Marins

João Bosco Lee  
José Affonso Dallegrave Neto  
Leila Cuellar  
Lucia Maria Beloni Correa Dias  
Marilena I. Winter  
Rafael Munhoz de Mello  
Rogéria Dotti  
Sandro Gilbert Martins

**Editor:**

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

**Produção:** NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora: [www.livroslegais.com.br](http://www.livroslegais.com.br)

Selo editorial

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer**Revisão:** Próprios autores**Diagramação:** Equipe Edição por Demanda

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná Escola Superior de Advocacia

**Endereço postal:**

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú  
80.540-340 – Curitiba - Paraná

**Distribuição:** GRATUITA

Catálogo da Publicação na Fonte  
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448  
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

- R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Avila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.6, n.3 (set./dez. 2021) -- Curitiba: OABPR, 2021. 262 p. ; 15 cm x 20,5 cm.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Avila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340
2. Direito – periódicos 340.05

# ÍNDICE

<b>PALAVRA DO PRESIDENTE</b>	<b>7</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>DOCTRINA</b>	<b>11</b>
<b>PROVA DIGITAL, CADEIA DE CUSTÓDIA E VALOR PROBATÓRIO DAS CAPTURAS DE TELA NO WHATSAPP</b> Luiz Antonio Câmara e Gabriel Rodrigues de Carvalho	<b>13</b>
<b>SUJEITOS OBRIGADOS AOS MECANISMOS DE CONTROLE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO SETOR IMOBILIÁRIO</b> Mariana de Aguiar Buerger	<b>47</b>
<b>ADVOCACIA RACIALIZADA: O ESTADO DA ARTE NO BRASIL</b> Letícia de Souza Baddaury	<b>67</b>
<b>CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS</b> Guilherme Kloss Neto	<b>87</b>
<b>A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE NOS INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS</b> Amanda Buseti Mori Santos	<b>109</b>
<b>EXECUTIVIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO</b> Leandro Cavalcante Lima	<b>151</b>
<b>A MULTIPARENTALIDADE E A POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL</b> Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro e Patricia Botter Nickel	<b>177</b>

**DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL  
NO RECEBIMENTO DA HERANÇA**

João Alberto Diniz dos Santos e  
Sérgio Ney Cuéllar Tramuja \_ \_ \_ \_ \_ **191**

**OS IMPACTOS DA APLICAÇÃO DO ART. 6 §  
7º-B DA LEI Nº 11.105/2005 FRENTE AO  
CUMPRIMENTO DO PLANO DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Amanda Pereira Tomazoni e  
Katia Caregnatto \_ \_ \_ \_ \_ **233**

## PALAVRA DO PRESIDENTE

**A** revista da Escola Superior da Advocacia chega a sua última edição na gestão 2019/2021 da OAB-PR. A Escola Superior da Advocacia difunde o conhecimento jurídico e a capacitação da advocacia em várias frentes: nos cursos, nos congressos e seminários, nos projetos de mentoria e também por meio de sua revista.

Nesta edição temas atuais sobre a prova no direito criminal, crimes de lavagem de dinheiro, exercício da advocacia, mutiparentalidade, ganho de capital na herança, atuação da OAB nos julgamentos repetitivos e os efeitos das execuções fiscais na recuperação judicial são tratados com profundidade. São temas muito atuais que sinalizam aquilo que a ESA tem se proposto na atual gestão, isto é, estar à frente de seu tempo, permitindo à advocacia o conhecimento de novidades legislativas e doutrinárias, para incrementar e melhorar os serviços a serem prestados à sociedade.

A revista já se consolidou nacionalmente como uma referência de pesquisas. Neste último número da atual gestão, quero cumprimentar a coordenação da ESA, por meio da Dra. Adriana D'Ávila Oliveira, Dr. Francisco Zardo e Dra. Marília Pedroso Xavier, bem como o coordenador científico William Pugliesi, na pessoa de quem também parabeno o conselho editorial. A Revista em mais uma gestão cumpriu integralmente seu papel.

Agradecimento também deve ser feito aos advogados e juristas que contribuíram com seus estudos e pesquisas, sem esse trabalho intelectual não atingiríamos o reconhecimento de excelência pela classe ao trabalho de difusão da cultura jurídica.

BOA LEITURA.

Cássio Lisandro Telles  
Presidente da OAB Paraná



## APRESENTAÇÃO

O sentimento que marca a finalização deste número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR é o de missão cumprida. Quando assumimos o compromisso com a gestão do Presidente Cassio Telles, os objetivos eram o de manter a qualidade da Revista e o de garantir a publicação de todos os números com a periodicidade correta. Finalizamos o triênio com êxito, superando o difícil período marcado pela pandemia.

Reiteramos o compromisso da ESA e de sua Revista com o aprimoramento cultural da classe jurídica, oferecendo conteúdo de livre acesso para a constante atualização dos advogados e para o uso profissional destes. Convidamos, ainda, todos os colegas para que contribuam com o periódico e submetam o resultado de suas investigações para publicação. As regras encontram-se no site: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Desejamos muito sucesso para a próxima gestão da OAB/PR, da ESA, da Revista e da equipe que trabalha diuturnamente para alcançar os resultados esperados. Por fim, mais uma vez, registramos nosso agradecimento aos autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR.

Adriana D'Avila Oliveira  
William Soares Pugliese



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR



**DOCTRINA**



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# PROVA DIGITAL, CADEIA DE CUSTÓDIA E VALOR PROBATÓRIO DAS CAPTURAS DE TELA NO WHATSAPP

Luiz Antonio Câmara<sup>1</sup>

Gabriel Rodrigues de Carvalho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Recentemente, pela Lei 13.264/2019, passou a *cadeia de custódia* da prova a ter previsão legal no Brasil. Anacrônica e incompleta, a Lei calou quanto à prova *digital*, o que não impede a aplicação das normativas a tal espécie de prova. As novas disposições implicam em maior efetividade ao *devido processo legal* e ao *contraditório*. No STJ ganham corpo discussões relacionadas à cadeia da prova e interceptações telefônicas, com perda de diálogos e também o espelhamento de aplicativos de mensagens por agentes *oficiais*, concluindo-se pela ilicitude das provas. O uso massivo de aplicativos de mensagens (*WhatsApp*, especialmente) e o valor probatório de capturas de tela como

---

1 Doutor e mestre em Direito Penal e Processual Penal (UFPR). Ex-professor da PUCPR e do UNICURITIBA. Advogado criminal.

2 Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal (UNICURITIBA). Advogado criminal.

prova de crimes são abordados, concluindo-se que, isoladas, mesmo quando amparadas por ata notarial, constituem prova ilícita.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Devido Processo Legal. Contraditório. Prova Digital. Cadeia de Custódia.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme HASSEMER<sup>3</sup> somente um Direito Processual Penal fiel aos princípios, à sua estrita efetivação na *praxis* e ao enraizamento dos seus limites na consciência do povo pode impedir que a produção do caso penal signifique também lesão ao direito; a formalização da busca da verdade e sua limitação por meio de regras estritas constituem o próprio *ethos* da fase de produção probatória.

É indiscutível a essencialidade da prova para emissão, ao final do processo, da decisão que mais se aproxime da realidade pretérita dos fatos. Não pode ela, contudo, ser produzida a qualquer custo, especialmente *contra reo*.

O processo de sua produção, admissão e valoração deve estar sempre atento aos marcos do *devido processo legal*, especialmente nos seus consectários *ampla defesa* e *contraditório*, com oportunização ao acusado não só para que produza a prova defensiva como, eficazmente, se oponha à prova acusatória.

---

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Trad.: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005, p. 214.

É com esse espírito, de maximizar as possibilidades de a defesa contraditar a prova acusatória, que se constrói o presente trabalho.

Com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (popularmente conhecida como Lei *Anticrime*), que inseriu no Código de Processo Penal os artigos 158-A a 158-F, foi positivada no texto do referido *codex* a noção de “cadeia de custódia”.

O intuito evidente do novo instituto legal é ampliar o controle nas diversas fases do procedimento probatório.

O CPP passou, então, a definir detalhes procedimentais voltados à “história cronológica do vestígio” e, ainda, determinou a criação de centrais de custódia nos Institutos de Criminalística (art. 158-E).

Ganhou destaque um novo critério a ser analisado para averiguar a licitude da prova penal, eis que, nos termos do artigo 157 do CPP, serão ilícitas as provas obtidas em violação a normas legais.

As novas e específicas previsões a respeito da cadeia de guarda da prova, é certo, revelarão novas situações expressivas de ilicitude.

Entretanto e curiosamente, em mais um cochilo legislativo, a inovação legal não tratou expressamente das provas *digitais*, o que conduz à dúvida sobre a aplicação das normativas recentes a tal espécie de evidências. E isso quando é evidente a explosão na utilização da prova *digital*, em razão do vigoroso desenvolvimento da ciência informática, com influência, inclusive, sobre a tipologia do processo penal, mudando o centro de gravidade em direção à

fase das investigações preliminares<sup>4</sup>.

Mostra-se, então, necessário o exame da guarda da prova, sua extensão e influência sobre a prova *digital*.

Após análise da ancoragem constitucional da guarda da prova se abordam três temas: a aplicação das normas que a regem às provas *digitais*, o valor probatório de capturas de telas de aplicativos de mensagens (destacando-se o *WhatsApp*) e as consequências do reconhecimento da quebra da cadeia.

Esclarece-se que as traduções constantes do presente trabalho foram feitas livremente pelos autores.

## **2. CADEIA DE CUSTÓDIA. DEFINIÇÃO E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.**

Na previsão legal constante do CPP cadeia de custódia é [...] o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte<sup>5</sup>.

Para SEGHEZZO é o procedimento controlado e sistematizado que se aplica a todos os meios de prova relacionados

---

4 COLACCICO, Cláudio. Dalle Distinzione tra Prove Tipiche e Atipiche alle Caratteristiche Intrinseche della Prova Digitale: ecco come questo sta influenzando l'evoluzione del Processo Penale in Italia, Agenda Digitale, 04.04.2020. Disponível em <https://www.agendadigitale.eu/documenti/giustizia-digitale/prova-digitale-nel-processo-penale-ecco-la-sua-influenza/> Acesso em 15.10.2021.

5 Art. 158-A, CPP.



com o delito, desde sua localização até sua valoração pelos encarregados de administrar a justiça<sup>6</sup>. A finalidade, conforme a autora, é evitar qualquer vício no manejo da prova, tentando afastar alterações, substituições, contaminações ou destruições<sup>7</sup>.

Para PRADO a cadeia de custódia da prova consiste em método por meio do qual se preserva a integridade do elemento probatório e se assegura a autenticidade<sup>8</sup>.

Divergindo das noções acima, BADARÓ<sup>9</sup> afirma que “a cadeia de custódia em si dever ser entendida como a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real desde que foi colhida até que seja apresentada em juízo”.

Segundo HEILIK<sup>10</sup>, na esfera informática, *cadeia de custódia* é o termo usado para descrever o procedimento adotado

---

6 SEGHEZZO, Barbara. **Protocolos y exigencias normativas sobre cadena de custodia**. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44508-protocolos-y-exigencias-normativas-sobre-cadena-custodia>. Acesso em 05.10.2021.

7 *Op. e p. cites.*

8 PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. Disponível em: <<https://geraldo-prado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em 06.10.21.

9 BADARÓ, Gustavo. **Os standards Metodológicos de Produção na Prova Digital e a Importância da Cadeia de Custódia**. Boletim IBCCrim, N<sup>o</sup> 343, junho/2021, p. 8.

10 HEILIK, Jacob. **Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner’s Guide**, Kindle’s Editon, 2019, p. 16

e a documentação dele resultante que atestam a *origem* e a *autenticidade* para qualquer item específico da prova *digital*.

Conforme LOPES Jr. e ROSA a preservação das fontes é fundamental, principalmente quando se trata de provas cuja produção ocorre *fora* do processo, como é o caso da coleta de DNA, interceptação telefônica, etc, tratando-se de verdadeira condição de validade da prova<sup>11</sup>.

Porém, para os autores citados no parágrafo anterior, é imprescindível que a análise dessa “condição” se dê por critérios objetivos, pois não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes estatais que manusearam a prova; mas, sim, de objetivamente, definir um procedimento que garanta e acredite a prova independentemente da problemática do elemento subjetivo. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou ‘bondade e lisura’ do agente estatal<sup>12</sup>.

A cadeia de custódia, portanto, é um método de verificação da autenticidade da prova para controlar sua produção, admissão e valoração. É ela “uma espécie de análise probatória sobre a prova”, uma “prova sobre a prova” necessária ao controle sobre a legalidade da persecução penal”<sup>13</sup>.

---

11 LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia...***op. cit.*

12 *Op. cit.*

13 TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens R.R. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant Brasil. 2020, p. 82.

Sem a documentação da *cadeia* não é possível questionar a *autenticidade e integridade* da fonte de prova *digital* e os elementos de prova dela extraídos<sup>14</sup>.

A garantia processual derivada da *cadeia* possui dois fundamentos: o primeiro é o que se pode chamar de *princípio da desconfiância*, que exige a acreditação da prova, ou seja, que a prova em debate trate, de fato, daquilo que ela realmente é<sup>15</sup>. O segundo é o *princípio da mesmidade*, que pode ser explicitado como “a garantia de que a prova valorada é exata e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo, portanto, à ‘mesma’”<sup>16</sup>.

É certo que com a *cadeia* de custódia se objetiva garantir a análise da integralidade da prova na dinâmica processual por meio do *contraditório*.

Ligando-o ao exame de interceptações telefônicas, LOPES JR.<sup>17</sup> acentua o direito da defesa “de ter acesso à inte-

---

14 BADARÓ, Gustavo. **Os standards Metodológicos de Produção na Prova Digital e a Importância da Cadeia de Custódia**. Boletim IBCCrim, Nº 343, junho/2021, p. 9.

15 PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, nº 262, set. 2014, p. 16-17.

16 LOPES JR., A. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 182.

17 Afirma o autor: “Questão recorrente nas interceptações telefônicas está na violação da “mesmidade” e, por via de consequência, (manifestação do contraditório=direito a informação e paridade de armas), na medida em que a prova é “filtrada” pela autoridade policial ou órgão acusador, que traz para o processo (e submete ao contraditório diferido) apenas o que lhe interessa. Não é “a mesma” prova colhida, mas apenas aquela que interessa ao acusador, subtraindo o acesso da defesa. A manipulação (e aqui se emprega no sentido físico do vocábulo, sem juízo de desvalor ou

gralidade da prova na sua originalidade”. Direito que deve se estender a todos os meios de prova ou de obtenção da prova e essencial à efetivação do *contraditório* e da *paridade de armas* entre acusação e defesa.

Conforme MENEZES, BORRI e SOARES<sup>18</sup>, é importante salientar que a ausência de cuidado com a fonte de prova produzida repercute também no direito constitucional do *devido processo legal* e todos os meios e recursos a ele inerentes (ampla defesa, contraditório, paridade de armas). Tais garantias, atestam os autores com base em CARVALHO, permitem ao acusado condições de se defender e evitar arbítrios, ou seja, o instituto permite “avaliar se aquela prova que está no Tribunal, e que representa a materialidade de um ato criminoso, foi tratada com o devido rigor técnico-científico legal desde sua origem e colheita no local da infração penal”<sup>19</sup>.

E, claro, a *reação contraditória* defensiva ganha vigor quando há controle sobre a *história* da prova. Recorde-se com GRECO FILHO<sup>20</sup> que o contraditório pode ser definido como o

---

atribuição de má-fé ao “manipulador”) é feita durante a custódia e viola exatamente as regras de preservação da idoneidade” (*Op. e p. cit.*).

- 18 MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro**, in Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 284.
- 19 CARVALHO, Jeferson Lemes. **Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal**. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, vol. 05, p. 371-382, 2016. p. 373, in MENEZES et alii, *op. cit.*
- 20 GRECO FILHO. Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa e consiste primeiramente, em poder contrariar a acusação, requerer a produção de provas que devem ser produzidas e acompanhar a produção delas. *Acompanhar*, evidentemente, compreende também *controlar* a prova produzida na fase pré-processual, debatendo a incolumidade da cadeia probatória, em contraditório diferido.

É essencial a observância da cadeia de guarda da prova que, recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, ganhou destaque na doutrina e, conseqüentemente, na *praxis*, conforme previra PRADO, não sem um certo desencanto<sup>21</sup>.

Embora a *cadeia de custódia* (ou de *guarda*) da prova tenha ganho destaque em período recente, é razoável afirmar que normas constantes do Código de Processo Penal, desde a sua entrada em vigor, em 1942, regulam parcialmente a questão<sup>22</sup>.

Porém, foi em 2014, ainda com discussão incipiente sobre o tema no Brasil, que o STJ prolatou decisão relevante e pioneira salientando a importância da cadeia de custódia no

---

21 Afirma o autor: “Também releva notar que se o Brasil está avançado em termos de doutrina acerca do assunto e começa a dar os passos no que concerne à legislação, o assunto da cadeia de custódia das provas ainda é tratado como filigrana jurídica, obstáculo à atuação das autoridades ou, o que talvez seja ainda pior, a depender do ângulo de observação, com profunda ignorância em alguns juízos e tribunais, reservando ao país uma incômoda posição típica do despreço ao direito como prática civilizatória”. In: PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento...**, *op. cit.*

22 Assim, o art. 6º, (especialmente incisos I, II, III e VII), CPP, indicando a atuação da autoridade policial imediatamente após o conhecimento da ocorrência de crime (manutenção do estado das coisas, apreensão de objetos, colheita de provas, reconhecimento de pessoas e coisas).

âmbito das interceptações telefônicas<sup>23</sup>. No aresto se decidiu que a “ausência de preservação da integralidade da prova produzida na interceptação telefônica e telemática” conduz ao reconhecimento da ilicitude da prova

De qualquer forma, é nítida a evolução que culminou na recente e relevante inovação legislativa pela Lei nº 13.964/2019 (popularmente conhecida como Lei *Anticrime*), legislando sobre a *cadeia*.

Entretanto, peca a novel legislação por não tratar, expressa e especificadamente, das provas *digitais*, o que causa estranheza, em razão de que tais provas são objeto de discussão em território brasileiro há pelo menos três décadas.

A omissão, porém, não significa dizer que o cuidado com a cadeia de custódia não deva ser deferido à prova *digital*. É o que se vê no item que segue.

### **3. APLICAÇÃO DAS NORMAS REGENTES DA CADEIA ÀS PROVAS DIGITAIS.**

Curiosamente, mas sem surpresas, ao regulamentar a cadeia de custódia no estatuto processual penal, o legislador calou sobre a sua aplicação à prova *digital*.

Explicações para a omissão não faltam: as leis penais brasileiras recentes, na maioria, se marcam pela assistemática e pelo distanciamento de critérios técnicos. A isso cer-

---

<sup>23</sup> STJ, HC 160.662/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, j. em 18.02.2014, DJe de 17.03.2014.

tamente deve se somar a constatação de que a regulação de tal prova é, inegavelmente, complexa.

A chamada Lei *Anticrime* não foge à regra. Deriva de projeto autoritário e técnico do então ministro da Justiça que não previa a cadeia de custódia e que foi profundamente alterado nas casas congressuais. A tal projeto foram somados outros dois, redigidos por uma comissão de juristas capitaneada pelo Min. Alexandre de Moraes do STF. Um deles, o projeto 10.372/18, resultou na alteração pontual e desatenta à atualidade, deixando vácuo quanto à regulação da prova digital.

Causa espécie a desatenção legislativa brasileira quando se observa que, já há tempos, legislações provinciais de países vizinhos se preocupam com provas analógicas e *digitais*<sup>24</sup> e quando a discussão mundial sobre o tema é palpitante.

Conforme BADARÓ, fundado em KERR, na prova *digital* o adjetivo decorre de a prova se originar da manipulação eletrônica de números (*bits*) a partir de *zeros and ones of electricity*<sup>25</sup>. Similarmente, VIAL, LECLERC e VERGÉS<sup>26</sup> asseveram que a prova eletrônica não decorre mais de um “elemento de prova”

---

24 Embora não chegue a regular a preservação de mensagens de aplicativos, a Resolução 233/12 da Província de Salta, na Argentina, estabelece requisitos específicos para cassetes de áudio, de vídeo e de CD's. (SEGHEZZO, *op. cit.*, p. 13).

25 BADARÓ, Gustavo. **Os standards Metodológicos de Produção na Prova Digital e a Importância da Cadeia de Custódia**. Boletim IBCCrim, Nº 343, junho/2021, p. 7.

26 VIAL, G., LECLERC, O. e VERGÉS E. **Preuves scientifiques et technologiques**. Cahiers Droit, Science et Technologie, 11, 2020, p. 220/226, <https://doi.org/10.4000/cdst.2963>. Acesso em 15.10.2021.

no sentido material do termo. Transformou-se num “dado” em que a natureza é imaterial e adquire a forma de uma série de zeros e de uns.

São notórias as diferenças entre provas físicas e *digitais*. Conforme HEILIK<sup>27</sup>, para elementos dotados de *substância*, como documentos e outros objetos, a alteração ou adulteração é visualmente evidente. Por outro lado, itens que podem ser facilmente alterados ou cujas características não são visualmente evidentes, exigem autenticação adicional que descreva os processos usados para chegar às conclusões. Deve, mais, haver documentação que mostre claramente como os processos foram realizados, sem que fossem afetadas a *origem* e a *autenticidade* do material colhido.

Em sentido similar BADARÓ<sup>28</sup> assevera que ainda que os dados digitais em seu conteúdo informativo possam ser diretamente percebidos por quem está em contato com eles, não possuem materialidade imediatamente constatável e, por isso, para que produzam informação jurídica útil à reconstrução histórica dos fatos, devem seguir os princípios informáticos. Lembra que se trata de fonte de prova que pode ser facilmente contaminada, sendo sua gestão muito delicada, por apresentar um alto grau de vulnerabilidade a erros<sup>29</sup>.

Não há dúvidas de que todo o processo, da colheita à

---

27 HEILIK, Jacob. **Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner’s Guide**. Kindle’s Editon, 2019, pp. 17-18.

28 BADARÓ, **Os Standards...**, *cit.* p. 7.

29 BADARÓ, **Os Standards ...cit.** p. 8, com base em ZICARDI.



valoração da prova *digital*, é bastante mais complexo do que a prova *substancial*. E requer regulação legal específica e detida. A propósito, como já publicamente salientado, perdeu o legislador brasileiro a oportunidade de tratar e dar previsão adequada para as provas de grande parte da criminalidade, mesmo em crimes tradicionais”<sup>30</sup>.

Entretanto, embora as novas e anacrônicas previsões legais da cadeia de custódia falhem ao não tratar das provas digitais, estas não escapam a controle.

A falha não afasta o controle da cadeia de custódia da prova na modalidade *digital*. Afinal, *coleta, acondicionamento, processamento, armazenamento, descarte, etc.* são noções comuns a todas as espécies de prova.

Como afirmam LUCCHESI e MENDES<sup>31</sup> “atualmente, o local de maior relevância da preservação da cadeia de custódia é o ambiente dos métodos ocultos de investigação e outras provas digitais que invadem dispositivos eletrônicos em geral e são responsáveis por promover aquilo que Schünemann chama de “efeito hidra”, ou seja, uma busca permanentemente ampliada e com isso invasiva, com a finalidade de alcançar vestígios de fatos que inclusive se desconhece, podendo

---

30 SÁ, Priscilla Placha. **Palestra “Cadeia de custódia da prova no processo penal”**, ministrada em 11 de agosto de 2020. Semana da Advocacia Paranaense – OAB/PR. Breve síntese disponível em: < <http://esa.sites.oabpr.org.br/na-semana-da-advocacia-debates-sobre-diferentes-temas-do-processo-penal.html> >. Acesso em 12.10.2021.

31 LUCCHESI, Guilherme B., e MENDES, Tiago B. **Lei Anticrime: A (Re)forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?** São Paulo: Tirant Brasil. 2020, p. 95.

inclusive configurar *fishing expedition*, que atualmente é vedada pelo STF”.

Segundo os autores acima, a própria Lei 13.964/2019 tem outros dispositivos que se preocupam com a *cadeia* em provas imateriais, ainda que sem mencionar expressamente o termo, mas prevendo a documentação cronológica dos atos de colheita dos indícios, como é o caso do art. 8º-A, § 1º, da Lei 9.296/96, relacionado à escuta ambiental, e do art. 10º-D, da Lei 12.850/2013, relacionado ao agente infiltrado virtual. Portanto, inexistente fundamento para não aplicação das previsões relacionadas à cadeia de custódia aos elementos indiciários de natureza imaterial<sup>32</sup>.

BADARÓ relembra que, embora a cadeia de custódia esteja normalmente ligada à prova científica, principalmente à perícia de laboratório, sua aplicação de dá em relação a qualquer fonte de prova *real*, divergindo essa das provas pessoais, segundo provenha de *coisas* ou *pessoas*<sup>33</sup>.

Há, como aponta PRADO<sup>34</sup>, “imensa preocupação de legislação e doutrina, em nível internacional, com a preservação da cadeia de custódia da prova digital, inadmitindo-se a prova à vista da demonstração de sua violação”.

VIAL, LECLERC e VERGÉS assinalam que a tecnologia

---

32 *Op. e p. cit.*

33 BADARÓ, Gustavo. **A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal**, p. 522.

34 PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional...** *op. cit.*

impôs mais complexidade aos procedimentos probatórios e conduziu à revisão das regras existentes e, mesmo, à criação de novos regimes probatórios e essa evolução não se encontra acabada<sup>35</sup>.

É razoável afirmar que, diante da omissão legislativa, as normas do CPP regentes da cadeia de custódia para outras provas que não as digitais são aplicáveis analogicamente com fundamento no art. 3º do próprio estatuto processual penal (*autointegração*) ou, ao menos, funcionam como referenciais hermenêuticos.

Portanto, há suporte jurisprudencial, doutrinário e, no que couber, legal (arts. 158-A e seguintes, CPP) para que se imponha observação à cadeia de custódia da prova, independentemente de sua natureza. Mesmo quando se tratar de prova *digital*.

#### **4. CADEIA DE CUSTÓDIA E APLICATIVOS DE MENSAGENS (O WHATSAPP EM DESTAQUE).**

Com a evolução tecnológica se tornou possível que, na palma da mão, as pessoas carreguem uma infinidade de informações pessoais, financeiras e sociais, podendo, com poucos *clicks*, trocar mensagens instantâneas com o mundo todo.

Para tanto, existem diversos aplicativos, como o *Messenger* e o *Telegram*, além de outros. E, certamente, o mais famoso,

---

<sup>35</sup> VIAL, G., LECLERC, O. e VERGÉS, E. **Preuves scientifiques et technologiques**. Cahiers Droit, Science et Technologie, 11, 2020, p. 220/226, <https://doi.org/10.4000/cdst.2963>.

o *WhatsApp*, cuja utilização massiva<sup>36</sup> cria novas formas de relações sociais, não ficando imune, pois, a implicações jurídicas.

Um exemplo disso se apresenta quando uma conversa ou mensagem trocada via *WhatsApp* é utilizada como meio de prova, seja por constituir a própria materialidade do crime (como uma mensagem contendo uma *ameaça* ou *injúria*), seja por se expressar como indício de outras práticas delitivas, oferecendo base para o início de um procedimento investigativo. Por exemplo, num caso de tráfico de drogas em que as negociações são realizadas pelo aplicativo.

Entram em jogo, então, o *print screen* (captura de tela) de mensagens e a possibilidade de apreensão de aparelhos telefônicos para quebra de sigilo nos crimes de maior gravidade. E o uso crescente de atas notariais para a prova de crimes de gravidade menor, especialmente contra a honra (*calúnia, injúria e difamação*).

Aí, então, a prova, decorrente de diálogos ou mensagens capturadas no *WhatsApp*, às vezes consagrada por ato de tabelião, seria naturalmente válida.

Põem-se, então, as seguintes perguntas: a prova estampada em *print screen* dispensa um crivo de legalidade para validação? E se for amparada em ata notarial?

Examinam-se, a seguir as duas situações:

---

<sup>36</sup> Segundo a pesquisa Panorama, realizada pelo site de notícias Mobile Time, em parceria com a soluções de pesquisas Opinion Box, o aplicativo *WhatsApp* está instalado nos celulares *smartphone* de 99% dos brasileiros, sendo que 93% da população utiliza esse app todos os dias. Nesse sentido, cf.: < <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mensageria-no-brasil-fevereiro-de-2020/> >. Acesso em 15.10.2021.

#### 4.1. Capturas de tela em aplicativos de mensagens

No ano de 2021 manchetes jornalísticas estamparam que o “STJ descartou *prints* do *WhatsApp Web* como provas de crimes”<sup>37</sup>. Tais notícias certamente alvoroçaram o senso comum em face da popularidade do aplicativo em questão.

A decisão, tratada vigorosa, ruidosa e descuidadamente pela mídia, inclusive aquela de informes jurídicos especializados, foi emitida em março de 2021 no julgamento do AgRg em RHC nº 133.430/PE<sup>38</sup>.

No julgamento o Tribunal se debateu com questões relacionadas à produção probatória *oficial*, realizada por agentes estatais somada à atuação de um anônimo que se valeu de denúncia para noticiar a ocorrência de infrações penais.

No acórdão o STJ relatou que os *prints* retirados do aplicativo tratam “de uma conversa realizada em um grupo, no qual existem várias pessoas, dentre elas, aquela que apresentou a notícia anônima das condutas criminosas”.

Diante da alegação de invalidade da prova em razão da divulgação das conversas de *WhatsApp* por um dos participantes do grupo, a corte, então, analogicamente, aplicou ao caso o *standard* decisório utilizado quando se flagra “gravação ambiental

---

<sup>37</sup> SILVA, Victor Hugo. **Por que o STJ descartou prints do WhatsApp Web como provas de crimes**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/06/22/por-que-o-stj-descartou-prints-do-whatsapp-web-como-provas-de-crimes.ghtml>. Acesso em 02.10.21.

<sup>38</sup> STJ – RHC 133.430-PE, Rel. Min. Néfi Cordeiro. J. em 23.02.2021 – DJe de 26.02.2021.

realizada por um dos interlocutores”: validade como prova no processo penal, independentemente de autorização judicial.

Tal ponto é relevante, pois considera lícita a utilização de mensagens trocadas via aplicativo de celular obtidas por um dos interlocutores, incluindo-se aqui tanto uma conversa entre duas pessoas quanto aquela exposta num grupo com diversos participantes, dentre eles aquele que fornece as mensagens para fins de prova penal.

E, no ponto que mais interessa ao presente artigo, o STJ decidiu que “é inválida a prova obtida pelo espelhamento de conversas do *WhatsApp Web* via Código QR”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Veja-se trecho da ementa do julgado: “4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. [...] 8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica”.

Tal decisão se fundou em precedente do mesmo Tribunal contido no julgamento do RHC 99.735/SC<sup>40</sup>. Em ambas as decisões há preocupação com a ferramenta do *WhatsApp Web* que permite seu “espelhamento” em computador<sup>41</sup>.

Em síntese: a questão essencial é a possibilidade de que, com o espelhamento, os agentes investigantes estatais podem manipular a prova.

No RHC 133.430-PE o STJ reiterou posição no sentido de ser ilícita a prova penal contida em mensagens de *WhatsApp* quando houver *espelhamento* ou *emparelhamento* do aplicativo e do navegador. O que, certamente, não equivale a reputar ilícita toda prova obtida em aplicativos de mensagens.

Indaga-se, então, o que segue:

E se o *print* das conversas trocadas via *WhatsApp* for retirado diretamente do aplicativo no aparelho celular, é válida e lícita a prova?

No processo civil a admissão de tal meio de prova, a princípio, não parece encontrar barreiras: conforme o

---

40 STJ – RHC 99.735 – SC. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 27.11.2018 – DJe de 12.12.2018.

41 V. a seguinte passagem do voto da relatora: “Na hipótese dos autos, após a apreensão do celular, a Autoridade Policial procedeu em sigilo – isto é, sem comunicar ao Recorrente – ao emparelhamento das plataformas, tendo, logo após, devolvido a ele a posse do aparelho. Isso permitiu aos investigadores não apenas o acesso a todas as conversas – conteúdo das mensagens e dados anexados – que já estavam registradas no *WhatsApp* do Recorrente (*ex tunc*), independentemente da antiguidade ou do destinatário, como também o acompanhamento, dali para frente (*ex nunc*), de todas as conversas que fossem iniciadas pelo Recorrente ou por algum de seus contatos”.

Enunciado 636 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “as conversas registradas por aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais podem ser admitidas no processo como prova, independentemente de ata notarial”<sup>42</sup>.

No processo penal, para oferecer resposta, é necessária a retomada da cadeia de custódia da prova e a sua observância na colheita de mensagens de *WhatsApp*:

Sublinhe-se, de partida, em conformidade com o magistério de PRADO<sup>43</sup>, que a avaliação da legalidade da prova e de sua prestabilidade para o processo é realizada mediante a possibilidade (ou não) de se rastrear a cadeia de custódia da prova.

A partir disso ateste-se: o *print* de *WhatsApp* não é expressivo de prova plena.

O que impede a conferência de valor probatório pleno à mensagem de *WhatsApp* é o fato de que o *print* revela, talvez, um *retrato* momentâneo de conversações. E, diante dele, há impossibilidade de rastrear a cadeia de custódia.

Ao *print* falta a prova da sua real *origem* ou *autenticidade*. A propósito destas afirma HEILIK <sup>44</sup> que a *origem* é

---

42 In ARAÚJO JR., Gediell C. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 261.

43 PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>. Acesso em 14.10.2021.

44 *Op. cit.*, p. 16-17.



importante porque fornece uma ligação clara entre as provas obtidas e a fonte de onde provêm. E é relevante a *autenticidade* para estabelecer que as provas obtidas não foram alteradas desde que foram coletadas, coincidindo com os dados originais.

No simples *print screen* de *WhatsApp* nem *origem* e nem *autenticidade* podem ser atestadas numa correta observância da cadeia de custódia. Isso conduz à impossibilidade de utilização da prova e à sua ilicitude.

Portanto, para que *print* de mensagens de *WhatsApp* seja considerado lícito em processo penal, é necessário *atestar* a integralidade da cadeia de custódia.

Esse *atestado* ganha corpo especialmente por autorização judicial de apreensão de aparelho telefônico ou de computador e periciamento oficial das conversas do aplicativo diretamente no aparelho celular. E não via espelhamento (que majora as possibilidades de adulteração das conversações).

Também a atuação pericial particular é hábil à emissão de *atestado* de veracidade da mensagem capturada na tela do aplicativo do destinatário (ofendido ou vítima do crime), particularmente em crimes contra a honra, que somente se promovem mediante queixa e a carga probatória é toda do Querelante.

Laudo ou parecer pericial apresentam não só a mensagem como, também, o código de segurança da criptografia entre o remetente e destinatário. Mas, mesmo aqui não há certeza quanto à manutenção da integralidade da cadeia de custódia, pois é impossível a recuperação de mensagens apagadas pelo remetente.

Insista-se: *prints*, ou seja, capturas da tela de celular que mostram o aplicativo em funcionamento, fornecidas pela vítima não são prova para condenação, ainda que escoltadas por ata notarial, como se verá adiante. E nem para abertura de ação em razão de que não expressivos de *justa causa* (prova do crime/autoria).

Avance-se: a submissão de aparelho à perícia é suficiente para oferecer à prova a legalidade necessária para utilização em processo penal?

A resposta é, também, negativa, uma vez que há possibilidade de adulteração das mensagens (ato que é de impossível rastreamento) anteriormente à perícia.

E não se deve ignorar que os atos dos peritos também não podem ser vistos com “presunção absoluta da legitimidade”. Isso pelos próprios fundamentos da garantia à cadeia de custódia, em especial do mencionado *princípio da desconfiância*.

É evidente que, tratando-se especialmente da prova de infrações penais de pouco potencial ofensivo (exemplificativamente, crimes de *calúnia*, *injúria* e *difamação*), não parece razoável que o querelante requeira à justiça a apreensão de telefones para a prova do crime. Tal providência probatória milita, inclusive, contra as finalidades dos juizados especiais, aos quais, também em regra, se submete o caso.

Tendo pouca expressão probatória a captura de tela, a ela deve se somar ao menos, um laudo ou parecer pericial. Além disso, para provar o crime e a autoria a corroboração por outros meios de prova, se não essencial, é relevante.

#### ***4.2 Print screen escoltado por ata notarial***

Leitura pouco atenta do Código de Processo Civil e a publicidade agressiva dos tabeliões<sup>45</sup> poderiam fazer concluir que controles são dispensáveis quando a prova é confirmada por ata notarial.

Recorde-se que o CPC/2015 no art. 384, *caput* e seu parágrafo único<sup>46</sup> contemplam a “Ata Notarial” no Capítulo XII (*Das Provas*).

Conforme CÂMARA<sup>47</sup>, ata notarial é o “documento público, lavrado por notário, através do qual este declara algo que tenha presenciado, declarando sua existência e modo de ser”. O mesmo autor realça a extensão da força probante dela: “a ata notarial faz prova suficiente daquilo que o notário declare ter presenciado”<sup>48</sup>.

Mesmo quando a captura de tela ganha auxílio de ata notarial, o próprio conteúdo desta, em regra, atesta a insuficiência ou, mesmo, impossibilidade de, com ele, se demonstrar a integridade da prova:

---

45 O site de um tabelionato paulistano afirma, sem modéstia, que “o tabelião tem fé pública e sua palavra **tem o peso da verdade**”.

46 Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

47 CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 257.

48 CÂMARA, *op e p. cit.*

Normalmente, a própria pessoa que se diz vítima de crime apresenta um aparelho celular ao notário, o qual, por sua vez, apenas confirma o numeral telefônico e atesta as mensagens que ali estão, apresentadas pelo próprio denunciante.

Porém, não podem os notários confirmar se houve ou não a supressão de mensagens, sejam prévias, posteriores, ou concomitantes àquelas apresentadas. E, menos ainda, “atestar a verdade”, como propagandeiam.

Esse é um dos alertas de Christiany Pegorari Conte, professora de Direito Penal da PUC - Campinas, em entrevista<sup>49</sup>, na qual afirma que, para que a prova ganhe força, uma das possibilidades é registrar uma ata notarial, método em que um cartório pode reconhecer que um conteúdo realmente estava em um aplicativo ou página da internet em uma determinada data. No entanto, a professora campinense assevera que a opção não *atesta* a inexistência de “adulteração na conversa”. Lembra que a alternativa é buscar empresas que prestam serviços de registro de provas digitais. Tal método oferece mais garantias de que uma informação não foi adulterada e de que não houve quebra da cadeia de custódia<sup>50</sup>.

Vê-se que, tendo como fonte o tabelião, nada pode ser provado além daquilo que *presenciou*. Tratando-se de *print*

---

49 SILVA, Victor H. **Por que o STJ descartou prints do WhatsApp Web como provas de crimes**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/06/22/por-que-o-stj-descartou-prints-do-whatsapp-web-como-provas-de-crimes.ghtml>>. 22 jun. 2021. Acesso em 15.10.21.

50 SILVA, Victor H., *idem*.

de *WhatsApp* ele realiza um registro *instantâneo* daquilo que o cliente, unilateralmente, lhe entrega para testemunhar, não tendo poder para constatar eventuais alterações, exclusões, inclusões ou manipulações. Em síntese: não se encontra ao alcance do notário a integralidade da cadeia de custódia.

Sublinhe-se, ainda, que o notário não tem acesso a códigos de segurança da criptografia entre o remetente e destinatário.

E, para demonstrar a existência de crime, é evidente que o material probatório captado deve se subordinar às regras da cadeia de custódia, o que não pode ser atestado por nenhum ato cartorário.

O uso de um “testemunho sem perícia técnica” sobre um ambiente digital complexo, estampado na ata notarial, não atende a requisitos mínimos hábeis à confirmação e intocabilidade da prova. Nesse caso o que se pode afirmar, no máximo, é uma presunção de confiança no “relato” e não no “fato”: “viu-se algo”, mas sem suficiência para afirmar que realmente “aconteceu”<sup>51</sup>.

Quando se trata de prova obtida a partir de *print screen* de *WhatsApp* pode-se atribuir alguns graus de confiabilidade a ela: o simples *print nada* prova; o acompanhamento dele por ata notarial o reforça, mas *pouco* prova: transforma-o em *início* de prova que, pela impossibilidade de acesso à inteireza da

---

51 **Provas no WhatsApp Web são confiáveis ou não? Empresa responde**, in Migalhas, 14.03.2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/341633/provas-no-whatsapp-web-sao-confiaveis-ou-nao-em-presa-responde>. Acesso em 11.10.2021.

cadeia de custódia, reclama complementação por outros meios probatórios.

A ata notarial, mesmo na esfera processual civil, parece não ultrapassar a condição de *início* de prova. Aliás, em tal esfera jurídica, cujo estatuto abriga a figura, firma-se posição jurisprudencial no sentido de que não faz prova plena, conforme tribunais de apelação<sup>52</sup>.

Em sentido similar tem decidido o STJ<sup>53</sup>.

É certo, então, que no processo penal, o *print* de *WhatsApp*, isoladamente, ainda que amparado em ata notarial, não constitui prova para a condenação.

## 5. QUEBRA DE CADEIA NA PROVA DIGITAL. CONSEQUÊNCIAS

Há divergência quanto às consequências jurídicas decorrentes da quebra de cadeia de custódia, destacando-se

---

52 A propósito, decisão do TJMG: “Embora inexista vedação para que a ata notarial seja utilizada como meio de prova documentada, não há dúvida de que, por não ter contado com a participação da parte contrária, a sua valoração como meio probatório não deve ser irrestrita, de maneira que ao julgador caberá lançar mão da persuasão racional em relação à aludida prova ao proferir a sua decisão, à luz dos demais elementos probatórios contidos no feito, conforme preconiza o art. 371 do CPC” (TJMG, Ag. de Inst.-Cv 1.0338.11.011168-3/001, Rel. Des. Cláudia Maia, j. em 28.05.20, pub. 28.05.2020), in ARAÚJO JR., Gediel C. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 261.

53 V. a decisão seguinte: Ata notarial não retira do juiz a necessidade de verificar outras provas existentes nos autos” (REsp 1820607-RO - Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 03.03.2020, Dje de 18.12.2020.

indagação que carece de posicionamento legal:

O que ocorre em eventual desrespeito à cadeia de custódia?

PRADO<sup>54</sup>, antes da previsão legislativa, já defendia que a quebra da cadeia de custódia da prova deve ser tratada com a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras. LOPES JR.<sup>55</sup> assevera que, havendo quebra, a prova deve ser reputada ilícita e não deve ser sequer admitida, pois esbarra no filtro de admissibilidade, que é o segundo momento da prova. Mas, se já estiver incorporada ao processo (quando a quebra é detectada posteriormente ao ingresso, por exemplo, ou se produz no curso do próprio processo), deve ser declarada ilícita, desentranhada e proibida a valoração”.

PACELLI<sup>56</sup> entende que eventual falha nos procedimentos legalmente previstos não importa automaticamente na inutilidade/invalidade do vestígio como elemento probatório para utilização no bojo de procedimento investigatório ou ação penal, embora esta seja a consequência na maioria dos casos. Diz, mais, que “a eventual ausência de uma parte desse procedimento não necessariamente invalidará a prova coletada, que poderá ser

---

54 PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 92.

55 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 183.

56 PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 352.

analisada no contexto com as demais partes do procedimento de sua produção”<sup>57</sup>.

Após o advento da Lei *Anticrime*, BADARÓ<sup>58</sup> se posicionou entendendo que “a questão deve ser resolvida no momento da valoração”, não devendo ser inadmissível *a priori*”. Para o autor “não é a cadeia de custódia a prova em si, mas, sim, uma “prova sobre a prova” e sua finalidade é assegurar a autenticidade e integridade da fonte da prova, ou a sua mesmidade. Ela, em si, diz, não se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*<sup>59</sup>. O mesmo autor, contudo, em outro trabalho<sup>60</sup>, que tem a prova digital como objeto, assevera que com a utilização de métodos não fiáveis os elementos de prova digitais não terão o mínimo potencial epistêmico e a prova eletrônica não será apta a provar qualquer fato. E, em regra, é necessário o emprego de um método adequado, de acordo com as melhores práticas, e que haja documentação completa da cadeia de custódia. A respeito, arremata o professor da USP:

“Em suma, no caso das provas digitais, para que seja minimamente atestada, a sua autenticidade

---

57 PACELLI, *op. e p. cit.*

58 BADARÓ, Gustavo H. R. I. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal.** In Ricardo Sidi; Anderson Bezerra Lopes. (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal.* Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 535.

59 BADARÓ, Gustavo H. R. I. **A cadeia de custódia...** *cit.*, p. 535.

60 **Os standards Metodológicos de Produção na Prova Digital e a Importância da Cadeia de Custódia.** Boletim IBCCrim, Nº 343, junho/2021, p. 9.



e integridade, devem ser seguidos os métodos informáticos de obtenção, registro, armazenamento e análise e apresentação dos elementos de prova digitais que registrem as *best practices* nacionais e internacionais. Sua apresentação judicial, para que tenha potencial epistêmico adequado, deve se dar por meio de prova pericial, sendo essencial a completa documentação da cadeia de custódia”<sup>61</sup>.

As divergências não se limitam ao panorama brasileiro. No México CALDERON ARIAS<sup>62</sup> classifica como “muy controvertido el debate sobre los efectos derivados de la ruptura de la cadena de custodia”.

Há, claro, receio de se assumir postura mais severa contra a quebra da cadeia de custódia da prova penal, por temer não se atingir, com isso, o conhecimento dos fatos, como se a formalidade do processo constituísse não mais do que um obstáculo para se alcançar uma utópica verdade libertadora, mas aparentemente reconfortante.

Tal receio, no entanto, deve ser superado. Sendo tal problemática passível de resolução pela valoração judicial e não pela admissibilidade, que seja por outros motivos que não a garantia de uma verdade inalcançável.

A quebra da cadeia de custódia conduz, sim, à ilicitude

---

61 BADARÓ, *op. e p. cits.*

62 CALDERÓN ARIAS, Emma. **La polémica de las ilicitudes probatorias derivadas de las fases de la cadena de custodia y el rango de la norma quebrantada.** In: *Derecho Global*. Estudios sobre Derecho y Justicia. Guadalajara: a. 1, n. 3, abr.-jul., 2016, p. 131-159, p. 148.

da prova, razão pela qual ela deve ser inadmitida. E, já o tendo sido, deve ser descartada.

Tal raciocínio se aplica integralmente nos casos de utilização de *print screen* ou captura de tela de *WhatsApp*.

## 6. CONCLUSÃO

- 6.1 A *cadeia de custódia* é um método de verificação da autenticidade da prova para controlar sua produção, admissão e valoração.
- 6.2 Normativas constantes do Código de Processo Penal, desde a sua entrada em vigor, em 1942, regulam parcialmente a cadeia de custódia.
- 6.3 Em 2014 o STJ, em decisão pioneira, decidiu que, com o desaparecimento de parte de interceptações telefônicas na Polícia Judiciária, há quebra da cadeia de custódia, com declaração de ilicitude das provas.
- 6.4 A previsão legal do instituto maximiza o *devido processo legal* e enseja *reação contraditória* defensiva pelo controle sobre a *história* da prova.
- 6.5 A Lei 13.964/2019 (*Anticrime*), incompleta e anacrônica, não contemplou a prova *digital* entre as suas previsões.
- 6.6 O vácuo legislativo não é impeditivo de que as provas digitais se submetam à verificação da cadeia de custódia.
- 6.7 Conforme o STJ a captura de tela de *WhatsApp* por espelhamento compromete a avaliação da cadeia de custódia e torna ilícita a prova.

- 6.8 Nos casos em que o *print screen*, colhido diretamente do aplicativo no aparelho telefônico móvel é prova exclusiva, não é possível condenação.
- 6.9 Também não serve de suporte à condenação a captura de tela de mensagem de aplicativo escutada por ata notarial quando for prova exclusiva.
- 6.10 A captura de tela de aplicativo de mensagens tem valor probatório ampliado quando confirmada por laudo ou parecer pericial do qual conste o código de segurança da criptografia entre o remetente e destinatário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO JR., Gediel C. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Atlas, 2021.

BADARÓ, Gustavo H. R.I. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal**. In Ricardo Sidi; Anderson Bezerra Lopes. (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017, p. 514-538.

\_\_\_\_\_. **Os standards Metodológicos de Produção na Prova Digital e a Importância da Cadeia de Custódia**. Boletim IBCCrim, Nº 343, junho/2021, pp. 7-11.

CALDERÓN ARIAS, Emma. **La polémica de las ilicitudes probatorias derivadas de las fases de la cadena de custodia y el rango de la norma quebrantada**. In: *Derecho Global*. Estudios sobre Derecho y Justicia. Guadalajara, a. 1, n. 3, abr.-jul., 2016, p. 131-159

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021.

COLACCICO, Cláudio. **Dalle Distinzione tra Prove Tipiche e Atipiche alle Caratteristiche Intrinseche della Prova Digitale: ecco come questo sta influenzando l'evoluzione del Processo Penale in Italia**, Agenda Digitale, 04.04.2020. Disponível em <https://www.agendadigitale.eu/documenti/giustizia-digitale/prova-digitale-nel-processo-penale-ecco-la-sua-influenza/>.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Siva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEILIK, Jacob. **Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide**, Kindle's Editon, 2019, p. 16.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Conjur**. 16 jan. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal> >.

LUCCHESI, Guilherme B., e MENDES, Tiago B. **Lei Anticrime: A (Re)forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?** São Paulo: Tirant Brasil. 2020.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>.

\_\_\_\_\_. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SEGHEZZO Barbara. **Protocolos y exigencias normativas sobre cadena de custodia**). Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44508-protocolos-y-exigencias-normativas-sobre-cadena-custodia>.

SÁ, Priscilla Placha. **Palestra “Cadeia de custódia da prova no processo penal”**, ministrada em 11 de agosto de 2020. Semana da Advocacia Paranaense – OAB/PR. Breve síntese disponível em: < <http://esa.sites.oabpr.org.br/na-semana-da-advocacia-debates-sobre-diferentes-temas-do-processo-penal.html>

SILVA, Victor Hugo. **Por que o STJ descartou prints do WhatsApp Web como provas de crimes**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/06/22/por-que-o-stj-descartou-prints-do-whatsapp-web-como-provas-de-crimes.ghtml>>.

TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens R.R.. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant Brasil. 2020.

Vial, G., Leclerc, O. e Vergès E. **Preuves scientifiques et technologiques**. Cahiers Droit, Science et Technologie, 11, 2020, p. 220/226, <https://doi.org/10.4000/cdst.2963>.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# SUJEITOS OBRIGADOS AOS MECANISMOS DE CONTROLE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO SETOR IMOBILIÁRIO

Mariana de Aguiar Buerger<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo se desenvolve em torno das leis e regulamentações do sistema brasileiro de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro aplicáveis ao setor imobiliário, com ênfase na lacuna normativa quanto aos agentes imobiliários não subordinados ao Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** lavagem de dinheiro, setor imobiliário, sujeitos obrigados.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SISTEMA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

**A** tipificação do delito de lavagem de dinheiro e a incorporação de mecanismos voltados à sua repressão no Brasil nasceram como resposta ao compromisso internacional

---

<sup>1</sup> Advogada (OAB/PR 98.857). Mestre em Garantias Penais e Delitos Socioeconômicos pela Universitat de València. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

de combate ao tráfico ilícito de drogas, assumido na Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988<sup>2</sup>.

A comoção da comunidade internacional pelo tema, à época, evidenciava-se pela elaboração das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), assim como pela Convenção de Estrasburgo, de 1990, que regulamentou a cooperação internacional contra a lavagem de dinheiro<sup>3</sup>.

Em consonância com a orientação dos agentes globais, o legislador brasileiro introduziu ao sistema jurídico-penal o delito de lavagem de dinheiro pela Lei nº 9.613/98, definido em seu artigo 1º como “ocultar ou dissimular a natureza origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente,” de crimes descritos em um rol taxativo. Destacavam-se, nessa relação de delitos antecedentes, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins e o terrorismo.

Esse mesmo diploma legal instituiu uma série de mecanismos de controle e prevenção do branqueamento de capitais. Dentre eles, merece especial relevância a criação de uma

---

2 OLIVEIRA, A. C. C. **Lavagem de dinheiro**. Responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 23.

3 PIASKOSKI, A. C.; SOUZA NETTO, J. L. “Deveres antilavagem de dinheiro e o intercâmbio de informações entre sujeitos obrigados, unidade de inteligência financeira e órgãos da persecução penal: supervisão preventiva ou investigação preliminar?”, In: SÉLLOS-KNOERR, V. C.; FACHIN, L. E.; KUKINA, S. L.; SANSEVERINO, P. T.; GOMES, M. T. U. (Dir.) **Coletânea de artigos jurídicos em homenagem ao professor José Laurindo de Souza Netto**. Curitiba: Clássica Editora, 2020.



Unidade de Inteligência Financeira (UIF), fiscalizadora e destinatária de um sistema de reporte de informações acerca de operações de aparência suspeita: o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Desde a entrada em vigência da Lei nº 9.613/98, o legislador brasileiro reformou as regras aplicáveis ao crime de lavagem de dinheiro por intermédio da Lei nº 12.683/12, que extinguiu o rol de delitos antecedentes e, no que mais interessa ao objeto deste trabalho, estipulou regras especiais de cuidado a uma expressiva relação de pessoas.

Referidas pela doutrina como sujeitos ou entes obrigados<sup>4</sup>, as pessoas sujeitas ao mecanismo de controle estabelecido pela lei estão dispostas no extenso art. 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro; dentre elas, as bolsas de valores, instituições bancárias, corretoras de câmbio, seguradoras, corretoras de seguros, administradoras de cartões de crédito, lotéricas e, não menos importantes, “*as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis*”, das quais se ocupará em seguida.

Essa previsão se deve ao fato de que, tal como se verifica com relação aos cartéis e aos crimes de corrupção<sup>5</sup>, a atividade persecutória do Estado quanto à lavagem de dinheiro está

---

4 Nesse sentido, BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.

5 VERÍSSIMO, M. P. “Acordos de Leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil”, In: AMBOS, K.; ZILLI, M.; MENDES, P. S. (Coord.) **Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava Jato**. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2019. p. 133-168.

estritamente vinculada e, de certa maneira, dependente da colaboração dos entes com maior risco de instrumentalização para a prática de delitos de lavagem. Trata-se, conforme a lição de Silva Sánchez<sup>6</sup>, de uma modalidade de gestão de riscos indireta, na qual os atores privados servem à pretensão preventiva e persecutória do Estado – a gestão direta, por sua vez, é centralizada pelo COAF, enquanto modelo administrativo de prevenção e controle, e corroborada por diversos outros órgãos especializados, administrativos e judiciais<sup>7</sup>.

Dessa forma, as pessoas que desenvolvem atividades sensíveis, mais visadas para prática do branqueamento de capitais, estão sujeitas a uma série de obrigações perante a Unidade de Inteligência Financeira, que lhes exige a adoção de políticas de prevenção à lavagem, mediante a identificação de clientes (art. 10º) e a comunicação de operações financeiras suspeitas (art. 11). Inevitavelmente, ao obrigar tais sujeitos à adoção de mecanismos preventivos, a Lei impõe a essas pessoas deveres de cuidado e proteção ao bem jurídico afligido pela lavagem de dinheiro<sup>8</sup>.

Nesse contexto, ainda seguindo a proposta de Silva

---

6 SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales”, In: ABEL SOUTO, M. SÁNCHEZ STEWART, N. (Orgs.) **II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero**. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p. 131-139. p. 135.

7 BARROS, M. A.; PEGORARI CONTE, C. “Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação.” **Revista ESMESC**. 13. v. n. 19. p. 427-457, 2006, p. 435.

8 OLIVEIRA, A. C. C. **Lavagem de dinheiro**. Responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 23.

Sánchez, os deveres dos sujeitos obrigados são divididos em essenciais e secundários. De um lado, os deveres essenciais são aqueles de informação, contidos no art. 10, V, que prevê a obrigação de comunicar ao Estado – diretamente ao COAF ou por intermédio do órgão fiscalizador de sua atividade – a existência de operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

De outro lado, os deveres secundários se identificam com os seguintes: diligência em relação ao cliente, do art. 10, I e II; confidencialidade da informação prestada ao Estado sobre a operação de aparência suspeita, do art. 11, II; conservar registros e documentos pelo período de cinco anos, do art. 10, §2º; e estabelecimento de mecanismos internos para assegurar o cumprimento dos demais deveres, do art. 10, III.

Muito embora seja listado como essencial, o dever de reporte de informações sobre operações suspeitas não teve seu objeto precisamente delimitado pela Lei. É dizer, a operação suspeita não encontra parâmetros objetivos dispostos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Em seu lugar, a Lei faz remissão às normas complementares que venham a ser “fixadas pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas” (art. 10, II).

Dessa opção deriva que o art. 11 da Lei de Lavagem seja complementado pelas normas complementares elaboradas pelos órgãos setoriais responsáveis (Banco Central do Brasil (Bacen), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conselhos de classe etc.). Em outras palavras, o objeto da obrigação de reporte (a operação suspeita) é conceituado não pela lei, mas

pelas entidades setoriais<sup>9</sup>, que ditarão o conteúdo das regras de cuidado impostas aos sujeitos obrigados.

No caso dos entes obrigados para os quais existe órgão próprio fiscalizador – como aqueles que se submetem à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo –, tais órgãos são competentes para editar as regras que preveem os critérios para a caracterização de uma operação como suspeita e dispor sobre os mecanismos de reporte e eventuais sanções administrativas. Já para as pessoas sujeitas aos mecanismos de controle para as quais não exista tal órgão, nos termos do parágrafo primeiro do art. 14 da Lei nº 9.613/98, as normas serão expedidas pelo próprio COAF, a quem compete a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções administrativas previstas na mesma lei.

Muito embora essas normas administrativas, traduzidas em regras de cuidado, não complementem o conteúdo do tipo, conforme bem pontua Ana Carolina de Oliveira, elas serão responsáveis por definir “as fronteiras do risco permitido, da atuação imprudente e do grau de perigo tolerado para o bem jurídico”<sup>10</sup>. Dessa forma, incumbe a cada um dos sujeitos obrigados conhecer a normativa setorial de referência à sua atividade para, a partir daí, identificar as operações consideradas suspeitas e promover sua análise de riscos em conformidade normativa.

---

<sup>9</sup> PIASKOSKI, Augusto Cesar. “Reporte de informações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais e a sua utilização como prova no processo penal”, In: MENDES, P. S.; PEREIRA, R. S. (Coord.) **Novos Desafios da Prova Penal**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 406-452.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, A. C. C. **Lavagem de dinheiro**. Responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 32-33.

Partindo destas considerações, o apartado seguinte analisará o mercado imobiliário como setor sensível, com especial ênfase na identificação da entidade setorial competente para regulamentar e identificar os agentes imobiliários que, na forma do art. 9º, X, figuram como sujeitos obrigados.

## **2. O MERCADO IMOBILIÁRIO COMO SETOR SENSÍVEL: SUJEITOS OBRIGADOS E ENTIDADE SETORIAL COMPETENTE**

Desde a redação original da Lei nº 9.613/98, as pessoas jurídicas que atuavam na compra e venda de imóveis já eram submetidas aos mecanismos legais de controle antilavagem. A partir da reforma promovida pela Lei nº 12.683/12, também as pessoas físicas dedicadas a tais atividades (corretores autônomos) passaram a figurar como sujeitos obrigados aos deveres previstos pela lei e pelos regulamentos.

Esta opção legislativa se deu em virtude de que a simulação de valorização ou de lucro a partir da compra e venda de bens imóveis é uma das técnicas mais usuais, embora frequentemente menos arrojada<sup>11</sup>, para prática do crime de lavagem de dinheiro.

---

<sup>11</sup> A afirmação se confirma, sobretudo, quando comparamos essa modalidade aos contratos fictícios de prestação de serviço entre empresas *offshore* registradas em nome de terceiros para ocultar, inclusive, o beneficiário final das transações. Essa espécie de operações foi objeto de inúmeros casos da denominada Operação Lava-Jato. Por todos, a título exemplificativo, vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Ministério Público Federal, Mário Ildeu de Miranda e outros, 2018. Apelação criminal nº 5023942-46.2018.4.04.7000.

De maneira simplificada, a técnica se resume em duas etapas essenciais. Em primeiro lugar, o agente que pretende branquear capitais de origem ilícita negocia a compra de determinado imóvel e declara como valor de venda um montante inferior ao efetivamente pago. Em segundo lugar, posteriormente, o agente vende o imóvel com uma simulação de valorização até, pelo menos, o montante efetivamente pago por ele na compra, de maneira que a quantia não declarada passará a ter justificativa lícita de origem.

Suponhamos que um sujeito “A”, funcionário público, pretenda dissimular a origem de seiscentos mil reais que recebeu em espécie como vantagem indevida que exigiu em razão da função – produto, portanto, do crime concussão (art. 316, *caput*, do Código Penal).

Para tanto, “A” deposita o montante na conta de um corretor de imóveis “B”, que intermedia a compra de um apartamento em seu favor, no valor real de dois milhões de reais. Assim, a vendedora “C”, incorporadora imobiliária, recebe um milhão e quatrocentos mil reais por transferência direta de “A” e seiscentos mil reais de “B”. Entretanto, na escritura, declara-se que o valor da venda é de apenas um milhão e quatrocentos mil reais; ou seja, os valores repassados por “B” são omitidos na escritura.

Um ano depois, “A” aliena o imóvel pelo valor declarado de dois milhões de reais, alegando sua valorização em 42,85% no período. Dessa forma, “A” passa a ter origem lícita declarada para os seiscentos mil reais de vantagem indevida,

sob o argumento de incremento no valor do imóvel<sup>12</sup>.

Não à toa, essa prática vem sendo vinculada pelas Unidades de Inteligência Financeira e pelas entidades setoriais à lavagem do produto dos crimes de tráfico de entorpecentes, tendo um Estado da Federação apurado que a maior parte do lucro advindo dessa modalidade delitativa é branqueado em operações de compra e venda de imóveis<sup>13</sup>. Daí, portanto, a opção do legislador por apontar a promoção e a compra e venda de imóveis como atividades sensíveis na Lei de Lavagem.

Diante desse cenário, duas questões se apresentam preliminarmente: quem regulamenta as atividades de monitoramento deste setor e quais são os sujeitos obrigados?

## **2.1 (In)definição de competência: da Resolução COAF nº 14/06 à Resolução COFECI nº 1.336/14**

A competência da regulamentação e fiscalização dos entes obrigados aos mecanismos de prevenção e repressão da Lei de Lavagem vem sendo objeto de discordância entre as entidades setoriais desde meados dos anos 2000. Para situar o leitor na discussão, começo pela letra da lei.

---

12 Evidentemente, a complexidade das operações varia de acordo com um sem-número de fatores, tais como o montante envolvido, a existência ou não de imóveis ou contas no exterior e a quantidade de agentes implicados. Por opção metodológica, expôs-se a modalidade mais simples de lavagem a partir da compra e venda de imóveis.

13 BRASIL Serviço Público Federal. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. Guia de prevenção à lavagem de dinheiro para o setor imobiliário. Disponível em: [https://www.crecisp.gov.br/Media/guia\\_prevencao\\_correto.pdf](https://www.crecisp.gov.br/Media/guia_prevencao_correto.pdf)

O parágrafo primeiro do art. 14 da Lei nº 9.613/98<sup>14</sup>, desde a sua redação original, estipula que as instruções destinadas aos entes obrigados para os quais não exista órgão próprio fiscalizador serão expedidas pelo próprio COAF, a quem compete a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções administrativas previstas na mesma lei.

Partindo dessa premissa, para que se verifique a entidade setorial competente para regulamentar e fiscalizar os deveres dos entes obrigados, há que se identificar os agentes do setor que, em princípio, poderiam se enquadrar ao art. 9º, X, da Lei nº 9.613/98 (“as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis”).

Na linha do que se expôs acima, os principais agentes do setor imobiliário são as imobiliárias, os corretores de imóveis, os agentes financeiros, as construtoras, as incorporadoras e, por fim, os clientes. A esses entes podemos acrescentar as leiloeiras de imóveis, as loteadoras, as cooperativas habitacionais e as administradoras de imóveis.

Trata-se, evidentemente, de um mercado complexo, que se espalha por um amplo leque de categorias profissionais que podem ser associadas à compra e venda de imóveis. Por conseguinte, o setor conta com uma heterogeneidade de órgãos fiscalizadores de atividades profissionais – como os Conselhos Federal e Regionais de Corretores de Imóveis (Sistema

---

14 “§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.”



CRECI/COFECI) e os Conselhos Federal e Regional de Engenharia e Agronomia (CONFEA/CREA) – e com algumas atividades desvinculadas de órgãos específicos, tal como se verifica com as incorporadoras imobiliárias, regidas por legislação específica (Lei nº 4.591/64).

Nesse contexto, já em 1999 e, novamente, em 2006, o COAF resolveu a delimitação das pessoas jurídicas vinculadas ao mercado imobiliário sujeitas ao mecanismo de controle da Lei de Lavagem, pautando-se na prerrogativa que lhe concede o parágrafo único do art. 14.

Assim, a Resolução COAF nº 14, de 23 de outubro de 2006, definiu o rol exemplificativo das pessoas a que se referia o inciso X do art. 9º da Lei nº 9.613/98: as construtoras, incorporadoras, imobiliárias, loteadoras, leiloeiras de imóveis, administradoras de bens imóveis e cooperativas habitacionais “que exerçam as atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não”.

Pouco tempo depois, em 2008, o COAF formulou consulta à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) sobre a competência do Sistema CRECI/COFECI para disciplinar o reporte de operações suspeitas exclusivamente dos corretores imobiliários. Isto é, a consulta indagava se, apesar da submissão direta ao COAF dos demais agentes imobiliários sem órgão fiscalizador próprio, no caso específico dos corretores de imóveis, a regulamentação deveria se dar pelo Sistema CRECI/COFECI.

Através do Parecer 0000749/2008, a PGFN posicionou-se em sentido afirmativo. Entretanto, naquela ocasião, a signatária do ato elaborou a sentença genérica de que “a competência

para regulação e fiscalização das pessoas jurídicas que exercem atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis para os fins de aplicação do disposto na Lei nº 9.613, de 1998, é do Conselho Federal de Corretores de Imóveis e dos Conselhos Regionais.” Disso resultou que o COFECI se entendesse competente para regulamentar as atividades de empresas cuja atividade fugia – e ainda foge – às suas atribuições legais.

Assim, o COFECI editou a Resolução nº 1.168/10, com a pretensão de substituir a normativa vigente elaborada pelo COAF, ressaltando o parecer acima mencionado em sua exposição de motivos. Nesse contexto, em uma solução de todo irrazoável, os parâmetros de atuação antilavagem de todos os agentes imobiliários que atuam na compra e venda de imóveis, das construtoras às leiloeiras, passariam a ser delineados pelo órgão de classe dos corretores de imóveis.

Com a superveniência das reformas trazidas pela Lei nº 12.683/12, que estendeu a sujeição aos mecanismos de controle às pessoas físicas<sup>15</sup>, o COAF solicitou novo parecer à PGFN, acerca de sua competência residual para dispor sobre os deveres dos entes obrigados não subordinados ao Sistema CRECI/COFECI.

Dessa vez, por meio do Parecer 0000705/2013, a PGFN ratificou o parecer emitido em 2008, mas esclareceu que houve indevida interpretação extensiva do seu conteúdo, cujo escopo era limitado à competência para a fiscalização da atividade dos corretores de imóveis. Em outras palavras, a afirmação genérica

---

<sup>15</sup> Recorde-se, no ponto, que a redação original do inciso X do art. 9º da Lei nº 9.613/98 previa apenas a sujeição de pessoas jurídicas à lei.

de competência do COFECI não se aplicava a todos os agentes imobiliários, mas apenas àqueles cuja disciplina e fiscalização lhe incumbe nos termos do art. 5º da Lei nº 6.530/78<sup>16</sup>.

A despeito do esclarecimento prestado, o COAF revogou a Resolução nº 14/06, recaindo sobre o Sistema CRECI/COFECI a incumbência de regulamentar as atividades do setor de acordo com a reforma da Lei de Lavagem ocorrida em 2012. E assim o fez.

Chegamos, enfim, à norma complementar atualmente vigente ao setor imobiliário no tocante aos deveres de cuidado e controle antilavagem: a Resolução COFECI nº 1.336/14, editada em conformidade com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/12. Conforme se exporá a seguir, a resolução não foi bem recepcionada pelos agentes imobiliários não subordinados ao Sistema CRECI/COFECI, em especial, pelas construtoras e incorporadoras.

## **2.2 Incompetência do COFECI para regulamentar a atividade de agentes afora corretores de imóveis e imobiliárias**

Na página do COFECI dedicada às informações sobre o COAF, constam os seguintes dizeres:

---

16 “Art 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira.”

Começou a vigorar em fins de outubro de 2006 a Resolução nº 14, editada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) em 23 de outubro de 2006. Esse normativo foi substituído pela Resolução COFECI nº 1.336/2014, editada em 20.outubro.2014 e **obriga as empresas do ramo imobiliário, tais como construtoras, incorporadoras, imobiliárias, loteadoras, leiloeiras de imóveis, administradoras de bens imóveis e cooperativas habitacionais, a comunicar ao órgão quaisquer operações consideradas suspeitas.** As novas normas aumentam a fiscalização de transações imobiliárias, visando o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Conforme já se expôs anteriormente, a Resolução COFECI 1.168/10, atualizada após a reforma de 2012 pela Resolução nº 1.336/14, propôs-se a substituir a Resolução COAF nº 14/06, revogada em 2013 pelo plenário da Unidade de Inteligência Financeira. Tudo isto porque houve uma interpretação mal guiada acerca do Parecer PGFN/CAF/Nº 0000749/2008, de 23 de abril de 2008, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Nessa trama, um conselho profissional cuja competência regulatória e fiscalizatória se restringe, nos termos da lei que o criou (Lei nº 6.530/78), aos corretores de imóveis, editou norma pretensamente aplicável a todos os agentes que atuem na promoção ou compra e venda de imóveis. Alguns deles se subordinam a órgãos próprios, como as construtoras ao CREA/CONFEA, enquanto outros não são vinculados a qualquer entidade fiscalizadora, como as incorporadoras. O que todos têm em comum é a absoluta desvinculação ao CRECI/COFECI e à corretagem de imóveis, que deveria ser o único objeto de regulação dessas instituições.

Recordando as lições de Ana Paula de Oliveira, apresentadas no primeiro apartado deste artigo, o descumprimento dos deveres secundários impostos pela lei e pela regulamentação setorial (dever de coleta e armazenamento de dados do cliente, dever de sigilo das comunicações de operações suspeitas e dever de *compliance*) ensejam a responsabilização administrativa. Enquanto isso, o descumprimento dos deveres de comunicação de operações, pelo potencial de colaboração relevante no delito, pode ter como consequência a responsabilização penal pelo delito de lavagem de dinheiro em comissão por omissão.

Importante ressaltar que não se trata, aqui, de uma sujeição a reprimendas brandas ou pouco relevantes. Ao revés, por um lado, as sanções administrativas previstas pelo art. 12 da Lei nº 9.613/98 compreendem multas de até vinte milhões de reais (inciso II), inabilitação temporária (inciso III) e até mesmo a cassação ou suspensão da autorização para exercer a atividade (inciso IV). Por outro lado, a pena prevista para a modalidade simples do crime de lavagem de dinheiro é de três a dez anos de reclusão e multa.

Isso significa dizer que diversos agentes do setor imobiliário que não se subordinam ao Sistema CRECI/COFECI, por não se enquadrarem às hipóteses de atividade profissional da Lei nº 6.530/78, estão sujeitos a sanções da mais alta importância caso venham a ignorar resolução de um conselho profissional criado para fiscalizar outra atividade, que não a sua. O que se verifica, de fato, é um avanço fiscalizatório além dos limites da legalidade, marcado pelo estabelecimento de deveres de cuidado e proteção por órgão incompetente, cujo descumprimento põe em risco a operação – e a própria liberdade – dos

diversos agentes imobiliários, afora os corretores, que atuam na compra e venda de imóveis.

Consequentemente, não causa qualquer espanto a constatação de um sem-número de demandas judiciais ajuizadas por pessoas jurídicas não subordinadas ao Sistema CRECI/COFECI que discutem a violação de deveres estabelecidos na Resolução COFECI nº 1.336/14. Dentre elas, ganhou especial protagonismo uma ação proposta pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (Secovi-SP), maior sindicato do mercado imobiliário da América Latina, e pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC)<sup>17</sup>.

Atualmente aguardando julgamento em fase de apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a ação visa à declaração definitiva de não-obrigação dos associados e representados da parte autora à Resolução COFECI nº 1.336/14, com a consequente assunção, pelo COAF, da competência que lhe foi legalmente atribuída pelo parágrafo primeiro do art. 14 da Lei de Lavagem.

Ainda sobre o tema, merece destaque caso semelhante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em meados deste ano<sup>18</sup>, que inadmitiu que o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU) regulamentasse o exercício profissional de engenheiros e agrônomos, fiscalizados pelos Conselhos Federal e

---

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Câmara Brasileira da Indústria da Construção e outros. Apelação cível 26241-06.2015.4.01.3400.

18 BRASIL. STJ. Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Alagoas e outros. AgInt no recurso especial 1872400 – PE.

Estaduais de Engenharia e Agronomia (CREA/CONFEA).

Em interpretação analógica, não poderia o COFECI editar normativa aplicável a entidades que não se submetem à sua fiscalização, especialmente, quando estas entidades respondem a órgão fiscalizatório próprio, como ocorre com as construtoras, submetidas ao CONFEA.

Ademais, mesmo nas hipóteses de agentes imobiliários sem vinculação a qualquer órgão fiscalizatório, o COFECI, que tem natureza jurídica de autarquia federal, submete-se ao mandamento constitucional de legalidade (art. 37), de maneira que suas competências são “imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei”<sup>19</sup>. Portanto, as competências fiscalizadoras desse órgão devem ser restritas aos exatos termos do artigo 5º da Lei nº 6.530/78, isto é, aos corretores de imóveis.

Pois bem, uma vez constatada a incompetência do Conselho Federal de Corretores de Imóveis para editar as normas complementares à Lei nº 9.613/98 para o setor imobiliário, diante da ausência de regulamentação pelo COAF nos termos do art. 14, §1º, da Lei de Lavagem, a definição dos sujeitos obrigados aos mecanismos de controle antilavagem se esvazia. É dizer, existe uma lacuna de regulamentação com respeito a todos os agentes imobiliários que não se sujeitam à fiscalização do COFECI e, por conseguinte, não se pode precisar quais são os deveres especiais – ou mesmo se há algum –

---

<sup>19</sup> MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145-146.

exigíveis das incorporadoras, construtoras, administradoras de bens e demais pessoas que exercem atividade de compra e venda de imóveis.

Diante desse cenário, a solução mais acertada parece encontrar correspondência na regulamentação originalmente proposta pelo COAF em 2006, resguardada a competência dos órgãos fiscalizadores das atividades de corretagem e engenharia, tal como determina o parágrafo primeiro do art. 14 da Lei de Lavagem.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste artigo, foram analisados aspectos legais e regulamentares dos mecanismos de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro aplicáveis ao setor imobiliário, especificamente no tocante à competência das entidades setoriais para editar as normas complementares que estabelecem deveres aos sujeitos obrigados.

Em síntese, criticou-se a aparente lacuna de regulamentação no tocante aos agentes imobiliários não fiscalizados pelo Conselho Federal dos Corretores de Imóveis, cuja Resolução nº 1.336/14 não pode pretender subordinar construtoras, incorporadoras, administradoras de bens, entre outros agentes que não se circunscrevem ao seu âmbito de competência, atribuído nos estritos termos da Lei nº 6.530/78.

Em observância ao mandamento constitucional de legalidade, não incumbe a esse órgão profissional a fiscalização global sobre todas as operações de compra e venda de imóveis, mas tão somente sobre o que toca à intermediação.



Conseqüentemente, tampouco lhe incumbe a fixação de parâmetros aplicáveis à atividade de entes sujeitos à fiscalização de outros órgãos.

A solução mais adequada, ao revés, parece apontar a direção do parágrafo primeiro do art. 14 da Lei de Lavagem de Dinheiro, incumbindo ao COAF nova indicação dos agentes imobiliários se sujeitam aos mecanismos da Lei de Lavagem e, em especial, se os parâmetros objetivos para a configuração da suspeição sobre determinada operação deverão ser aqueles estabelecidos para as imobiliárias e corretores de imóveis na resolução vigente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, M. A.; PEGORARI CONTE, C. “Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação.” **Revista ESMESC**. 13. v. n. 19. p. 427-457, 2006

BRASIL. Serviço Público Federal. Conselho Federal de Corretores de Imóveis. Guia de prevenção à lavagem de dinheiro para o setor imobiliário. Disponível em: [https://www.crecisp.gov.br/Media/guia\\_prevencao\\_correto.pdf](https://www.crecisp.gov.br/Media/guia_prevencao_correto.pdf)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Alagoas e outros. AgInt no recurso especial 1872400 – PE.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Câmara Brasileira da Indústria da Construção e outros. Apelação cível 26241-06.2015.4.01.3400.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Ministério Público Federal, Mário Ildeu de Miranda e outros, 2018. Apelação criminal nº 5023942-46.2018.4.04.7000.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007

OLIVEIRA, A. C. C. **Lavagem de dinheiro**. Responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PIASKOSKI, Augusto Cesar. “Reporte de informações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais e a sua utilização como prova no processo penal”, In: MENDES, P. S.; PEREIRA, R. S. (Coord.) **Novos Desafios da Prova Penal**. Coimbra: Almeida, 2020. p. 406-452.

PIASKOSKI, A. C.; SOUZA NETTO, J. L. “Deveres antilavagem de dinheiro e o intercâmbio de informações entre sujeitos obrigados, unidade de inteligência financeira e órgãos da persecução penal: supervisão preventiva ou investigação preliminar?”, In: SÉLLOS-KNOERR, V. C.; FACHIN, L. E.; KUKINA, S. L.; SANSEVERINO, P. T.; GOMES, M. T. U. (Dir.) **Coletânea de artigos jurídicos em homenagem ao professor José Laurindo de Souza Netto**. Curitiba: Clássica Editora, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales”, In: ABEL SOUTO, M. SÁNCHEZ STEWART, N. (Orgs.) **II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero**. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

VERÍSSIMO, M. P. “Acordos de Leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil”, In: AMBOS, K.; ZILLI, M.; MENDES, P. S. (Coord.) **Corrupção. Ensaio sobre a Operação Lava Jato**. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2019. p. 133-168.

# ADVOCACIA RACIALIZADA: O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

Letícia de Souza Baddauy<sup>1</sup>

*Para mudar o mundo, é preciso mudar as maneiras de fazer o mundo, isto é, a visão de mundo e as operações práticas pelas quais os grupos são produzidos e reproduzidos.*  
(BORDIEU, 2004, p. 166)

**RESUMO:** O trabalho tem por objeto uma análise da presença de negras e negros no exercício da advocacia no Brasil. Foi realizada pesquisa documental, por meio da *internet*, para levantamento de números e informações sobre o ambiente de trabalho nos escritórios de advocacia, Ordem dos Advogados do Brasil e departamentos jurídicos. A análise reflexiva dos dados foi feita tomando por base as noções de colonialidade/decolonialidade de autores da Sociologia. Também foi enfocada

---

<sup>1</sup> Advogada. Árbitra. Professora de Direito Processual Civil e Resolução de Disputas na Universidade Estadual de Londrina. Doutoranda em Sociologia na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: leticia@lbaddauy.com.br

a situação da advogada negra e a interseccionalidade. Foram identificadas iniciativas para promoção da igualdade racial na advocacia, bem como apontadas algumas falhas e necessidade de aprimoramentos. Conclui-se que para avançar com êxito o trabalho que vem sendo feito, é necessário recorrer-se a um giro decolonial.

**PALAVRAS-CHAVE:** advocacia negra – advocacia racializada - racismo estrutural - colonialidade

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar um panorama, com base em pesquisa documental, da atual situação da presença de negras e negros na advocacia no Brasil. Logo, inicialmente se esclarece que o termo *racializada* do título está se referindo à racialização da população de cor negra e parda. Ou seja, outras racializações não foram aqui tratadas.

Segundo dados do último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), mais da metade da população brasileira é de cor preta ou parda. Segundo dados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2021), existem 1.297.364 profissionais de advocacia no Brasil.

Considerando a primeira informação acima, de que mais da metade da população brasileira é racializada, associada ao expressivo número de advogados e advogadas no País, pode-se colocar a seguinte pergunta: quantos destes profissionais são negros e negras? Seria de se esperar que essa maioria estivesse visível e equitativamente distribuída em todas as

camadas sociais, ocupando espaços dentre as lideranças das organizações públicas e privadas, na representação política, na academia, e, assim também na advocacia.

A partir dos registros oficiais não se tem a resposta exata para a pergunta acima colocada. O *site* do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não apresenta, no seu Quadro da Advocacia, um quantitativo por raça, mas apenas por Estado (seccional OAB) e por gênero (binário).

Ressalvadas a dificuldade de acesso aos números e demais informações, o panorama foi traçado com base em pesquisa documental. Para tanto, utilizou-se primordialmente documentos disponíveis na rede mundial de computadores. A análise do cenário traçado a partir da pesquisa documental foi embasada em pesquisa bibliográfica, relacionada aos estudos sociológicos envolvendo colonialidade e decolonialidade, racialização e interseccionalidade.

## **2. A ADVOCACIA NEGRA**

Neste ponto, é cabível a apresentação de algumas notas históricas.

Em 1843, foi fundado do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), tendo como seu presidente o advogado negro Francisco Gê Acaiaba de Montezuma. “Seu nome de batismo era Francisco Gomes Brandão, mas no curso da vida e das lutas fez a opção nativista e adotou como sobrenome o Gê, tapuia, o Acaiaba, africano, e o Montezuma, asteca.” (IAB, 2009). A sede da instituição é conhecida como Casa de Montezuma.

No Paraná, o fundador da Ordem dos Advogados, em 1932, foi um advogado negro, o curitibano João Pamphilo Velloso d'Assumpção, liderança da advocacia paranense à época. Pamphilo d'Assumpção nasceu ainda na vigência da escravidão e formou-se pouco depois de sua abolição, em 1889, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (hoje integrante da Universidade de São Paulo). Foi fundador também do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), em 1917, tendo sido seu primeiro presidente (GOMES, 1959, p. 381).

Em 2017, a seccional Piauí da Ordem dos Advogados do Brasil reconheceu Esperança Garcia como a primeira advogada piauiense. Esperança Garcia foi uma mulher negra escravizada que lutou contra a violência e opressão por meio da palavra, sendo célebre a carta que escreveu, em 1770, ao governador da capitania do Piauí, denunciando os maus tratos sofridos por ela e outras escravas, e seus filhos, na fazenda de algodão onde eram mantidos. Em termos formais, a carta preenche os requisitos de uma petição (ato jurídico processual), razão pela qual foi reconhecida como um ato de exercício de advocacia (INSTITUTO ESPERANÇA GARCIA, 2019).

Os três nomes acima referidos foram profissionais da advocacia negra, atuantes em tempos bastante longínquos, ou seja, em tempos em que não se cogitava de diversidade, inclusão, direitos humanos etc, nas carreiras profissionais. Do contrário, ainda se vivia o regime da escravização legalizada.

Diante disto, com nomes de tanta importância, destaque e luta para o exercício da advocacia, aliado ao número de negros e pardos na população brasileira, poderia parecer que o “curso natural do tempo” somente poderia ter levado à forte e consolidada presença negra na advocacia brasileira e em suas lideranças.

Entretanto, mesmo com a carência de dados estatísticos (e até reforçado por esta carência, revelando a invisibilidade deste grupo), não é o que se observa nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, tampouco no ambiente dos escritórios de advocacia e departamentos jurídicos brasileiros.

O levantamento feito pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (CEERT), de 2019, apontou, por exemplo, que os negros representam 1% dos advogados de grandes escritórios. Na ocasião, a instituição avaliou, em parceria com a Aliança Jurídica pela Equidade Racial, nove bancas de São Paulo (ANGELO, 2020).

Este dado, mais uma vez comparado com a porcentagem de negros e pardos na sociedade brasileira (aproximadamente 55%, de acordo com o IBGE), evidencia um problema: ou os escritórios contratam menos negros ou existem fatores que prejudicam a retenção destes profissionais nas bancas de advocacia.

É senso comum afirmar que o Direito, tanto como ciência<sup>2</sup>, quanto como prática, desenvolve-se em um ambiente tradicional e conservador. Em seus estudos críticos, inclusive, diversos autores, conhecidos como “doutrinadores”, termo que por si já revela o conservadorismo dessa área do saber, atribuem ao Direito a função justamente de manutenção do *status quo*<sup>3</sup>, também aqui propositadamente se utilizando

---

2 Neste trabalho não será discutido se o Direito é de fato uma ciência, questão que divide pesquisadores.

3 Também extrapola os limites deste trabalho o debate epistemológico entre direito como instrumento de manutenção x direito como instrumento de transformação.

a expressão latina, outra característica conservadora da linguagem no Direito.

Diante deste quadro, vislumbra-se a dificuldade de ingresso de indivíduos pertencentes a grupos com marcadores sociais historicamente excluídos e minoritários nas carreiras jurídicas, apesar das notícias de atuações de destaque de advogados e advogadas negras no País. Em relação a tais atuações, sabe-se que existe verdadeira invisibilidade destes agentes históricos, que somente em tempos muito recente vêm sendo referenciados no campo jurídico. Ainda, conforme as advogadas e advogados negros relatam, a sociedade resiste em identificar negras e negros como advogados (NEITSCH, 2021, p. 24; ABAYOMI JURISTAS, 2021).

### **3. A ADVOGADA NEGRA NA INTERSECÇÃO**

Nos bancos dos cursos de Direito, verifica-se predominância de estudantes mulheres em muitas turmas. As estudantes, tornando-se bacharelas, e desde que aprovadas no Exame de Ordem, podem ingressar nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, inscrição necessária para o exercício regular da advocacia.

Na advocacia brasileira já existe verdadeira igualdade numérica de profissionais inscritos no respectivo órgão de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2021). Porém, quando se verificam os postos de trabalho ocupados por mulheres nesta carreira, a igualdade ainda está bastante distante.

No Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,



a Diretoria (presidente, vice, secretários e tesoureiro) é composta apenas por homens. Desde sua fundação, na década de 30, até hoje, a presidência foi exercida por 36 pessoas, todas do gênero masculino. Na atual gestão, atuam 161 conselheiros, sendo mulheres apenas 13,67% deste quadro.

Na análise sobre os dados da OAB Federal, verifica-se que as mulheres ingressam na carreira de forma paritária aos homens, mas, quando analisados os números de Conselheiras ou Membras de Comissões da instituição que ocupem cargo de presidência ou cargo de comando a variação, a participação feminina varia entre zero e 30% (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2020).

Nos escritórios de advocacia, a participação feminina apresenta resultados similares. Em estudo publicado em 2017, constatou-se que o ingresso de mulheres e homens como advogados júnior (primeiro nível na sociedade de advogados), nos 15 maiores escritórios de advocacia da cidade de São Paulo, é equânime. Contudo, conforme se analisa a ascensão na carreira (cargos de advogado pleno e sênior), há uma sensível redução da presença feminina, chegando a 10% (BERTOLIN, 2017, p. 09). As mulheres são excluídas de forma estrutural da ascensão da carreira nas sociedades de advogados, sendo pequeno o número de sócias nos escritórios, se comparado ao número de advogadas iniciantes.

Observa-se que, além do expressivo número de advogadas atuantes não ser proporcional ao número de advogadas em posições de liderança, ocorre também um fenômeno de *genderização* no campo jurídico. Vale dizer, existem áreas em que se espera e aceita que a mulher esteja presente e, conseqüentemente, áreas consideradas masculinas, como o direito

societário, por exemplo.

Outro fenômeno que se observa no discurso ambiente da advocacia é a racialização. Aqui se está falando da expectativa de comportamento e área de atuação mais uma vez. Espera-se dos advogados negros que sua atuação esteja relacionada a direitos de vulneráveis, direitos humanos, direito do trabalho, e áreas correlatas. Novamente, não se espera no ambiente das negociações de fusões e aquisições empresariais, por exemplo, a presença da advocacia negra.

Este fenômeno já se inicia na fase ainda do curso de graduação, quando dos estudantes negros espera-se o envolvimento com as “bandeiras” relacionadas aos direitos humanos e discriminação racial. Os grupos de pesquisa dentro das universidades revelam esta prática. O sistema de cotas raciais, há mais de uma década implementado nas universidades públicas brasileiras, possibilitaram atualmente um número muito maior de negros nas turmas de Direito. Contudo, estudantes relatam a dificuldade de integrarem-se às atividades de suas respectivas turmas, fruto do racismo estrutural.

Podemos, assim, identificar o *habitus* presente no campo jurídico:

o *habitus* produz práticas e representações que estão disponíveis para a classificação, que são objetivamente diferenciadas; mas elas só são imediatamente percebidas enquanto tal por agentes que possuam o Código, os esquemas classificatórios necessários para compreender-lhes o sentido social. Assim o *habitus* implica não apenas o *sense of one's place*, mas também o *sense of other's place* (BORDIEU, 2004, p. 158).

Inserida neste contexto de genderização e racialização, pode-se indagar que posição estaria “reservada” à advogada negra. Estaria esta profissional marcada por seu gênero, enfrentando desafios narrados pelas mulheres da pesquisa de BERTOLIN (2017)? Ou às práticas racistas relatadas durante a Ciranda das Pretas (2021)?

O fato é que somente na interseccionalidade pode ser identificada com maior clareza a subordinação a que estão sujeitas tais profissionais. Sem a compreensão do cruzamento, para tomar-se a metáfora topográfica de CRENSHAW (2002, p. 177), corre-se o risco de não se compreender a dimensão da invisibilidade e discriminação em decorrência desta combinação (não descartadas outras) de marcadores sociais discriminatórios. Como defende María Lugones, “a interseccionalidade revela o que não conseguimos ver quando categorias como gênero e raça são concebidas separadas uma da outra. A denominação categorial constrói o que nomeia” (2020, p. 59).

A abordagem interseccional ganhou força com os movimentos sociais da década de 80 nos Estados Unidos da América. Contudo, Kimberlé Crenshaw é frequentemente apontada como tendo cunhado o termo em seu trabalho de 1991. Explica Patricia Hill Collins:

Histórias da emergência da interseccionalidade costuram clamar que a intelectual feminista afro- -americana Kimberlé Crenshaw “cunhou” o termo interseccionalidade no artigo Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, publicado na Stanford Law Review (Crenshaw, 1991). Como uma teórica crítica da temática racial e advogada, Crenshaw não foi uma militante nos movimentos

sociais, mas estava intimamente familiarizada com o trabalho por justiça social dos movimentos. Nesse sentido, Crenshaw foi idealmente posicionada na convergência dos estudos de raça/ classe/ gênero na academia, assim como na centralidade de iniciativas de justiça social para a mudanças legais e sociais que fizeram avançar argumentos da interseccionalidade (COLLINS, 2017, p. 10).

Conforme mencionado, o presente estudo, para traçar o “estado da arte” da advocacia racializada no País, valeu-se de pesquisa documental na rede mundial de computadores. A grande dificuldade em se localizar levantamentos e pesquisa empírica que tragam informações precisas sobre a mulher negra advogada demonstram o grau de invisibilidade deste grupo e a lacuna na percepção das dinâmicas envolvidas em sua atuação profissional.

Por tal razão “somente através de um exame mais detalhado das dinâmicas variáveis que formam a subordinação de mulheres racialmente marcadas pode-se desenvolver intervenções e proteções mais eficazes.” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

#### **4. PERSPECTIVAS EM BUSCA DA EQUIDADE**

Diversidade, equidade e inclusão está na agenda das empresas e outras organizações. Importantes relatórios têm sido produzidos sobre diversidade e inclusão no ambiente de trabalho por influentes empresas de auditoria e consultoria empresarial, inclusive enfatizando os resultados positivos relacionados à produtividade, inovação, entre outros. A lógica capitalista de mercado que sustenta este movimento, apontada por críticos como oportunista, não pode ser limitadora do reconhecimento

das ações tomadas que poderão trazer a maior participação, a visibilidade necessária e a igualdade para estes espaços. O lema da diversidade originário do movimento dos portadores de necessidades especiais (PNE) nos Estados Unidos (*nothing about us without us*) confirma que negros e negras precisam ocupar os postos de trabalho, de liderança e visibilidade para que se construa de modo sustentável a igualdade racial nas organizações.

A advocacia brasileira responde a esta atual demanda global por mais diversidade em seu ambiente. Neste tópico, busca-se trazer notícia de algumas iniciativas que vem sendo observadas tanto na prática de políticas de diversidade e inclusão, como nas lutas de advogados e advogadas negros. As ações aqui apresentadas foram elencadas selecionando-se informações na rede mundial de computadores, não tendo caráter exaustivo.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou, em dezembro de 2020, o Provimento 202 de 2020, com a adoção do sistema de cotas para mulheres e para negros e negras nas eleições para todos os quadros da instituição:

Art. 7º Para registro de chapa, que deverá atender ao percentual de 50% (cinquenta por cento) para candidaturas de cada gênero, e, ao mínimo, de 30% (trinta por cento) de advogados negros e de advogadas negras, assim considerados os(as) inscritos(as) na Ordem dos Advogados do Brasil que se classificam (autodeclaração) como negros(as), ou seja, pretos(as) ou pardos(as), ou definição análoga (critérios subsidiários de heteroidentificação), entre titulares e entre suplentes, o(a) interessado(a) deverá protocolar requerimento na Comissão Eleitoral, nos termos do art. 131, do Regulamento Geral e seus parágrafos.

Este Provimento teve importância tanto por sua aprovação em si, quanto pelas diversas manifestações e debates que envolveram a apresentação dos projetos que resultaram na redação do artigo acima transcrito.

Ainda no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, foram sendo constituídas, ao longo dos anos, Comissões de Igualdade Racial. Atualmente, esta modalidade de comissão está presente no Conselho Federal e em 12 das 27 subseções da OAB.

No que se refere a escritórios de advocacia, temos dois movimentos importantes e complementares acontecendo.

Nos grandes escritórios, tem sido instalados Comitês de Diversidade. Opta-se neste estudo por não nominar escritórios em que se pode encontrar comitê desta natureza em funcionamento. Profissionais envolvidos com este trabalho interno têm relatado árduos desafios enfrentados para inclusão de negros e negras em seus quadros, como, por exemplo:

- a) necessidade de alteração de requisitos do processo seletivo, com implicação em regras que costumam ser paradigmas de padrão de excelência do escritório. Uma das principais é a exigência de graduação em faculdades “de ponta”. Esta exigência geralmente exclui da própria seleção candidatos negros, vez que o número de estudantes negros nas melhores universidades é pequeno. O sistema de cotas tem corrigido em parte esta distorção, o que revela a necessidade de pensar de modo integrado a inclusão racial no campo jurídico. Alguns escritórios eliminaram a exigência;

- b) ainda no processo seletivo, externo ou interno, a barreira trazida aos advogados iniciantes negros pelo não domínio da língua inglesa (CANAL ARBITRAGEM, 2021).
- c) Outro movimento, trazendo a reação da advocacia negra, é o de grupos de advogados e advogadas que, como forma de resistência e força, tem criados seus próprios escritórios compostos apenas por sócios negros. E, em 2019, foi fundada a Associação Nacional de Advocacia Negra (ANAN).

O projeto *Incluir Direito* busca ampliar a inclusão de estudantes negros em escritórios de advocacia. É formado pela Comissão de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e Fundação Arcadas. A iniciativa permite a capacitação orientada de estudantes do terceiro ao oitavo semestre e o aprimoramento dos departamentos de recursos humanos dos escritórios filiados ao CESA para promover a inserção dos beneficiados pelo programa. Um advogado apontado pelo CESA fica responsável pelo acompanhamento do estudante durante sua permanência no projeto, pois a retenção do profissional é crucial, não bastando alterações no processo seletivo, para que se concilie diversidade com efetiva inclusão.

Na contramão, pesquisa do Datafolha (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021) aponta que a maioria dos integrantes dos escritórios de advocacia é contra a adoção do regime de cotas para os cargos de direção nos escritórios de advocacia, tanto para gênero quanto para raça.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão da população negra presente na sociedade brasileira é evidente fruto da colonização e escravização. É relevante, para que se caminhe com maior efetividade em busca da inclusão racial, a tomada de consciência acerca da colonialidade ainda presente, do caráter estrutural do machismo e do racismo e da já mencionada interseccionalidade que atinge determinados subgrupos.

Nas palavras de Adélia Miglievich-Ribeiro:

Percebe nesta as operações de exclusão e desumanização mediante a produção da *diferença colonial*. Sabe que o discurso da emancipação colou-se a práticas seculares de violenta dominação sobre os povos colonizados de maneira que a colonialidade – algo mais que a colonização política – não é ainda uma história passadista (2014, p. 68).

A própria noção de raça foi construída no decorrer dos processos de colonização europeia. Afirma Aníbal Quijano:

Con el tiempo, los colonizadores codificaron como color los rasgos fenotípicos de los colonizados y lo asumieron como la característica emblemática de la categoría racial. Esa codificación fue inicialmente establecida, probablemente, em el área britano-americana. Los negros eran allí no solamente los explotados más importantes, pues la parte principal de la economía reposaba en su trabajo. Eran, sobre todo, la raza colonizada más importante, ya que los indios no formaban parte de esa sociedad colonial. En consecuencia, los dominantes se llamaron a sí mismos blancos (2000, p. 203).



É preciso, portanto, um giro decolonial para que as ações que têm sido discutidas e implementadas nos espaços em que a advocacia é exercida alcancem êxito. Este giro decolonial não se fará possível sem advogados e advogadas negros estejam presentes e visíveis em posições de liderança dentro da carreira, incluindo-se a Ordem dos Advogados do Brasil, escritórios de advocacia e departamentos jurídicos.

A noção de *outsider within* (COLLINS, 2016) mostra bem como este agente que “não pertence” mas está dentro é capaz de com sua visão muito particular demonstrar o caráter estruturante e estruturado do racismo no campo jurídico. A experiência do sujeito não pode ser relegada. Nas palavras de Patricia Hill Collins: “dessa forma, enquanto o pensamento feminista negro pode ser registrado por outras pessoas, ele é produzido por mulheres negras” (COLLINS, 2016, p. 101). De modo análogo, isto pode ser aplicado a outros grupos e subgrupos marginalizados.

De fato, o poder de fazer grupos é o poder simbólico por excelência. E um grupo, na lição de Pierre Bourdieu, “só começa a existir enquanto tal, para os que fazem parte dele e para os outros, quando é distinguido, segundo um princípio qualquer, dos outros grupos, isto é, através do conhecimento e do reconhecimento” (2004, p. 167).

Verifica-se que na advocacia, apesar da presença significativa de negros e negras, inclusive com atuações historicamente marcantes e relevantes para toda classe profissional, estes não possuem o capital simbólico necessário para o exercício do poder simbólico. Segundo Pierre Bourdieu (2004, p. 166), este capital é uma espécie de crédito decorrente de lutas anteriores, que só pode ser obtido após um longo processo de institucionalização.

Matéria de jornal sobre a pesquisa Datafolha (2021) citada anteriormente, em que se constatou a rejeição do sistema de cotas raciais nos escritórios de advocacia, trouxe a fala de uma mulher, contrária ao sistema, no seguinte sentido: a entrevistada reconhecia a desigualdade e importância das cotas. Porém, afirmava os escritórios não estariam “preparados” para adoção de um regime de cotas, visto que a ascensão à cargos de poder precisava ser legitimada por um reconhecimento interno dos pares no que se refere ao merecimento do advogado/advogada promovido, pois posições de liderança precisam ser “validadas” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021). O oculto nesta experiência é justamente que um suposto ambiente preparado possivelmente não existe, visto que o sistema de cotas visa justamente à quebra do *habitus*.

Portanto, sem exatamente se negar a dinâmica identificada pelo sociólogo francês, o reconhecimento necessário e suficiente para o exercício do poder simbólico, quando se trata de agentes racializados, não encontra condições de ocorrência sem um giro decolonial que propicie o combate ao racismo estrutural.

A advocacia é carreira que está intimamente relacionada à promoção da igualdade. Legítimo é esperar-se que a promova dentro de seu próprio campo, podendo, para tanto, contar com o trabalho em conjunto e multidisciplinar, notadamente do Direito, Sociologia e Psicologia<sup>4</sup>, a fim de promover reflexões, debates, ações e treinamento nos ambientes de trabalho de advogadas e advogados racializados.

---

4 Este estudo não teve por objeto abordar aspectos psicológicos do racismo. Porém, vale notar que a Psicologia é idônea para contribuir com ferramentas de revelação de vieses inconsciente de raça.

## REFERÊNCIAS

ABAYOMI JURISTAS. Ciranda das Pretas: a justiça é uma mulher negra. I Congresso Internacional de Juristas Negras. **YouTube**, 25 jul. 2021. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=Y\\_qLfmI\\_jqM&t=17699s](https://www.youtube.com/watch?v=Y_qLfmI_jqM&t=17699s). Acesso em: 08 ago. 2021.

ANGELO, Tiago. Metade da população, negros são somente 1% dos advogados dos grandes escritórios. **Consultor Jurídico (CONJUR)**. 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-12/negros-sao-somente-advogados-grandes-escriptorios>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA [ANAN]. **Quem somos**. Disponível em: <http://ananadv.com.br/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BADDAUY, Letícia S. **Eleições na OAB: caminhando pela e para a igualdade**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/338061/eleicoes-na-oab-caminhando-pela-e-para-igualdade>. Acesso em: 14 set. 2021

BERTOLIN, Patrícia Turma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 163, jan./mar. 2017. Disponível em: [scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVnfsGyGpt/abstract/?lang=pt](http://scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVnfsGyGpt/abstract/?lang=pt). Acesso em: 01 jul. 2021.

BOURDIEU, Pierre. Espaço social e poder simbólico. In: BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

CANAL ARBITRAGEM. [Pessoas e Gestão] Diversidade e inclusão. **YouTube**, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QcRrm-jo85U&t=7s>. Acesso em: 07 jul. 2021.

COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. **Sociedade e Estado**, v. 31, n. 1, p. 99-127, 2016.

COLLINS, Patricia Hill. Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. **Parágrafo**, v. 5, n. 1, p. 6-17, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista estudos feministas**, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. Maioria da advocacia é contra cota racial e de gênero no comando de escritórios, diz Datafolha. **Folha-Jus**, 22 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/maioria-da-advocacia-e-contracota-racial-e-de-genero-no-comando-de-escritorios-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GOMES, Martins O. O Professor Pamphilo D'Assumpção: perfil póstumo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**. Curitiba: Universidade do Paraná, v. 6-7, p. 379-383, 1959. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/6615/4733>. Acesso em: 08 jul. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. SISTEMA IBGE DE RECUPERAÇÃO AUTOMÁTICA [SIDRA]. **Pesquisa industrial mensal**: produção física. Jun. 2021. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/home/pimpfbr/brasil>. Acesso em: 05 jul. 2021.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS [IAB]. **Discurso proferido na ocasião da Posse de Novos Membros do IAB, em 05/11/2009, por Humberto Jansen Machado**. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/institucional/discursos-do-orador>. Acesso em: 08 jul. 2021.

INSTITUTO ESPERANÇA GARCIA. **Reconhecimento pela OAB**. 2019. Disponível em: <https://esperancagarcia.org/reconhecimento-pela-oab/>. Acesso em: 08 jul. 2021.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. *In*: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). **Pensamento feminista hoje**: perspectivas decoloniais. p. 53-83. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adelia. Por uma razão decolonial: Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 1, p. 66-80, 2014.

NEITSCH, Joana. Do início da história aos desafios atuais: advocacia negra abre caminhos na OAB Paraná. **Revista da Ordem**, n. 80, maio 2021, p. 24-29. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/revista-da-ordem/FLIPs/edicao-80/mobile/index.html#p=1>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Provimento nº 202/2020**: Altera o art. 2º, o caput e o § 1º do art. 3º, e o caput do art. 7º, e revoga os §§ 1º e 3º do art. 7º do Provimento n. 146/2011, que cispõe sobre os procedimentos, critérios, condições de elegibilidade, normas de campanha eleitoral e pressupostos de proclamação dos eleitos nas eleições dos Conselheiros e da Diretoria do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil e da Diretoria das Caixas de Assistência dos Advogados e dá outras providências. 14 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/202-2020?dateinitial=15%2F10%2F2020&datefinal=16%2F12%2F2020&provimentos=True>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Quadro da advocacia**. 2021. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 05 jul. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Quadro da advocacia**. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 05 jul. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In*: LANDER, E. (org.). La colonidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. **Perspectivas Latinoamericanas**, p. 201-246. Buenos Aires: CLACSO, 2000.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS

**Guilherme Kloss Neto<sup>1</sup>**

ADVOGADOS. CONTRATAÇÃO. EMPREGADO. ASSOCIADO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS E SOCIEDADE UNIPESSOAL. A contratação e seus efeitos. Advogado empregado. Consolidação das Leis do Trabalho. Custos e obrigações. Pessoaalidade, onerosidade, não eventualidade e a subordinação jurídica. Piso mínimo e piso ético. Advogado associado. Autonomia. Inexistência de subordinação ou controle de jornada. Natureza Civil. Provimento 169/2015. Ação Civil Pública. Ilegitimidade do MPT. Impossibilidade de ajuizamento de tutela processual coletiva em face de direitos individuais. Fiscalização pela OAB. Trabalho parassubordinado. Decisões contrárias ao desiderato do MPT. Legalidade dessa modalidade de contratação.

---

1 Advogado no Estado do Paraná e Vice-Presidente da Comissão Nacional de Sociedades de Advogados do Conselho Federal da OAB)

## 1. INTRODUÇÃO

O dito antigo de que o Brasil é o país dos bacharéis nunca esteve mais atual, e agora é também o país dos advogados, sendo contados na casa do milhão os inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>2</sup>.

Nos últimos anos tem havido um crescimento exponencial de faculdades na área do Direito no país, não obstante os esforços da Ordem dos Advogados do Brasil para que fosse suspensa essa criação desenfreada de novos cursos, pela evidente saturação de mercado de trabalho, tratando-se de desejo governamental calcado na política, interessando aos sucessivos governos que as estatísticas registrem o maior número possível de cidadãos formados em curso superior. E o custo para a implantação de curso de Direito é muito menor do que para áreas de engenharia, medicina e congêneres, que exigem equipamentos e laboratórios sofisticados.

Conforme dados do Ministério da Educação e Cultura<sup>3</sup>, existem no Brasil mais de 1.800 faculdades de Direito, o que dá uma dimensão da capacidade da formação anual de bacharéis no país, ávidos para seguir as carreiras jurídicas, a maioria interessada em passar no Exame de Ordem e se qualificar para o exercício da advocacia. Em 2019, a OAB registrou a aprovação

---

2 Eram exatas 1.224.054 inscrições originárias em todo o país, conforme divulgado no site do Conselho Federal da OAB em 07/07/2021, em <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

3 <http://emec.mec.gov.br/> - consulta realizada em 22/04/2020



de 60.095 bacharéis em seu exame<sup>4</sup>, dos quais grande parte deverá buscar exercer a advocacia.

Pelo contingente de advogados já qualificados e pelo grande número de bacharéis que se qualificam ano a ano para o exercício da advocacia, não há como deixar de considerar que o mercado de trabalho ficou saturado, não acompanhando na mesma medida o crescimento dos profissionais da área advocatícia.

Em outros tempos, bastavam uma máquina de escrever e muito entusiasmo para que o advogado se lançasse no mercado de trabalho ao abrir escritório próprio, mas esse quadro mudou muito, a começar pelo investimento necessário em instalações, mobiliário, equipamentos de informática para o desenvolvimento das funções em torno do processo judicial eletrônico, com significativos custos em certificação, manutenção de acesso à internet de alta velocidade, segurança de dados etc., não acessível a todos.

A advocacia solo ficou cada vez mais difícil, e por isso um grande número de novos advogados busca iniciar ou retomar sua carreira jurídica vinculando-se a escritórios já estabelecidos, com estrutura física, de pessoal, de equipamentos e clientela consolidados.

E é aqui que avançamos no tema deste capítulo, sobre contratação de advogados, para que exerçam suas atividades profissionais vinculados a estruturas consistentes e aprovadas

---

4 <http://examedeordem.oab.org.br/pdf/2019.1> - XXVIII EOU- Desempenho por IES e Campus.pdf e <http://examedeordem.oab.org.br/pdf/2019.2> - XXIX EOU- Desempenho por IES e Campus.pdf

no mundo jurídico, notadamente as sociedades de advogados.

Matéria que leva a muitos estudos e discussões nesse âmbito, diz respeito à forma de contratação de advogados, em todas as suas possíveis variações. Este capítulo pretende abordar essa multiplicidade de opções e suas consequências práticas, que impactam diretamente na gestão das bancas de advocacia.

O presente estudo abordará, de forma sequencial, a contratação de advogado empregado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e suas características, e a contratação de advogado associado por sociedade de advogados e por sociedade individual de advocacia, na forma autorizada pelo Provimento nº 169/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Antes de prosseguir, saliente-se a importância da atividade dos advogados, cuja essencialidade é descrita no art. 133 da Constituição Federal, ao pontuar que *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*.

Tendo esse parâmetro em mente, é preciso abordar o fato de que a sociedade vem acompanhando, com o passar dos anos, uma mudança gigantesca na forma que se desenvolvem as relações de emprego, pelo enorme avanço tecnológico, que implementou mudanças radicais no modo de comunicação, através da internet, permitindo o trabalho à distância e não exigindo a presença do empregado na empresa, entre outras relevantes mudanças. Essas alterações atingiram também aquelas que envolvem a área jurídica, dentre outras. E

é exatamente isso que o presente estudo quer abordar, examinando as novas formas de contratação, associação e sociedade, com a adaptação dos ditames legais a cada uma delas, dentro dos escritórios de advocacia.

## 2. ADVOGADO EMPREGADO

Ainda que o exercício da advocacia traga ínsita a ideia de liberdade e independência na atuação profissional, nada impede que o advogado venha a atuar em seu mister mediante a manutenção de uma relação de emprego, com a subordinação jurídica (vínculo que une empregado e empregador) descrita na CLT, devendo ser lembrado, apropriadamente, que subordinação não se confunde com submissão, como será abordado adiante.

O advogado empregado tem seu labor disciplinado, inicialmente, pela Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – EAOAB), em seus artigos 18 a 21<sup>5</sup>, que se constituem em normas especiais de

---

5 Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.

Art. 19. O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

§ 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-

tutela, onde a CLT será apenas fonte subsidiária e somente naquilo onde não houver contraposição.

A CLT assim caracteriza o vínculo de emprego entre patrão e empregado: *“Art. 3º. - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*.

Desse modo, para que o advogado possa ser reconhecido como empregado de determinado escritório jurídico (assim considerados a sociedade de advogados, a sociedade unipessoal e o advogado empregador autônomo), faz-se necessária a presença de alguns elementos obrigatórios, como a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade e a subordinação jurídica. Quanto a essa última, deve ser ponderado que o advogado estará subordinado ao patrão apenas administrativamente, porquanto pode ser instado a cumprir horário, seguir metas, respeitar normas de conduta. E também pode ser dispensado do emprego, por qualquer das condutas elencadas no artigo 482 da CLT (ato de improbidade, incontinência de conduta ou

---

lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

§ 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

§ 3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento.

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

mau procedimento, condenação criminal passada em julgado, desídia no despenho das funções etc.).

No momento em que o advogado empregado passa a exercer a advocacia, contudo, essa subordinação ao empregador deixa de existir, pois o *caput* do artigo 18, do EAOAB, impõe que “*a relação de emprego não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia*”. Passa a ser, parafraseando o ensinamento de Gisela Gondim Ramos<sup>6</sup>, ao comentar mencionado dispositivo, uma relação de patrocínio, onde a orientação técnica passa para a esfera de decisão do profissional designado, não sendo mais admissível a interferência do empregador, por si ou por qualquer preposto. O trabalho intelectual ficará a cargo e sob o conhecimento técnico do advogado, cujo empregador não terá a possibilidade de se valer de sua hierarquia para reduzir a autonomia ou até mesmo delimitar a atuação profissional do empregado.

Além disso, o advogado empregado está subordinado aos ditames da sua profissão, pelo que não pode ser obrigado a aceitar causa que considere ilícita ou imoral, sendo de sua exclusiva competência a orientação técnica a ser adotada em seu trabalho.

Como ensina Paulo Luiz Neto Lobo<sup>7</sup>, em obra de referência para a advocacia, “*Entende-se por isenção técnica do advogado empregado a total autonomia quanto à correta aplicação dos*

---

<sup>6</sup> RAMOS, Gisela Gondim. ESTATUTO DA ADVOCACIA - Comentários e Jurisprudência Seleccionada, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 361.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB, São Paulo: Saraiva, 2017, pp.121-122.

*atos, meios e prazos processuais, sem interferência do empregador. O advogado empregado não pode prosseguir orientação tecnicamente incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Na atuação técnica o advogado deve observar apenas sua consciência profissional e ética. Nessa área estritamente profissional, a relação de emprego não o alcança”.*

Por isso, o estimado autor adverte: *“Sem independência profissional não há advocacia. Desde suas mais remotas origens, a advocacia só pode ser exercida com absoluta independência em face do poder político e do próprio cliente. A subordinação hierárquica, própria da relação de emprego é limitada pela independência profissional do advogado, que não pode ser maculada. A isenção técnica e a independência profissional são requisitos indisponíveis e interdependentes no exercício da advocacia. A decisão de ajuizar alguma ação ou encetar algum negócio jurídico é do empregador, mas a realização é ato profissional exclusivo do advogado”.*

Destarte, se, por um lado, o advogado empregado tem o dever de subordinação em relação ao seu empregador, por outro, essa subordinação não pode interferir na liberdade e técnica de que utiliza para o regular exercício profissional.

Também não está obrigado o advogado empregado a prestar serviços de interesse pessoal do empregador, fora da relação de emprego, consoante dita o parágrafo único do artigo 18 do EAOAB. Isso garante a liberdade do advogado até para exercer de forma autônoma sua profissão, fora do escritório onde atua como empregado e respeitando eticamente seu empregador e os termos do contrato laboral.

Precisa ser sublinhado que a relação formada entre

empregado e empregador, no caso, advogado e escritório, deverá se submeter ao que preceitua a CLT, observando-se as normas e rotinas exigidas para os outros empregados, dentre estas a regular anotação em carteira de trabalho, com as condições que a caracterizam.

Está previsto no artigo 19 do EAOAB, um salário mínimo profissional que será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Voltaremos a discorrer sobre tal dispositivo mais adiante.

O artigo 20 do EAOAB, por sua vez, determina que a jornada de trabalho do advogado empregado não poderá superar quatro horas diárias e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva, quando será de quarenta horas semanais, conforme disciplinado no art. 12 do Regulamento Geral do EAOAB. Em caso de dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas diárias.

Outro ponto importante a ser considerado, diz respeito aos honorários de sucumbência, sendo determinado no artigo 14 do Regulamento Geral do EAOAB, que esses, *“por decorrerem precipuamente do exercício da advocacia e só acidentalmente da relação de emprego, não integram o salário ou a remuneração, não podendo, assim, ser considerados para efeitos trabalhistas ou previdenciários”*. E o parágrafo único desse dispositivo determina que *“os honorários de sucumbência dos advogados empregados constituem fundo comum, cuja destinação é decidida pelos profissionais integrantes do serviço jurídico da empresa ou por seus representantes”*.

Voltando ao exame do piso salarial, necessário analisar uma questão bastante relevante, que trata do salário mínimo dos advogados contratados. Existem dois fatores que o podem definir essa questão: determinação legal de piso, ou seja, aquele definido por lei ou, o que é chamado de “piso ético”, *sugerido* pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e que consiste no valor mínimo justo para a contratação.

Segundo artigo no site jurídico Migalhas<sup>8</sup>, publicado em janeiro de 2020, existe legislação aplicável ao tema no Distrito Federal e nos Estados do Acre, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe, onde os salários mínimos variam entre R\$ 1.528,25 e R\$ 2.788,60, para vinte horas semanais, e de R\$ 2.674,27 a R\$ 4.412,13, para jornada exclusiva. Em outros Estados existem sugestões de “piso ético”, algumas vezes por iniciativa da OAB local, outras por sindicatos de advogados, que podem ser conferidos nos *links* mencionados na nota referida. Nos Estados do Paraná e do Amazonas, através de suas Seccionais da OAB, foi determinado que os valores mínimos de remuneração devem observar a tabela de honorários do órgão. Os Estados do Ceará e de Minas Gerais não tem um piso mínimo, mas existem projetos de lei em trâmite nesse sentido, vigorando, por ora, a livre pactuação. Os Estados do Amapá, Espírito Santo e Rio Grande do Sul não possuem nenhum piso, nem projeto de o instituir.

A contratação de advogado para a prestação de serviços com vínculo de emprego, tal como regida pela CLT, acarreta os

---

<sup>8</sup> <https://www.migalhas.com.br/quentes/318016/piso-salarial-confira-quanto-ganha-um-advogado>



mesmos custos gerados pela contratação de empregados em geral, exigindo do empregador a concessão de férias anuais remuneradas, o pagamento do décimo-terceiro salário, o recolhimento de contribuição previdenciária e do fundo de garantia do tempo de serviço com base no valor do salário, além do custeio de transporte, alimentação e outros benefícios que sejam reconhecidos à categoria por decisão do contratante ou conforme convenção coletiva de trabalho.

### **3. ADVOGADO ASSOCIADO A SOCIEDADE PLURIPESSOAL**

Outra forma legalmente admissível para a contratação de advogado por escritório jurídico, dá-se na figura da associação, com respaldo no Regulamento Geral do EAOAB, que assim dispõe sobre o tema:

*“Art. 39 - A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.*

*Parágrafo único - Os contratos referidos neste artigo são averbados no registro da sociedade de advogados”.*

Com base no referido dispositivo, aliado ao contido no art. 15 do EAOAB<sup>9</sup> pode-se assegurar que o advogado tem o direito de exercer sua profissão como empregado, conforme

---

<sup>9</sup> Art. 15 – Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviços de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no Regulamento Geral.

já visto, sócio ou associado, como se verá a seguir, o que lhe seja mais favorável, bastando que as condições de trabalho a ele afetas demonstrem a total autonomia de sua atuação. Assim, o associado não pode ter controle de jornada, subordinação jurídica ou qualquer outro elemento capaz de caracterizar uma relação empregatícia, o que é da essência do contrato de associação.

Por força da edição do Provimento nº 169/2015, o Conselho Federal da OAB passou a regular as relações societárias entre sócios patrimoniais e sócios de serviço nas Sociedades de Advogados, bem como a figura do advogado associado, prevista no acima citado art. 39 do Regulamento Geral do EAOAB.

Entre outras regulações, o Provimento nº 169 especificou, no artigo 5º, que o associado *“poderá participar de uma ou mais sociedades de advogados, mantendo sua autonomia profissional, sem subordinação ou controle de jornada e sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício, firmando para tanto contrato de associação que deverá ser averbado no Registro de Sociedades de Advogados perante o respectivo Conselho Seccional.*

Essa determinação veio a suprir uma lacuna, para tornar claro que a contratação assim realizada não guarda resquício de relação trabalhista, reforçando o entendimento de que não existe hipossuficiência técnica do advogado perante a sociedade que o contrata na condição de associado. De se notar, ainda, que o associado pode trabalhar em mais de um escritório, sem se sujeitar a controle de jornada ou a subordinação. E, ainda que não participe dos lucros, nem dos prejuízos da sociedade, ele tem direito a parte de honorários, contratados por esta com os clientes e/ou resultantes de sucumbência, referentes às causas e interesses que lhe forem confiados, conjunta

ou isoladamente, na forma prevista no contrato de associação.

Por ser o contrato de associação de natureza civil, a sociedade e o associado poderão estipular livremente suas cláusulas, determinando quais serão as funções a serem exercidas e qual será a forma de remuneração. Aliás, essa remuneração é conhecida por retirada associativa, uma vez que não se confunde com a retirada societária (correspondente aos sócios patrimoniais e de serviço). Aliás, não se vislumbra impedimento, ainda, que o associado venha a ter uma retirada fixa e periódica, que não se caracteriza como salário, conforme definido pelo Provimento nº 169<sup>10</sup>.

Cabe frisar que o advogado associado, além de estar autorizado a participar de outra sociedade, pode manter clientela própria, consoante preceitua o art. 8º do Provimento nº 169, desde que, evidentemente, não haja conflito de interesses com os clientes das sociedades de advogados com as quais mantenha contrato de associação. Para tanto, bastará comunicar, previamente e de modo formal a existência de vínculos já existentes, respeitando de maneira ética a possibilidade da ocorrência de conflito de interesses entre uma sociedade e outra.

Tem sido visto na prática a adoção, em contratos do gênero e sem qualquer sombra de ilegalidade, de cláusulas barreira, para evitar que o advogado associado atue particularmente no mesmo ramo da sociedade que o contratou durante

---

10 Art. 7º (...)

Parágrafo único. O contrato de associação estabelecerá livremente a forma de pagamento, que poderá basear-se em critério de proporcionalidade ou consistir em adiantamentos parciais, ou, ainda, honorários fixados por estimativa, para acerto final, ou por outra forma que as partes ajustarem.

o transcurso da associação e por um prazo especificado após o rompimento do liame, evitando a concorrência desleal e o desvio de clientes.

Dentre os motivos que levam os profissionais da advocacia a ingressarem em bancas como associados, certamente está a natural dificuldade de início da vida profissional sem apoio ou estrutura, podendo ser os escritórios já constituídos um porto seguro para o desenvolvimento da atividade laboral, considerando que na associação não serão responsáveis pelos prejuízos experimentados pela banca (salvo se a ele derem causa), terão uma estrutura já montada e contrato averbado na OAB, conforme exige o Provimento nº 169. Nesse contrato, como já dito alhures, deverão ser detalhados os serviços que o advogado prestará e os critérios para definição de seus honorários, e se tal documento contiver elementos que possam caracterizar uma relação de emprego, como definida na CLT, deverá a OAB recusar sua aceitação.

Contudo, não é assim que pensam alguns representantes do Ministério Público do Trabalho (MPT), que veem no contrato de associação uma forma de fraudar um verdadeiro vínculo empregatício, em que o advogado seria privado de uma série de direitos trabalhistas e previdenciários, o que seria consequência do excesso de profissionais que ingressam no mercado a cada ano, propiciando esse desvirtuamento pela pseudo associação.

Exemplo dessa tendência do MPT em considerar o associativismo como uma fraude à legislação trabalhista, encontra-se em estudo intitulado *“O falso contrato de ‘advogado associado’*

*e a atuação do MPT no combate a essa fraude*<sup>11</sup>, onde foi asseverada a existência de uma verdadeira teoria da conspiração, em que “(...) muitos dos representantes do órgão de classe respectivo são, eles mesmos, sócios das bancas fraudadoras de direitos trabalhistas, e, portanto, diretamente interessados na manutenção desse cenário” (p. 97), como se a OAB estivesse a atuar para o acobertamento de situações de fraude trabalhista, o que revela o absurdo da colocação e da pretensão de seu autor.

Não é possível presumir, como é a tônica da matéria acima referida, que todos os contratos de associação constituem fraude, principalmente quando eles devem ser submetidos ao crivo ao Órgão representativo da Classe, que exerce controle e fiscalização, sendo sabido e ressabido que o ilícito não se presume, pois depende de prova efetiva.

Parece-nos despropositada, pois, a cruzada do MPT para tentar impedir o trabalho do associado sem vínculo empregatício, o que faz sob a fraca e descabida alegação de existência de fraude em sua totalidade, sem considerar que o labor do advogado nesse caso decorre exatamente da sua liberdade e autonomia, ao contratar com o escritório a forma como irá prestar seus serviços, sem horário para expediente, muitas vezes sem a necessidade de comparecer sempre à sede da banca para realizar seu mister e sem subordinação hierárquica.

---

11 <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/o-falso-contrato-de-201cadvogado-associado201d-e-a-atuacao-do-mpt-no-combate-a-essa-fraude>

Em obra basilar a respeito das sociedades de advogados, o renomado professor paranaense Alfredo de Assis Gonçalves Neto<sup>12</sup>, assim se posiciona sobre a matéria: *“Não padece a regra regulamentar de qualquer vício de ilegalidade, como querem fazer crer alguns representantes do Ministério Público do Trabalho, porque não está a criar nova figura jurídica, mas simplesmente a contemplar uma possibilidade concreta, dentre as várias possíveis, de contratação de serviços de advocacia pela sociedade. Ou seja, com ou sem a norma regulamentar, a ampla liberdade de contratar permite que a sociedade de advogados celebre contratos de associação com advogados autônomos.”*

E prossegue o mestre, explanando com clareza solar sobre a licitude da contratação: *“A associação entre a sociedade e um ou mais advogados pode trazer à tona o que os tratadistas italianos costumam denominar de **trabalho parassubordinado**, que é uma categoria intermediária entre a do empregado e a do profissional autônomo, onde são incluídos, normalmente, os profissionais liberais e outras atividades atípicas: o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação, mas com independência, desfigurando, assim, a possível existência de um contrato de trabalho.”*

Nas palavras do festejado doutrinador Amauri Mascaro Nascimento<sup>13</sup>, *“a parassubordinação se concretiza nas relações de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem*

---

12 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Sociedade de Advogados, São Paulo: Lex Editora S.A., 2016, p. 163

13 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento Jurídico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 322

*atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, contribuindo para atingir o objeto social do empreendimento, quando o trabalho pessoal deles seja colocado, de maneira predominante, à disposição do contratante, de forma contínua.”*

Nessa seara até podem ocorrer fraudes, mas essa seria a exceção e não a regra, tendo em vista a formação jurídica dos partícipes da relação e a necessidade de submeter o contrato à averbação pela Ordem dos Advogados do Brasil, responsável pelo controle do ato, com iniciativas que vão além do simples recebimento do material, com foco na própria orientação geral sobre o tema<sup>14</sup>.

Outro ponto importante a ser examinado, trata da ilegitimidade do MPT para ajuizar tutela processual coletiva em face de direitos individuais, como o fez em diversas ocasiões em ações civis públicas deduzidas em desfavor de sociedades advocatícias, pois a mera origem comum não é suficiente para caracterizar direitos como homogêneos. Os direitos homogêneos são aqueles que surgem para muitas pessoas em decorrência do mesmo fato ou ato jurídico, devendo existir uma prevalência das questões comuns sobre as questões individuais de cada integrante desse coletivo de pessoas. Tem-se no caso, apenas pluralidade de direitos individuais, caracterizando direitos individuais heterogêneos.

---

<sup>14</sup> Destaque-se aqui a preocupação da OAB/PR quanto à matéria, dentre outras Seccionais, ao oferecer a toda a classe minuta de contrato de associação, que segue estritamente as normas determinadas pelo Provimento nº 169 do Conselho Federal, e que pode ser encontrada em <https://www.oabpr.org.br/sociedade-de-advogados-minutas>

Veja-se a respeito, excerto de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, onde foi Relator o Ministro Caputo Bastos<sup>15</sup>, ao tratar da ilegitimidade do MPT em situações que tais:

*“Inviável o seguimento do recurso neste tópico ante a conclusão da Turma de que a pretensão relativa ao registro da CTPS dos trabalhadores constitui direito individual heterogêneo, uma vez que depende de prova individual de cada trabalhador no que se refere ao início da prestação dos serviços, bem como o reconhecimento dos elementos fático-jurídicos que configuram a relação de emprego.*

*Considerando que os pedidos são acessórios ao pleito de reconhecimento da relação de emprego, de igual modo, não se verifica interesse de uma categoria ou grupo, mas de cada trabalhador, o que afasta a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público do Trabalho.”*

Na mesma direção foi a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, relatada pelo Desembargador Ruy Salathiel<sup>16</sup>, onde foi entendido que *“as sociedades de advogados têm ampla liberdade para admitir novos integrantes em seus quadros, na qualidade de sócios (observadas as disposições de seus atos constitutivos); para associarem-se a advogados que atuem autonomamente, ajustando a forma de participação nos resultados; e para contratar outros como empregados, nos moldes previstos pela Legislação Consolidada. Essa liberdade não deve ser mitigada sem que para isso existam motivos relevantes e bem delineados. A impetrante, portanto, detém o direito*

---

15 Processo n. 0001327-20.2013.5.24.0005 - AIRR - 22/11/2017 do TST

16 Mandado de Segurança nº 0000058-59.2013.5.06.0000



*de admitir novos advogados sob qualquer das três modalidades desenhadas pela Lei 9084/96 em conjunto com o seu Regulamento. Eventual deturpação dessas formas deve ser provada caso a caso, assegurada sempre a possibilidade de prevalência do princípio da realidade em detrimento de estratégias fraudulentas. A tutela antecipada, nos moldes em que deferida, contudo, aproxima-se da imposição de condenação antecipada da parte ré, ora impetrante, o que não se pode admitir. Segurança concedida.”*

O MPT tem buscado caracterizar todos os contratos associativos como fraude, com pedido à Justiça de imposição de multas elevadíssimas, o que já se transformou até em matéria veiculada na grande imprensa, como em o Estado de S. Paulo<sup>17</sup>, relatando que importante escritório conseguiu obter a reconsideração integral de tutela de urgência contra si concedida em ação civil pública, revertendo a aplicação de multa de cento e oitenta milhões de reais, onde fora pedido que fosse obrigado a contratar os profissionais que trabalham na banca com base nas regras da CLT, onde sobressai a argumentação de defesa da sociedade: *“Ora, estamos falando de advogados, operadores do Direito, considerados constitucionalmente como indispensáveis à administração da Justiça, não de hipossuficientes como alegado pelo MPT. Na verdade, constitui desrespeito à classe tratá-los como se despedidos fossem não apenas de conhecimento técnico, mas, sobretudo da capacidade de pensar e de se autodeterminar em seus próprios contratos”.*

Diferentemente do que ocorre com a contratação de

---

17 <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-reconsideracao-e-afasta-multa-milionaria-a-escritorio-de-advocacia>

advogado empregado regida pela CLT, com a celebração de contrato de associação não serão devidas verbas de natureza trabalhista, social e complementares, cabendo ao empregador emitir RPA (recibo de pagamento autônomo) referente ao valor dos serviços, sobre os quais haverá recolhimento na fonte dos tributos incidentes, devendo o associado manter-se inscrito junto ao órgão previdenciário oficial e ao município em que atua, conforme a legislação local que disciplina o recolhimento de imposto sobre serviços.

#### **4. ADVOGADO ASSOCIADO A SOCIEDADE INDIVIDUAL**

O contrato de associação pode ser celebrado também entre advogado e sociedade individual de advocacia, figura jurídica criada pela Lei nº 13.247/2016, que alterou o artigos 15 a 17 do EAOAB, e que consiste em uma pessoa jurídica formada por um único sócio, tendo por objeto a prestação de serviços advocatícios, à semelhança da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), que é objeto de análise completa em outro capítulo da presente obra.

A sociedade individual de advocacia se insere no rol das sociedades de advogados, sendo legitimada, por isso, a contar com advogados associados, empregados e sociedades parceiras, onde cada um mantém, de per si, sua individualidade, não afrontando, destarte, o que a lei preceitua. Assim, é possível que uma sociedade de advogados contrate como associada uma sociedade unipessoal de advocacia (e vice versa), para prestar serviços, mas não como sócio, assim como é possível que a sociedade unipessoal mantenha vínculo de associação com advogado(s), e

mesmo com outras(s) sociedade(s) individual(ais).

A esse propósito, tome-se novamente como esteio a obra do Prof. Assis Gonçalves<sup>18</sup>:

*“A sociedade unipessoal de advocacia pode firmar ajustes de associação, assim com advogados, como com outra ou outras sociedades unipessoais ou, ainda, com sociedades de advogados pluripessoais. Os contratos assim firmados têm de ser reduzidos a escrito ou, onde possível, produzidos eletronicamente e, em qualquer das alternativas, levados a registro na Seccional de sua sede e, se for o caso, de sua filial (n<sup>os</sup> 51 e 53 supra). Também nesses casos é preciso que a associação não seja um disfarce para a contratação de advogados empregados em qualquer dos polos da relação jurídica, visto que a sociedade unipessoal não está imune a ser caracterizada como empregador ou empregado. A relação de emprego revela-se pela análise da situação concreta, indiferente às manobras que possam ser utilizadas para encobri-la. Também são lícitos os pactos de cooperação, escritos ou não, consoante a abordagem feita anteriormente em relação às demais sociedades de advogados (n<sup>o</sup> 54 supra)”. [Os números citados fazem referência aos Pactos de Colaboração entre sociedades, examinados na obra.]*

O tanto que foi dito acima quanto aos custos da contratação do associado por sociedade pluripessoal, deve ser observado no caso da sociedade individual, tratando-se de um mesmo regime jurídico.

---

<sup>18</sup> GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis, Sociedade de Advogados, São Paulo: Lex, 2016, p. 267/268

## 5. CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados, a respeito das citadas formas de contratação de advogados, fica claro possuir cada uma delas vantagens e desvantagens, que deverão ser estudadas para a escolha daquela que pareça mais adequada ao profissional a ser contratado, segundo as regras acima expostas, de modo que possa exercer seu ofício de forma tranquila e ética.

A advocacia cada vez mais é praticada por advogados unidos em sociedade, sejam eles sócios, associados ou empregados, entidade jurídica por meio da qual se estreitam os laços de colaboração profissional, tendência essa que não terá volta e, pode-se dizer, haverá o tempo em que, sobretudo nos maiores centros, sem esse instrumento o advogado não mais conseguirá exercer a profissão em sua plenitude.

# A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE NOS INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Amanda Busetti Mori Santos<sup>1</sup>

**RESUMO:** A nova sistemática apresentada pelo Código de Processo Civil conferiu aos Tribunais de 2º grau a possibilidade de firmar precedentes normativos vinculantes através dos acórdãos proferidos nos incidentes de assunção de competência e resoluções de demandas repetitivas. Referidas decisões possuem eficácia normativa, e, portanto, afetam não só os jurisdicionados, como toda a sociedade, orientando condutas e conferindo direitos e obrigações. A necessidade do contraditório ampliado como fator de influência dos julgadores e a necessidade de ampliação cognitiva da questão posta a apreciação do Poder Judiciário demanda a atuação do *amicus curiae*, caracterizado

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

por terceiro capaz de contribuir com o feito, mediante o fornecimento de subsídios que contribuirão para o incremento de qualidade das decisões judiciais. A atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de *amicus curiae*, portanto, se mostra indispensável, não só pela indubitável capacitação técnica de seus membros, mas, sobretudo, pela sua finalidade, insculpida no inciso I do artigo 44 da Lei 8.906/94, que lhe impõe o dever de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes. Incidente de Assunção de Competência (IAC). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Ordem dos Advogados do Brasi. Contraditório. *Amicus Curiae*.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a necessidade imposta pelas novas técnicas de formação de precedentes estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015, consistente na imprescindibilidade de um contraditório ampliado por meio da participação de terceiros, com especial destaque para a figura do *amicus curiae*.

O tema merece atenção, tendo em vista como a formação dos precedentes normativos vinculantes, sobretudo aqueles que podem ser gerados em âmbito territorial e regional, caracterizados pelos incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas, impactam nas relações jurídicas, não

apenas dos jurisdicionados, mas de toda a sociedade, impactos estes que possuem o condão de orientar condutas e interferir na existência de direitos e obrigações.

Para tanto, adotou-se uma postura investigativa baseada em pesquisa bibliográfica relacionada ao sistema de precedentes apresentado pelo Código de Processo Civil de 2015, e ao papel desempenhado por terceiros nas técnicas que formam precedentes. Analisou-se, ainda, os dispositivos constantes na Constituição Federal e Código de Processo Civil de 2015 que disciplinam a matéria.

O primeiro capítulo apresentará os principais vetores que norteiam o sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, cuja dogmática é estabelecida através de seus artigos 926, 927 e 489 §1º, V e VI. Para tanto, serão destacados os seguintes vetores: estabilidade, segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência ao Poder Judiciário.

O segundo capítulo abordará os requisitos dos incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas e seus respectivos efeitos, considerando, sobretudo, o poder conferido pelo legislador aos Tribunais de segunda instância de firmarem precedentes normativos vinculantes.

O terceiro capítulo analisará como estão inseridos nas novas técnicas de precedentes os princípios do contraditório e ampla defesa e a consequente e necessária conferência de um contraditório ampliado com vistas a garantir a legitimidade de referidos instrumentos.

O quarto e último capítulo trará aspectos relevantes acerca do papel político-institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como de sua importância nos incidentes de as-

sunção de competência e resolução de demandas repetitivas na qualidade de *amicus curiae*.

O propósito do presente estudo, portanto, é demonstrar que, não obstante o contraditório ampliado seja elemento imprescindível dentro de aludidas técnicas de formação de precedentes, a participação de entidade que possua representatividade adequada, nomeadamente com função político-institucional que lhe habilita a participar de todo e qualquer incidente, é fundamental e se revela indispensável dentro de um Estado democrático de direito, com o objetivo de garantir a legitimidade dos instrumentos normativos em apreço, possibilitando, assim, a atuação da sociedade, ainda que de forma indireta.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCIPAIS VETORES QUE NORTEIAM O SISTEMA DE PRECEDENTES ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

O Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo de promover maior estabilidade, segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência ao Poder Judiciário, proporcionou à sistemática processual uma nova forma de pensar o direito. Para tanto, insculpiu em seus artigos 926, 927 e 489, §1º V e VI um novo sistema de precedentes com força normativa atribuída por lei, vinculando os julgadores de forma obrigatória, sistema este que “está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica”.<sup>2</sup> Conforme afirma Hermes Zanetti Jr.,

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 104



[o] reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando aos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais.<sup>3</sup>

As premissas que levaram a criação do novo sistema, calcado em regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização<sup>4</sup>, encontram-se intimamente ligadas, e demonstram que o ideário do legislador e dos juristas que participaram da elaboração do Código de Processo Civil, espera-se, atenderá, tanto às necessidades dos jurisdicionados, como do Poder Judiciário, de modo a, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>5</sup>,

Iluminar e pavimentar o caminho em busca da racionalização do nosso sistema de distribuição de justiça, garantindo-se, conseqüentemente, a igualdade e a segurança jurídica, indispensável para o homem poder se desenvolver e para a economia ter condições de frutificar.

Isto porque, através do novo sistema de precedentes

---

3 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 347

4 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 322

5 MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83

judiciais normativos, as partes, os jurisdicionados e a sociedade passam a ter a perspectiva de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário serão estáveis e previsíveis, gerando assim, um ambiente juridicamente seguro. É o que se pode extrair da norma orientadora consignada no artigo 926 do CPC, que estabelece que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Espera-se, também, que através do caráter vinculante dos precedentes, as decisões se mostrem isonômicas, ou seja, que não exista tratamento diverso quando as questões postas a apreciação do Poder Judiciário guardem entre si identidade de direito.

A estabilidade proporcionada pelos precedentes judiciais, implica no reconhecimento de que as decisões permanecerão íntegras enquanto houver pertinência social e legal. Assim, as decisões judiciais devem “ter um mínimo de continuidade para que o Estado de Direito, não seja o Estado Provisório”.<sup>6</sup> Apenas com a alteração deste quadro é que poderá o precedente ser superado.

Já a previsibilidade, antes reconhecida por meio da legislação, hoje, em decorrência da nova sistemática dos precedentes, é ampliada, voltando sua atenção também para as decisões advindas do Poder Judiciário<sup>7</sup>. Portanto, consiste não só no conhecimento da norma, mas sobretudo no conhecimento de sua interpretação jurídica dada pelo Poder Judiciário. Assim,

---

<sup>6</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103

<sup>7</sup> PEIXOTO. Ravi. **Superação do Precedente e segurança Jurídica**, 4 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 40

conforme assinala Ravi Peixoto, quanto mais elementos sejam de conhecimento público, maior será a previsibilidade do ordenamento jurídico<sup>8</sup>.

Com esteio nas premissas da estabilidade e previsibilidade, surge a segurança jurídica, consistente na garantia de que tanto o Estado quanto os terceiros se comportarão de acordo com o direito. Para o mesmo autor, a segurança jurídica pode ser analisada sob dois aspectos. O primeiro, estático e consistente na cognoscibilidade, relacionada com o conhecimento do direito por quem a ele seja submetido, ou seja, a segurança de orientação. O segundo, dinâmico, que se desdobra em duas vertentes, quais sejam, a calculabilidade e a confiabilidade, estes voltados a segurança de realização do direito.<sup>9</sup> Ademais, a segurança jurídica proporcionada pelo sistema de precedentes passa a definir o comportamento e as ações dos cidadãos. Para Luiz Guilherme Marinoni,

[o] primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.<sup>10</sup>

---

8 PEIXOTO. Ravi. **Superação do Precedente e segurança Jurídica**, 4 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 67

9 PEIXOTO. Ravi. **Superação do Precedente e segurança Jurídica**, 4 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 51-59

10 MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 97

Deve, ainda, o sistema de precedentes garantir aos jurisdicionados tratamento isonômico, uma vez que não se pode admitir que situações idênticas recebam do Poder Judiciário respostas com conteúdo decisório diferente.”<sup>11</sup>. Aqui, deve-se considerar que o princípio da igualdade demanda uma redefinição dogmática, e deve ser pensado não apenas diante da lei, mas sobretudo, diante do Direito em si, ou seja, diante da norma jurídica, qualquer que seja ela, ou, de quem quer ela demande.<sup>12</sup>

Há ainda, a perspectiva de que o Poder Judiciário seja mais eficaz, tanto em termos quantitativos, quanto em termos qualitativos. Neste ponto, não se pode deixar de levar em consideração a crise enfrentada pelo Poder Judiciário, uma vez que “a estrutura institucional do Judiciário, tal como se estabelece nos dias de hoje é incapaz de absorver a demanda por resoluções de controvérsias, deixando de fornecer soluções razoáveis, previsíveis e financeiramente acessíveis a todos”.<sup>13</sup> O relatório Justiça em Números de 2020 apresentado pelo CNJ<sup>14</sup>,

---

11 LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 774

12 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório. Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v 2.14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 578

13 COSTA. Suzana Henriques da. e MIRANDA. Andra Pimentel de. **A participação de terceiros no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise do Tribunal de Justiça de São Paulo**. In: JR, Fredie Didier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil. Bahia: JusPodivum, 2020. p. 150

14 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acessado em: 13/10/202. p. 93

indica que o ano de 2019 finalizou com 77,1 milhões de processos em tramitação. Em que pese o relatório indique estabilidade do acervo em 2017 e redução nos anos de 2018 e 2019, os números são alarmantes, na medida em que é apontado que “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 2 meses de trabalho para zerar o estoque”. A eficiência, portanto, garante aos jurisdicionados e ao Poder Judiciário, por exemplo, a diminuição de processos de massa mediante decisões proferidas através das técnicas de precedentes, o que contribuiria para o atingimento da garantia constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal) com a conseqüente possibilidade de maior dedicação às causas de maior complexidade, além da evidente economia de gastos pela administração pública.<sup>15</sup>

Consideradas tais premissas, há que se observar que o sistema de precedentes, além de determinar a vinculação formal dos julgadores, vincula, também, as partes, os jurisdicionados diretamente ligados com a questão discutida, e toda a sociedade. Tal compreensão se mostra clara na medida em que as decisões judiciais decorrentes da nova sistemática passaram a ser enfrentadas como verdadeiras fontes de direito, implicando na necessária mudança da cultura jurídica tradicional consistente na subsunção dos fatos à norma.<sup>16</sup> Conforme assinala

---

15 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 139

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 3 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm,

Vinícius Souza Lemos,

Na técnica de formação de precedentes, o Tribunal utiliza, diante dos precedentes declarativos e, principalmente, os criativos, uma nova norma jurídica, para a utilização além das partes daquele processo, nascendo com uma universalidade, com total possibilidade de utilização em casos análogos – existentes ou futuros, o que o torna uma fonte, hoje, primária de fonte de direito.<sup>17</sup>

É importante ter em mente que, diferentemente das leis, gerais e abstratas, os precedentes são criados através de fatos concretos e revelam algo que é autônomo diante da lei, não sendo dela mera consequência lógica.<sup>18</sup> Assim, “da solução de um caso concreto, extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada”.<sup>19</sup>

Importante considerar, ainda, que o precedente exerce função de integração nos papéis desempenhados pelos legisladores e pelos julgadores, apontando Hermes Zanetti Jr. que “a existência de nova lei, válida substancial e formalmente,

---

2019. p. 688

- 17 LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 770
- 18 MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 105
- 19 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório. Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v 2.14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 555

determina o afastamento do precedente”.<sup>20</sup> Em contrapartida, e mostrando que tanto a lei, quanto os precedentes, encontram-se diretamente vinculados, afirma Luiz Guilherme Marinoni que “quando os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais”.<sup>21</sup>

Inquestionável, portanto, que as condutas sociais são moduladas, em grande maioria, pelas instruções obtidas pela lei e pelas decisões judiciais, agora reforçadas pela existência de um sistema mais amplo de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, conclui Hermes Zanetti Jr, que, tanto a lei quanto os precedentes vinculam a sociedade, posto que ambos têm caráter normativo.<sup>22</sup>

Em linhas gerais, tem-se que, a mudança de paradigma estabelecida pelo Código vigente consistente no respeito e preservação dos entendimentos previamente firmados<sup>23</sup>, é festejada pela doutrina que, de forma majoritária, enuncia que a nova técnica, se bem utilizada, proporcionará à sociedade um sistema

---

20 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 378

21 MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 100

22 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 378

23 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 391

jurídico coeso, frente ao panorama até então identificado como instável, inseguro, imprevisível e desigual. Assim, o novo sistema de precedentes, calcado nos preceitos da estabilidade, segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência do Poder Judiciário, atribuiu força vinculante ao rol estabelecido no artigo 927 do Código de Processo Civil, sistemática esta que passa a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

### **3. EFEITOS DOS ACÓRDÃOS FIRMADOS NOS INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

Para além das leis, em sentido amplo, deve o julgador observar, como padrões obrigatórios, o rol apresentado pelo artigo 947 do Código de Processo Civil, dentre os quais se destacam os acórdãos em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Referidos incidentes evidenciam-se no código processual por representarem técnicas novas, além de poderem ser firmados em âmbito territorial, pelos Tribunais de Justiça, e regional, pelos Tribunais Regionais Federais.

A importância dos incidentes abordados pode ser observada não só através de sua eficácia normativa, como também, e sobretudo, em relação a seus efeitos. Para tanto, importante fazer uma breve análise dos requisitos de cada instituto, a fim de compreender a extensão de seus efeitos e os consequentes impactos na sociedade, tendo-se em mente que enquanto instituição, o Poder Judiciário exerce não só a função de dirimir a controvérsia que lhe é apresentada, como também promover,



por meio de suas decisões, o enriquecimento jurídico através da formação de precedentes<sup>24</sup>.

O incidente de assunção de competência (IAC), previsto no inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil, estabelece que é admissível sua instauração quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Devem estar presentes, portanto, e de forma simultânea, três requisitos: (i) relevante questão de direito; (ii) grande repercussão social; e (iii) sem repetição em múltiplos processos.

O tema é aprofundado por Rodolfo de Camargo Mancuso quando assevera que

[o] instituto da assunção de competência busca, de um lado, evitar que temas transcendentais, com aptidão para se reproduzirem em outros processos, porventura recebam respostas discrepantes, quiçá contraditórias, ao intento das frações de um Tribunal (dispersão jurisprudencial interna) e, de outro lado, por aí se intenta assegurar tratamento isonômico aos jurisdicionados, a par de agilizar julgamentos.<sup>25</sup>

Oportuno consignar a relevância do referido instituto,

---

24 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 390-391

25 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 3ª ed. rev. Atual., ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 656

caracterizada pelo seu caráter preventivo, uma vez que, diferente das demais técnicas, prescinde de divergência de julgamentos. Como efeito, através do acórdão proferido no IAC, há a criação de uma nova norma ou conduta que deve ser observada tanto pela sociedade, como pelos outros órgãos judiciários<sup>26</sup>, e que, dada a sua natureza preventiva, terá o condão de pacificar, desde logo, grandes questões de direito.

Conforme já asseverado, o IAC não tem por escopo resolver questões repetidas em múltiplos processos. Assim, cabe registrar o questionamento realizado por Teresa Arruda Alvim Wambier, a respeito da existência de necessidade de se prevenir ou compor divergências, se não se supuser ou se constatar a existência de decisões conflitantes. A própria autora responde o problema suscitado quando afirma que a decisão proferida em IAC deve ser respeitada em casos subseqüentes “não necessariamente idênticos, mas apenas quanto à sua essência”.<sup>27</sup> Os fatos, portanto, podem ser diferentes, contudo, o que os aproxima é a mesma essência jurídica.

Exsurge, no entanto, a preocupação assinalada por Rodolfo de Camargo Mancuso ao abordar o Projeto de Lei do Código de Processo Civil (PJ 8.046/2010) e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Neste ponto, cumpre assinalar que no anteprojeto, o incidente possuía caráter preventivo ao estabelecer como critério “controvérsia *com potencial* de gerar relevante

---

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v.2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 p.586

27 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 577

multiplicação” [itálico não consta no original]. No caso, é possível transportar as colocações do autor para o incidente de assunção de competência, considerando o seu caráter preventivo e o risco a segurança jurídica perfectibilizado através da fixação da tese estabelecida por meio do acórdão que o julga. Tal colocação é pertinente na medida em que, a ocorrência de relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção

ainda está incipiente, não tendo alcançado um razoável grau de maturação, assim atropelando a ordem natural do processo (pretensão inicial > contraditório > provas > cognição > decisão)”. Ademais, adverte o autor que “o Tribunal ad quem, por definição, preordena-se a rever decisões de primeiro grau e, não, em princípio, antecipar-se a elas.<sup>28</sup>

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), disciplinado no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil, por sua vez, prevê o cabimento de sua instauração quando houver, simultaneamente (i) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Neste ponto, cumpre assinalar que, para Luiz Guilherme Marinoni, no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, não há “qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros”. Para ele, tal técnica tem

---

28 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 3ª ed. rev. Atual., ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 661-662

por objetivo “regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes”.<sup>29</sup>O autor ainda faz referência a outro aspecto que merece destaque em relação a referida técnica, consistente no estabelecimento de coisa julgada sobre questão. Isto porque um ou mais casos serão destacados para julgamento, permanecendo os demais suspensos até que seja proferida decisão pelo Órgão Julgador. A formação do precedente, portanto, “produz[iria] coisa julgada sobre questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes”<sup>30</sup>, circunstância esta que implicaria em verdadeira violação do direito de participar em contraditório.

Sabe-se que a coisa julgada tem por objetivo assegurar autoridade à decisão. Contudo, evidencia-se a preocupação do professor Luiz Guilherme Marinoni acerca do direito fundamental ao contraditório. Isto porque,

[...] no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se a questão de muitos em processos de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positividade do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar.<sup>31</sup>

---

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.608

30 MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 323

31 MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Re-

A crítica é realizada pelo autor, assim como por parte da doutrina, como Clayton Maranhão e Frederico Augusto Gomes, que, por esse e outros motivos, não reconhecem no incidente mecanismo hábil a formar um precedente vinculativo. Em consonância com Marinoni, os autores compreendem que, ao tentar se valer da lógica dos precedentes, o legislador tentou “obstaculizar a participação dos terceiros afetados no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se tratasse de um mero exercício interpretativo que dispensa a participação daqueles que serão atingidos pela decisão”<sup>32</sup>

A análise acima é relevante na medida uma vez que as técnicas empreendidas pelos incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas implicam, a depender do instrumento, na prevenção de demandas através da consolidação de temas relevantes de direito e na fixação de teses quando houver multiplicidade de processos que versem sobre a mesma questão de direito, de modo a garantir isonomia e segurança jurídica, circunstâncias estas que devem ser levadas em consideração, especialmente, ao se considerar que o legislador atribuiu aos tribunais de segunda instância, papel de extrema importância na formação dos precedentes.

Ainda, consideradas as diferenças existentes entre os institutos, não se pode olvidar que a repercussão de seus efeitos em muito se assemelham, especialmente no que diz respeito aos seus impactos jurídicos e sociais, tanto em relação

---

vista dos Tribunais, 2016. p. 328

32 MARANHÃO, Clayton. e GOMES, Frederico Augusto. **O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas**. In: JR, Fredie Didier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil. Bahia: JusPodivm, 2020. p. 127-128

ao passado, mas, sobretudo, quanto em relação ao futuro. A respeito deste aspecto temporal, ainda nas lições de Marinoni, deve-se ter em conta que

O juiz que considera o passado, mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado. No entanto, se o magistrado é consciente de que a sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente intensificam-se. Quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro.<sup>33</sup>

Desta feita, conclui-se pela cautela de que devem se revestir os pronunciamentos judiciais que formam precedentes. A nova técnica impõe a necessidade de um olhar atento em relação às decisões firmadas pelos incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas, considerando que estas não ocuparão espaço apenas para solucionar questão latente no direito, mas também, questões futuras, que repercutirão na esfera jurídica de toda a sociedade. Neste sentido, vale considerar as palavras de William Soares Pugliese no sentido de que

os magistrados devem considerar o futuro porque “vão inscrever essas mesmas decisões na prática da comunidade, a qual vai servir de referência futura”. Agir de acordo com a estabilidade, porém,

---

33 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 89

não significa apenas perceber que a decisão servirá como referência futura, mas considerar os efeitos que essa referência produz em relação ao modo como as pessoas definem suas condutas.<sup>34</sup>

Assim, a par da discussão doutrinária, a nova sistemática implica no enriquecimento do ordenamento jurídico na medida em que, para além das partes, amplia os efeitos decisórios, alcançando a todos os jurisdicionados, com potencial, inclusive, de orientar condutas, estabelecendo direitos e obrigações, tal como o fazem as leis propriamente ditas. Neste sentido, assinala Lemos que “os precedentes judiciais, criados pelos Tribunais, realmente pautam a sociedade e seus atos”<sup>35</sup>, afinal, conforme menciona Marinoni, “ninguém pode orientar a sua vida com base num direito que não pode ser identificado ou é aplicado de modo contraditório pelos Tribunais”.<sup>36</sup>

#### 4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA INSERIDOS NAS TÉCNICAS DE JULGAMENTO DO IAC E IRDR

Como corolários do Estado Democrático de Direito,

---

34 PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade**. 2016. Tese (doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 176-177

35 LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 775

36 MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 115

os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa insculpidos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, são de importância inigualável na ordem processual brasileira. Conforme assevera Welder Queiroz dos Santos, “o modelo de processo traçado pela Constituição impõe a análise de todo o Direito Processual Civil à luz dos direitos fundamentais processuais, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa”<sup>37</sup>.

Referidos princípios, conexos entre si, e que atualmente recebem contornos de um amálgama de um único direito fundamental<sup>38</sup>, possuem especial relevo nas técnicas dos precedentes firmados pelo IAC e IRDR. Isto porque, é inquestionável o fato de que a formação de referidos precedentes só pode ser tida como legítima mediante a ampliação do contraditório e ampla defesa, pois em que “não se pode tolerar que alguém possa ser prejudicado por uma decisão judicial, sem que se lhe tenha dado a oportunidade de defender seus interesses”<sup>39</sup>.

O contraditório, sob a ótica tradicional, é tido como o direito de contrapor argumentos (dimensão formal). Contudo, referido princípio recebeu novos contornos, acrescentando-lhe o real poder de influenciar o julgamento (dimensão

---

37 SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 29

38 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**- v. 1: 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 115

39 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 2.p.107



substancial)<sup>40</sup>. Deixou o contraditório, portanto, de ser identificado como a contraposição bilateral de argumentos caracterizada pela “informação-reação”, passando a ser identificado como a possibilidade de exercer efetiva influência no ambiente processual.<sup>41</sup>

Consolidado, em termos gerais, nos artigos 7, 9 e 10 do CPC, o contraditório deve garantir a efetiva participação no desenvolvimento do processo, conferindo às partes o poder de influenciar no conteúdo das decisões, assim como ter os argumentos nela considerados. O princípio, não pode mais ser pensado apenas como direito de participação na construção da norma jurídica individualizada, mas também como o direito de participação na construção da norma jurídica geral.<sup>42</sup>

Conforme já asseverado, a decisão proferida em aludidos incidentes, repercute para além dos jurisdicionados dos casos destacados, como também para os casos suspensos e que serão afetados. Além disso, atingem a toda a sociedade que, num primeiro momento, deixa de participar de sua construção jurídica por não possuir, ainda que de forma momentânea, interesse jurídico acerca do direito ali debatido.

---

40 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**- v. 1: 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 107

41 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 231

42 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório. Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 5

Desta forma, a doutrina é pacífica ao asseverar que, nas técnicas de formação de precedentes, é imprescindível a instauração de um contraditório ampliado e qualificado, com vistas a expandir a discussão sobre a matéria. A principal alteração que os institutos atinentes ao microsistema de precedentes trazem, é justamente a instauração de um contraditório qualificado, com ampliação da discussão material a fim de inserir manifestações da sociedade, com a possibilidade de diversas outras considerações que transcendem a causa, o processo ou recurso representativo da controvérsia.<sup>43</sup>

A necessidade do contraditório ampliado nos institutos que formam precedentes não consiste, portanto, em mera formalidade para legitimá-los. As manifestações devem ter o condão de “influenciarem na demanda, de modo a terem seus argumentos considerados, debatidos e respondidos, mesmo que forem rejeitados”.<sup>44</sup>

Sob tal ângulo, é importante mencionar que, na mesma esteira em que deve o contraditório ser ampliado, deve a fundamentação ser reforçada. Nas palavras de Freddie Didier Jr., “a ampliação da cognição e do debate desagua numa decisão com motivação reforçada, a servir de paradigma, de orientação, de precedente, enfim, de regra a ser seguida em casos sucessivos”<sup>45</sup>.

---

43 LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 829

44 LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 831

45 DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 807

Neste ponto, é importante ter em mente a função extraprocessual da fundamentação, uma vez que ela não se presta apenas a justificar a solução alcançada em caso específico, mas também, sobretudo considerando um sistema que valoriza os precedentes judiciais, o faz como “modelo de conduta àqueles indivíduos que não participam, nem nunca participariam, daquele processo específico”<sup>46</sup>.

Ao tratar sobre o IRDR, Wambier pontua que a decisão deve ser fundamentada “[n]ão só quanto aos argumentos favoráveis à tese vencedora, mas também aos contrários”. A autora complementa ao afirmar que

A atenção redobrada com a fundamentação [...] se deve justamente ao fato de que o acórdão-paradigma projetará seus efeitos para casos cujas partes processuais muitas vezes sequer terão tido a oportunidade fática de apresentar suas razões ao tribunal. Desse modo, o reforço argumentativo exigido na fundamentação está longe de ser mero preciosismo do legislador; ao contrário, é requisito que acrescenta legitimidade e autoridade ao julgamento.<sup>47</sup>

Portanto, a decisão que forma o precedente deve ser fundamentada de forma exaustiva, contemplando todos os

---

46 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório. Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 581-582

47 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 569

argumentos apresentados. Tal colocação se mostra indispensável pois, apenas uma decisão devida e amplamente fundamentada permitirá o exercício do contraditório e ampla defesa após a formação do precedente. Ademais, apenas através da fundamentação é que a sociedade “consegue entender, diante da necessidade de previsibilidade, os limites das condutas a serem seguidas de acordo com o precedente judicial criado naquela decisão”.<sup>48</sup>

Sob este aspecto, indispensável abordar as duas fases que envolvem o contraditório inserido nas técnicas dos precedentes firmados pelo IAC e IRDR. A primeira, anterior à formação do precedente, momento em que as partes processuais apresentarão todos os argumentos capazes de influenciar o julgador, que deverá consolidar a tese jurídica mais justa e democrática em relação ao direito discutido. A segunda, posterior a sua formação, e que justificará o afastamento de um precedente, seja através da técnica de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*)<sup>49</sup>.

Acerca da importância do contraditório em momento posterior a formação do precedente, oportuna a colocação de Vinicius Silva Lemos

Na aplicação do precedente ao caso concreto, em demandas futuras, o contraditório também tem

---

48 LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 780

49 ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 357

papel fundamental. Não há como imaginar a aplicação de um precedente judicial pelo juízo, de qualquer grau, em momento e processo futuro, sem a necessidade das partes exporem seus argumentos sobre o precedente judicial existente e a sua relação com as situações fáticas do caso. É o momento de as partes analisarem a *ratio decidendi* do precedente judicial comparando com as peculiaridades daquela demanda, em específico, para proporem a utilização do precedente judicial, ou o *distinguishing*, argumentando, desde logo, os pontos que convergem ou divergem entre o precedente judicial exposto na demanda a ser julgada.<sup>50</sup>

As alterações do momento histórico podem demandar do Poder Judiciário a necessidade de superar o entendimento antes firmado (*overruling*), de modo a garantir a manutenção da congruência jurídica e social dos precedentes. O procedimento autônomo utilizado para tal fim, como não poderia deixar de ser, deve assegurar o contraditório que, segundo Welder Queiroz dos Santos, é institucionalizado através da figura do *amicus curiae*, “com a finalidade de pluralizar e democratizar o debate, bem como legitimar a nova orientação que se pretende estabelecer”.<sup>51</sup>

O contraditório ampliado, aliás, é importante para a legitimidade dos incidentes que formam precedentes, o qual, por sua vez, só pode ser assegurado mediante a representatividade

---

50 LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020. p. 778

51 SANTOS. Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 219

adequada. Para tanto, de modo a garantir o devido processo legal, caracterizado pelo comprometimento dos julgadores com a ampla defesa e o contraditório, deve-se assegurar de forma suficiente a participação de terceiros no julgamento dos incidentes que formam os precedentes com força normativa, pois “só é possível a extensão de sua indiscutibilidade [dos precedentes] aos terceiros em razão da adequada representação de seus interesses em juízo”<sup>52</sup>.

Conclui-se, desta maneira, que o contraditório ampliado e a representatividade adequada estão intimamente associados à participação de terceiros nos julgamentos do IAC e IRDR, os quais, além de proporcionarem certo grau de legitimidade às decisões, contribuem para a formação de precedentes que contemplem o maior número de argumentos possíveis.

## **5. A FUNÇÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DA OAB E SUA ATUAÇÃO NOS INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE***

A Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), traz em seu artigo 44 as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil. De referido dispositivo é possível observar que, para além de promover, com exclusividade, a representação,

---

52 MARANHÃO, Clayton. e GOMES, Frederico Augusto. **O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas**. In: JR, Fredie Didier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil. Bahia: JusPODIVM, 2020. p. 138-139

a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil, cabe à OAB defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

E é a esta última finalidade, caracterizada pela função político-institucional da OAB, que se pretende dar destaque neste artigo. Isto porque, o legislador, ao conferir tal papel à OAB, não só lhe atribuiu uma prerrogativa, mas também um dever de atuar em direção a tais fins. Não à toa, estabeleceu o legislador que a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. Trabalha a OAB, portanto, ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como do Ministério Público, sem, contudo, se curvar a nenhum deles. Portanto, *“sua independência só encontra limite na subordinação à lei”*<sup>53</sup>.

Deve, ainda, ser considerado que, para além da função político-institucional prevista em lei, a OAB conta com a confiança da sociedade como defensora de direitos e garantias fundamentais. Tal afirmação é respaldada pelo recente Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, que apontou, no ano de 2019 a Ordem dos Advogados do Brasil, dentre empresas e organizações, a instituição mais confiável do país, com índice de

---

53 LÔBO. Paulo Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur. 2019. 289 p.

66%<sup>54</sup>, fato este que apenas corrobora com a relevante função social por ela desempenhada.

Tais colocações se mostram pertinentes ao passo que se pretende evidenciar, considerando, sobretudo, sua função político-institucional, a importância da atuação da OAB na formação dos precedentes obrigatórios, notadamente, os incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas. Para tanto, indispensável fazer referência ao artigo 138 do CPC, que disciplina, pela primeira vez no código processual, acerca da figura do *amicus curiae*.

Estabeleceu o legislador, em evidente concretização da vertente democrática que alicerça nosso Estado Constitucional<sup>55</sup>, que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar

---

54 Estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e lançado em parceria com a Fundação de Getúlio Vargas (FGV) no dia 02 de dezembro de 2019, que reúne dados qualitativos e quantitativos levantados através da articulação de metodologias e técnicas de pesquisas junto aos seguintes públicos: sociedade (usuários e não usuários dos serviços da Justiça), advogados, defensores públicos e formadores de opinião. Segundo o Estudo, na categoria de empresas e organizações, os percentuais de confiança variam entre os mais positivos para OAB (66% confiam) e Empresas Privadas (56% confiam); mediano para Movimentos Sociais (49%); e mais negativos para Sindicatos (35%) e Partidos Políticos (14%). (Gráfico 6). Estes últimos se mantêm como últimos no ranking, em patamar inferior a 20 pontos, em todos os estratos demográficos. Alguns destaques por estratos: a confiança na OAB ultrapassa os 70% nos segmentos de maior instrução e renda.

55 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2..5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.106



ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

A intervenção do *amicus curiae*, portanto, tem o objetivo de auxiliar o julgador com uma postura de contribuição e colaboração, mediante a apresentação de informações e argumentos, qualificando o debate e a formação da decisão judicial.<sup>56</sup> Nas palavras de Wambier, “quanto mais esclarecido estiver o juiz a respeito da matéria sobre a qual decidirá, maiores são as chances de um julgamento que atenda aos anseios de uma decisão justa e imparcial”<sup>57</sup>, circunstância que demonstra, também, que o ambiente que antecede a formação do precedente é o mais propício para a intervenção do *amicus curiae*.<sup>58</sup>

Tanto é assim que o CPC tratou de abordar explicitamente a participação do *amicus curiae* no IRDR (artigo 983 do CPC) e no julgamento dos recursos repetitivos (artigo 1.038, inciso I do CPC), ao fazer referência à possibilidade de solicitação ou admissão de terceiros com interesse na controvérsia. Importante observar que, em que pese não exista no código previsão expressa acerca da participação do *amicus curiae* no IAC, sua intervenção deve ocorrer “*não apenas em*

---

56 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 236

57 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 569

58 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 300-301

*razão do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, mas também por força do disposto no art. 138 do CPC*<sup>59</sup>.

No IRDR, assinala Wambier que a justificativa para intervenção do *amicus curiae* decorre justamente do interesse social advindo do julgamento da tese repetitiva, “*que se projetará para uma infinidade de casos idênticos, presentes e futuros, em vez de ter sua eficácia circunscrita às partes processuais, como ocorre na processualística clássica*”<sup>60</sup>.

Enquanto *amicus curiae*, portanto, a OAB desempenha papel importantíssimo na formação dos precedentes em análise. Veja-se que a sua atuação poderá, a teor da lei, ser solicitada ou admitida. Sob esta perspectiva, a instituição deve atuar como interveniente de relevante olhar técnico e social na medida em que “*não se liga a nenhum dos polos da demanda, nem lhe interessa o sucesso ou o fracasso da pretensão deduzida*”<sup>61</sup>. Assim, em linhas gerais, o *amicus curiae* tem por objetivo apresentar seu parecer sobre o assunto, de modo a proporcionar uma visão mais ampla e técnica dos aspectos que envolvem o julgamento, sem, contudo, defender qualquer das partes. Atua,

---

59 DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 806

60 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 569

61 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 2. p.586p.107

desta forma, em verdadeira defesa da sociedade.<sup>62</sup>

Portanto, a figura do *amicus curiae* nos referidos incidentes se mostra imprescindível, seja pela conjunção, no caso do IAC, da relevância da questão de direito, repercussão social e ausência de multiplicidade, seja, no caso do IRDR, pela conjunção da multiplicidade de processos que contenham controvérsia unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança

Sobre o tema, ao adotar uma postura crítica acerca da posição do Supremo Tribunal Federal frente aos demais poderes, bem como sobre os aspectos democráticos que envolvem sua atuação, aponta Miguel Gualano de Godoy que<sup>63</sup>

Mais do que possibilitar a participação popular, é preciso que essa participação na fase pré-decisional seja levada a sério, que haja não apenas uma escuta dos intervenientes e convocados, mas que se promova um efetivo debate entre eles. É necessário que seus argumentos sejam levados em conta na hora da decisão, quer para compor o fundamento da decisão, quer para rejeitar os apontamentos realizados. Se essa participação popular assa a ser utilizada apenas como mais um passo para legitimar formalmente a decisão a ser exarada, perde-se o sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, esvaziam-se as inovações

---

62 LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020p. 833

63 GODOY. Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica a supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte. Fórum, 2017, p.206

normativas e transforma-se um desejável diálogo em mera retórica formal de oitiva e participação.

Neste sentido, oportuno analisar, em especial, dois dos aspectos que Sofia Temer considera como principais vetores para a estruturação de um novo sistema de participação no processo civil.<sup>64</sup> São eles: a diversidade e a responsabilidade<sup>65</sup>. Referidos vetores, corroboram não só para a compreensão do tema, como também conduzem a conclusão da inafastável e fundamental participação da OAB nos incidentes em análise.

A *diversidade*, inculpada pela ideia de que o processo é um espaço político plural, indica que, nas palavras de Temer<sup>66</sup>

há no processo mais do que a simples resolução de conflitos congelados e segregados; há também a representação da sociedade, de seus problemas e anseios. A prestação jurisdicional não se restringe à adjudicação do conflito e tampouco aos “fins visados pelo autor”, gerando consequências

---

64 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 92

65 Por não se verificar repercussão direta ao tema abordado, deixa-se, neste trabalho, de abordar acerca do vetor da flexibilidade por entender que sua aplicabilidade estaria vinculada ao desejo das partes que podem aderir a um processo adaptável, inclusive no que diz respeito a forma de atuação de terceiros. Neste caso, por exemplo, poderiam as partes convencionar que em um litígio envolvendo uma sociedade de advogados, seria a OAB convocada para atuar como *amicus curiae*, ou outra forma de intervenção, de modo a contribuir para a solução mais adequada, considerando, neste caso, a legislação que lhe é pertinente, afetas ao exercício da profissão, propriamente dita.

66 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 97

variadas de estimular comportamentos, influenciar decisões políticas, definir objetivos sociais, além de conformar a própria ordem jurídica”.

Ao se ter em mente que a prestação jurisdicional gera consequências de diferentes ordens e para além dos interesses dos indivíduos envolvidos no litígio, é possível vislumbrar com clareza a necessidade de um olhar técnico e independente. A função da OAB, portanto, e enquanto participante da formação dos precedentes, não visa a defesa de um posicionamento ou de outro. Visa, acima de tudo, assegurar, interesses que transcendem as relações individuais<sup>67</sup>.

*A responsabilidade*, por sua vez, poderia ser compreendida através da cooperação processual, da boa-fé e do contraditório<sup>68</sup>. Para a autora,

Cooperação e boa-fé se imbricam com contraditório e o processo deixa de ser “coisa das partes” ou “do juiz”, Todos os sujeitos assumem a função de coautores da norma, não apenas quanto ao conteúdo do ato decisório, mas também quanto à própria estruturação do processo, exercendo poder e influência e conformando de modo dinâmico o processo e a decisão judicial.”<sup>69</sup>

---

67 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur. 2019. 296 p.

68 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 101

69 TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 104-105

Sob o enfoque da responsabilidade, a participação do terceiro no processo ganha especial relevância ao considerarmos que os precedentes criam normas. Assim, a função político-institucional da OAB reverberada por meio de sua atuação processual enquanto *amicus curiae*, assegura à sociedade representação enquanto coautora da norma. Assim, através da participação da OAB, estar-se-á garantindo a representação da sociedade na formação dos precedentes.

Neste sentido, preconiza Welder Queiroz dos Santos que o *amicus curiae* se preocupa com o interesse institucional ou socialmente relevante da questão de direito “tendo em vista o interesse social na preservação da ordem jurídica e na legitimação das decisões judiciais capazes de estabelecer critérios para a solução de um determinado caso que possam ser adotados como regra geral para casos idênticos [...]”<sup>70</sup> Assim, a intimidade existente entre os requisitos que contemplam a participam do *amicus curie*, e a função político-institucional da OAB são inarredáveis.

Deve-se considerar ainda, que os requisitos autorizadores para a instauração do IAC e do IRDR abordados no tópico 2, carregam em si alto teor de cunho social. Tal perspectiva, pode, ainda, ser melhor evidenciada ao se considerar a permissão legal para que os incidentes possam ser levados a efeito em âmbito territorial e regional. Nesta seara, a atuação institucional da OAB ganha maior relevância, uma vez que poderá, dada sua proximidade com a realidade fática e os atores processuais,

---

<sup>70</sup> SANTOS. Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 209

se valer de seus Conselhos Seccionais para atuar nos feitos, a fim de garantir, ou ao menos conduzir referidas decisões para um caminho mais justo e democrático, afinal, como bem salienta Miguel Gualano de Godoy, “*é preciso que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas por todos*”<sup>71</sup>.

Neste ponto, cumpre salientar que o artigo 138 exige que, para atuação no feito, deve o terceiro possuir representatividade adequada. Tal representatividade se dá mediante a existência de “algum vínculo com a questão litigiosa, de modo que possa contribuir para a sua solução”<sup>72</sup>. *In casu*, o vínculo da OAB com toda e qualquer questão jurídica debatida nos incidentes restará, invariavelmente, caracterizada, considerando a sua função político-institucional.

Conclui-se, portanto, que a figura do *amicus curiae* é um instrumento de diálogo entre o Poder Judiciário e a sociedade, instrumento este que não pode ser banalizado ou desconsiderado, sob pena de se afastar de premissas inerentes de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode permitir que a abertura dialógica proporcionada pela intervenção do *amicus curie* seja esvaziada,

---

71 GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica a supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte. Fórum, 2017, p.165

72 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**- v. 1: 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 115

frente às inovações normativas. Assim, eventual indeferimento do ingresso da OAB para figurar nos incidentes em análise na qualidade de *amicus curiae*, pode configurar afronta a lei infra-constitucional, calcada no artigo 44, inciso I da Lei 8.906/94, e porque não dizer, afronta a própria Constituição, uma vez que os postulados que definem sua finalidade, consistem, direta e indiretamente, na garantia de direitos fundamentais encartados pela Carta Magna.

Considerando que as técnicas formadoras de precedentes consistentes no IAC e no IRDR são novas no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ponderar fortemente a possibilidade que se abre, entre o Poder Judiciário e a sociedade, de um diálogo genuíno com o real envolvimento e participação de populares, o que configura, nas palavras de Miguel Gualano de Godoy, “um primeiro passo para a redefinição do exercício da política democrática”<sup>73</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

O novo sistema de precedentes estabelecido pelos artigos 926, 927, 489, §1º, V e VI do Código de Processo Civil de 2015 surgiu a partir do ideário dos legisladores e juristas de conferir ao ordenamento jurídico maior estabilidade, segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência do Poder Judiciário. Os vetores que direcionaram sua criação devem ser conservados de modo a guiar os operadores do direito quando

---

73 GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica a supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte. Fórum, 2017, p.174



de sua interpretação, mas sobretudo, quando de sua utilização, a vista de, com a nova sistemática, alcançar decisões mais justas e democráticas.

As técnicas processuais delineadas pelos incidentes de assunção de competência (IAC) e resolução de demandas repetitivas (IRDR) possuem especial destaque dado o poder conferido pelo legislador aos tribunais de segunda instância de, através de seus julgados, firmarem precedentes com força normativa vinculante. A principal característica, enquanto mecanismo que forma precedente, revela-se, portanto, por seu caráter territorial, possibilitando aos tribunais a criação de verdadeiras normas jurídicas no âmbito de sua jurisdição, seja ela estadual ou regional.

A relevância do IAC e do IRDR, pode, ainda, ser observada através dos requisitos que autorizam a sua instauração, sejam eles a discussão sobre relevantes questões de direito com grande repercussão social, ou, a discussão acerca da controvérsia sobre a mesma questão de direito tratada em múltiplos processos, capaz de ofender a isonomia e a segurança jurídica.

Deve-se observar, no entanto, a problemática suscitada por referidos instrumentos em relação aos princípios e garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa, que pode, ao entender da doutrina, ser combatida através da efetiva ampliação do contraditório, o que imprimirá maior qualidade às decisões que devem, a seu turno, serem fundamentadas de forma exaustiva. O reforço da fundamentação das decisões, em verdade, é consentâneo do próprio exercício do contraditório, seja quando da formação do precedente, seja quando da sua distinção ou superação.

O contraditório ampliado, por sua vez, demanda a representatividade adequada, revelada, dentre outras, na figura do *amicus curiae*, disciplinada pelo artigo 138 do CPC, que deve, para atingir seu encargo de contribuir para a melhor solução do feito, demonstrar o vínculo com a questão litigiosa. Neste sentido, a finalidade político-institucional da OAB estabelecida no artigo 44, inciso I da Lei 8.906/94, consistente em “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”, habilita-a para atuar tanto no IAC quanto no IRDR, na medida em que é inquestionável o seu vínculo com toda e qualquer questão litigiosa posta a apreciação do Poder Judiciário.

Assim, para a preservação e legitimação das técnicas processuais do IAC e IRDR, imperiosa é a atuação da OAB, não só pela notória capacidade técnica de contribuir para a melhor decisão, mas também, garantir à sociedade, ainda que de forma indireta, a participação na criação da nova norma jurídica.

Desta forma, ponderada a finalidade político-institucional da OAB, sua atuação nos incidentes se mostra não apenas possível, mas indispensável, sendo sua importância revelada através dos impactos, presentes e futuros, não só para as partes e os terceiros diretamente afetados, posto que, e considerada a propriedade de precedente normativo vinculante, os acórdãos proferidos em IAC e IRDR, terão o condão de reordenar direitos e obrigações, impondo novos comportamentos à sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Brasília: 2020. p. 93. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> . Acessado em: 23 de jul.2021

COSTA. Suzana Henriques da. e MIRANDA. Andra Pimentel de. **A participação de terceiros no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise do Tribunal de Justiça de São Paulo**. In: JR, Fredie Didier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil. Bahia: JusPodivum, 2020

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**- v. 1: 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório. Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v 2.14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2019

GODOY. Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica a supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte. Fórum, 2017

LEMOS. Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 5 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvum, 2020.

LÔBO.Paulo Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur. 2019

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 3 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARANHÃO, Clayton. e GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. In: JR, Fredie Didier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Partes e Terceiros no Processo Civil. Bahia: JusPODIVM, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v.2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEIXOTO. Ravi. **Superação do Precedente e segurança Jurídica**, 4 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2019

PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade**. 2016. Tese (doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 176-177

SANTOS. Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

ZANETTI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4 ed. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2021

### **DOCUMENTOS JURÍDICOS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. Lei n.º 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 26 jun. 2021.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# EXECUTIVIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO<sup>1</sup>

Leandro Cavalcante Lima<sup>2</sup>

**RESUMO:** O estudo objetiva conhecer como o judiciário entende a validade e a executividade do contrato eletrônico. Efetuou-se análise de conteúdo com a técnica de análise temática em 42 acórdãos prolatados de 2005 a 2020 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasil. Os dados demonstraram o crescimento progressivo das demandas e a tutela da validade e da executividade. Identificou-se três categorias de critérios garantidores dos efeitos jurídicos do contrato eletrônico: o cumprimento do dever de informação, a certeza da externalização da vontade no aceite e a autenticidade da identidade do autor da declaração. Conclui-se que o Estado-Juiz recepciona as evoluções sociais e os novos usos tecnológicos, porém a operação civilizatória do direito ainda se dá pela casuística enquanto se aguarda uma regulação sobre a matéria, por fim, restou demonstrado que

---

1 Artigo primeiramente publicado na RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7 (2021), N.º 5.

2 Advogado, OAB PR n. 87.718. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (FEAD). E-mail: leandrocavalcantelima@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2814368100968286>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6371-3612>. Conflito de interesses: O autor declarar que não têm conflito de interesses.

nestalacuna o contrato é único instrumento jurídico capaz de conferir alguma segurança às partes.

**PALAVRAS-CHAVES:** Contrato Eletrônico. Executividade. Jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

O contrato é o esforço na racionalização da experiência social e econômica que instrumentaliza a constituição, a modificação, a transmissão e a extinção de direitos e de obrigações entre duas ou mais pessoas. Contudo, a captura da dinâmica das relações sociais no tempo e no espaço escapa ao conceito abstrato. Logo, ao intérprete cabe aplicar o instituto acolhendo o fenômeno da contratualidade à luz dos mais elevados valores éticos.

Em síntese, o contrato faz lei entre as partes, pois o aceite, pela própria autonomia da vontade, presume a boa-fé entre elas. No Brasil o ordenamento jurídico tutela o exercício de liberdade econômica quando substancializa o projeto de vida da pessoa humana, a assegurar-lhe existência digna sob o amparo da justiça social (CF/88 art.1º inc. III, art. 5º inc. XII e XIII e art. 170 inc. II e III).

Na “era digital” os mercados se expandem em redes globais de circulação e de acúmulo de riquezas, ao mesmo tempo que a capacidade criativa aperfeiçoa as tecnologias permitindo o “encontro” de pessoas e de interesses. Hoje, quem tem acesso a bens como computadores e *smartphones* e aos serviços de telefonia e de *internet* reinventa a forma de contratar, pactuando obrigações e direitos com efeitos capazes de relativizar limites geográficos e fronteiras físicas.



Neste cenário o contrato eletrônico ocupa função chave, porque oferta alguma segurança jurídica à regra estabelecida entre as partes, se a manifestação da vontade for livre e baseada em informações claras. Ele é uma nova tecnologia de celebração de negócios jurídicos plurilaterais, a formar-se pela geração, pela transmissão e pelo armazenamento de pactuações em dados eletrônicos, a *data message*<sup>3</sup>. O fenômeno gera debates no meio acadêmico, embora pareça não haver dúvidas quanto ao seu reconhecimento como meio de prova da existência da relação jurídica e da validade negocial.

Nada obstante, no Brasil há preocupação quanto à sua eficácia probatória em sede processual, quando se trata da apresentação do registro da transação, a documentação eletrônica, e dos requisitos da autenticidade e da integridade. Em suma, pode-se dizer que a autenticidade é o elemento que atesta a identidade da pessoa que emite a declaração de vontade, a prova da autoria; e a integridade é o elemento que garante a não alteração da *data message*, após a assinatura ou o aceite.

Diante do desenvolvimento das relações socioeconômicas alavancado pela revolução nas tecnologias de comunicação, questiona-se como o Estado Democrático de Direitos tem reconhecido e validado o contrato eletrônico, garantindo-lhe segurança jurídica e eficácia. Para responder ao problema, neste estudo o recorte metodológico investiga o entendimento

---

3 C.f. Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico (1996), Artigo 2, a) *Data message* significa a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos, ópticos ou similares, incluindo, mas não se limitando, a intercâmbio eletrônico de dados (EDI); correio eletrônico, telegrama, telex ou telecópia. Disponível em: [https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/modellaw/electronic\\_commerce](https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/modellaw/electronic_commerce). Acesso em: 12 mai. 2020.

do Poder Judiciário no Estado do Paraná, Brasil. O objetivo é conhecer como o Tribunal de Justiça entende a validade e a executividade do contrato eletrônico. Busca-se especificamente identificar: (1) se o órgão reconhece a executividade e (2) quais os critérios para garantir os efeitos jurídicos.

## 1. METODOLOGIA

### 1.1 Amostra

Foram coletados 45 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Sendo que o acórdão é o pronunciamento do órgão colegiado (cf. art. 204 do CPC/2015), o qual tem a função legal e simbólica de registrar a *ratio decidendi*<sup>4</sup>, isto é, o entendimento firmado. As decisões foram coletadas das publicações eletrônicas disponíveis no portal de pesquisa de jurisprudência do TJPR: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Na aba “pesquisa detalhada”, selecionou-se os itens ‘na Ementa’, ‘Âmbito - 2º Grau’ e ‘Tipo de Decisão – Acórdão’. As palavras-chave utilizadas como “Critério de Pesquisa” foram: contrato eletrônico, contrato virtual, contrato digital, contrato cibernético, contratação eletrônica, contratação virtual, contratação digital e contratação cibernética. Os critérios retornaram com a frequência descrita na tabela 1.

---

4 Cf. Para Medina (2017, p.1167) a expressão latina *ratio decidendi* significa “os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis”; e reúne aquilo que realmente deve ser observado pela produção jurisprudencial, no Código de Processo Civil de 2015 chamado de “tese jurídica” (cf. §2º do art. 927), de “fundamentos determinantes” (cf. art. 489, §1º, V), de “entendimento firmado” (cf., p.ex., art. 932, IV, c, e V, c) e de “padrão decisório” (art. 966, §5º).

**TABELA 1** - Palavras-chave

Palavra-chave	Frequência	Descartados*	Analisados
Contrato eletrônico	27	1	26
Contrato virtual	3	0	3
Contrato digital	1	0	1
Contrato cibernético	0	0	0
Contratação eletrônica	12	2	10
Contratação virtual	2	0	2
Contratação digital	0	0	0
Contratação cibernética	0	0	0
Total	45	3	42

Fonte: Elaboração do autor.

\*Descartados: trata de outro assunto, repetição e autos conexos.

Desta coleta inicial, três acórdãos foram descartados: um por ser busca repetida; outro por se tratar de assunto diferente do tema, embora a ementa informasse “contrato eletrônico”; e, por fim, um com autos conexos, já analisado. Assim, 42 decisões foram analisadas.

## 1.2 Método

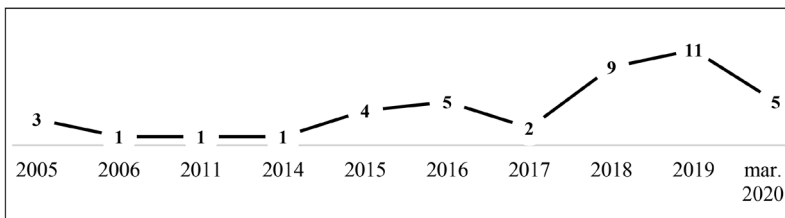
Aplicamos a análise de conteúdo para identificar os significados presentes nos pronunciamentos do Tribunal do Paraná referente a categoria analítica “contrato eletrônico”. Analisou-se os textos das ementas e dos acórdãos identificando os

entendimentos sobre a validade e a executividade do contrato eletrônico. Efetuou-se a *análise temática dos acórdãos*, pela leitura e pela interpretação dos significados presentes na decisão, buscamos extrair do texto o conteúdo que correspondia ao tema investigado. Em planilha Excel® os acórdãos foram classificados por: (1) número do acórdão; (2) data de julgamento; (3) partes envolvidas; (4) tipo de contrato; (5) matéria em discussão; (6) forma de declaração de vontade; (7) suporte ou meio da contratação; (8) reconhecimento da executividade; e (9) critérios de validade. Os dados tabulados auxiliaram as descrições do padrão de decisões do Judiciário Paranaense conforme se apresenta a seguir.

## 2. RESULTADOS

No Paraná o recurso ao Tribunal de Justiça para solucionar os conflitos envolvendo contrato eletrônico tem crescido, embora o registro dos últimos 15 anos informe o volume acumulado de 42 processos.

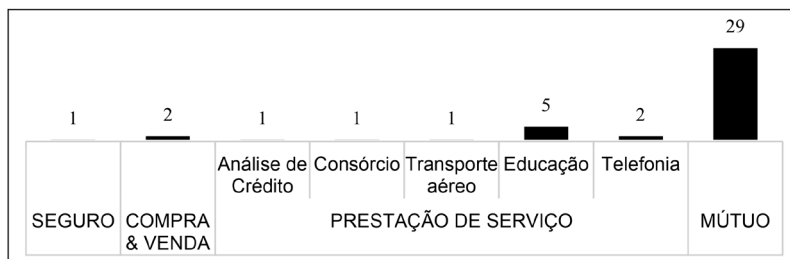
**GRÁFICO 1** - Evolução da demanda no TJPR



Fonte: Elaboração do autor.

O gráfico 1 representa toda a evolução histórica registrada no site do tribunal e demonstra a tendência de crescimento. Abaixo o gráfico 2 informa todas as espécies de contrato firmados em ambiente virtual identificadas nos acórdãos do TJPR.

**GRÁFICO 2** - Espécies de contrato



Fonte: Elaboração do autor.

Os contratos eletrônicos são em sua maioria contratos de mútuo (29) firmados com instituições financeiras - bancos, fundos de investimento e fundação de economiários. Observou-se naqueles contratos a veiculação da aquisição de produtos financeiros como crédito, empréstimos ou mesmo o refinanciamento da dívida contraída. Há também a discussão da validade e da executividade dos contratos de prestação de serviços, especialmente nos últimos 5 anos (2015-2020) dos serviços educacionais na modalidade educação à distância.

## 2.1 Executividade

A executividade dos contratos eletrônicos foi garantida em todos os acórdãos. De fato, o TJPR não apresentou nem um argumento contra a validade do contrato eletrônico em si. Contudo, destaca-se que em três acórdãos o tribunal afastou a

executividade por considerar prejudicada a declaração de vontade: (1) em 2006 um acórdão considerou “totalmente crível a alegação de que tenha a autora, incorrido em erro, na *confissão da dívida formulada por meio eletrônico*, embora ao alcance de todos, de *complicado manuseio*, principalmente, para as *peçoas simples e de mais idade*, como parece ser o caso da autora” (Acórdão 360784-5, 15ª Câmara Cível, 13/09/2006) [grifos nossos]; (2) em 2005 dois acórdãos trataram do repúdio a contratação de serviços de telefonia, cuja inscrição da linha teria sido feita em atendimento telefônico, com os dados pessoais do autor, nome completo, número do RG, CPF e local de instalação, porém sem seu conhecimento.

## 2.2 Critérios para garantia dos efeitos jurídicos

Os critérios extraídos dos acórdãos são resumidos no quadro 1 seguinte.

### QUADRO 1 - Critérios de eficácia executiva do contrato eletrônico

CONTRATO (n)	PARTE	SUPORTE	MANIFESTAÇÃO DA VONTADE	CRITÉRIOS
Transporte aéreo (1)	Empresa aérea	site de vendas (internet)	preenchimento de formulário e emissão de bilhete aéreo	i. documentação dos termos do contratado

Mútuo (29)	Instituição financeira	e-mail; caixa eletrônico e/ou internet banking	ligação telefônica gravada; uso de cartão magnético ou com chip, login e senha pessoal; assinatura digital	i. documentação dos termos do contratado ii. autenticação da identidade do contratante
Consórcio (1)	Instituição financeira	caixa eletrônico e/ou internet banking	inserção do cartão magnético e digitação de senha pessoal	ii. autenticação da identidade do contratante
Educação (5)	Instituição de ensino	site (internet)	login e senha, pagamento da primeira mensalidade	ii. autenticação da identidade do contratante iii. aceite por click
Seguro (1)	Instituição financeira	caixa eletrônico e/ou internet banking	cartão com chip e senha pessoal	iii. aceite por click
Compra e venda (2)	E-commerce	site de vendas (internet)	preenchimento de formulário e aceite do termo de confirmação	iv. mensagem eletrônica (e-mail)
Análise de crédito (1)	Cadastro de inadimplentes	site (internet)	acessos ao sistema	v. aceitação tácita - comportamento que transmite essa aceitação

Telefonia (2)	Empresa de telefonia	ligação telefônica	inscrição por atendimento telefônico, informe do número de CPF ( <i>in casu fraude</i> )	vi. informar o consumidor
------------------	----------------------	--------------------	---	---------------------------

Fonte: Elaboração do autor.

A análise dos acórdãos identificou seis critérios para a garantia dos efeitos jurídicos dos contratos eletrônicos. A seguir o quadro 2 apresenta a *ratio decidendi* dos critérios indicados.

#### QUADRO 2 - Critérios de eficácia do contrato eletrônico

CONTRATO	CRITÉRIOS	RATIO DECIDENDI
Transporte aéreo	i. documentação dos termos do contrato	Da análise do bilhete de passagem, constata-se que o trecho referente ao Voo P3 2255 – Rio de Janeiro (GIG) – Ribeirão Preto (17/03/2014 – 08h22min/10h05min) é nacional e foi adquirido pela autora mediante contratação virtual pela internet com a GOL, conforme documento acostado (...). Ressalta-se que o “print” extraído de uma tela de computador colacionado nas razões recursais não serve como prova do alegado, além do que o prazo para produção de provas se escoou durante o trâmite do processo em primeiro grau. (Processo 0005255-51.2016.8.16.0035, 8ª Câmara Cível, 25/112019)



Mútuo	<p>i. documentação dos termos do contratado</p> <p>ii. autenticação da identidade do contratante</p>	<p>(...) os sofisticados mecanismos de segurança digital que estão à disposição do banco todas as operações celebradas via on-line ou por meio do caixa eletrônico são documentadas em suporte digital no qual consta a autenticação eletrônica da operação e todos os detalhes a ela concernentes, tais como data, hora e o protocolo de segurança utilizado para a validação da identidade do correntista (como senha digital, token eletrônico, biometria, dentre outros), tudo isso além do quadro resumo onde constam os detalhes financeiros da operação de crédito (prazo de pagamento, encargos, dentre outros). (Processo 0005617-49.2012.8.16.0017, 16ª Câmara Cível, 10/02/2020)</p>
Consórcio	<p>ii. autenticação da identidade do contratante</p>	<p>(...) a contratação do consórcio pela via eletrônica é incontroversa, na medida em que o autor reconhece que foi ao banco e em momento algum nega o uso de seu cartão e senha eletrônica, dizendo que para tanto solicitou a ajuda de atendente de caixa eletrônico. (Acórdão 1431691-3, 15ª Câmara Cível, 28/10/2015)</p>
Educação	<p>ii. autenticação da identidade do contratante</p> <p>iii. Aceite por click</p>	<p>(...) existente e válida a relação jurídica entre as partes”, considerando que houve o aceite eletrônico do contrato pelo requerido, por meio de login e senha pessoais no sistema da instituição. Assim, é certo que não há interesse recursal da parte autora em querer a “reforma da r. sentença, a fim de considerar a assinatura do Contrato de Prestação de Serviços Educacionais, em sua forma eletrônica, como hábil à propositura da presente Ação Monitória. (Processo 0012439-66.2016.8.16.0194, 7ª Câmara Cível, 11/09/2018)</p>

Seguro	iii. Aceite por click	Consoante se denota das telas sistêmicas juntadas na contestação, o seguro discutido nos autos foi efetivado por meio eletrônico, mediante o sistema denominado “clique único”, modalidade em que para a avença se perfectibilizar é necessário que o correntista forneça cartão e senha pessoal. (Processo 0005065-45.2017.8.16.0038, 16ª Câmara Cível, 28/10/2019)
Compra e venda	iv. mensagem eletrônica (e-mail)	Na mesma data o pagamento fora aprovado, com envio de mensagem eletrônica informando que a entrega do produto dar-se-ia em até 13 (treze) dias úteis. (Processo 0037174-39.2017.8.16.0030, 10ª Câmara Cível, 03/02/2020)
Análise de crédito	v. aceitação tácita - comportamento transmite essa aceitação	(...) o contrato eletrônico importa em uma simplificação – com virtualização – do contratar. Não existe manifestação expressa da declaração negocial, mas mero comportamento que transmite essa declaração. A aceitação, neste caso, é sempre tácita, dependendo mais do agir da parte contratante, do que de uma declaração propriamente dita. (Acórdão 1179787-2, 12ª Câmara Cível, 16/04/2014)
Telefonia	vi. informar o consumidor	Com efeito, trata-se de um contrato celebrado por meio eletrônico, sendo que a revolução tecnológica está transformando o <i>modus vivendi</i> , exigindo dos operadores do Direito uma leitura adequada das novas formas de celebrar o contrato. Por não possuir limites físicos, o mundo virtual é um espaço do anonimato, um não-lugar pela despersonalização que representa e no qual prolifera o simulacro das identidades. Os sistemas de informática, a rede global e a economia da informação constituem um sistema especializado, indestrinçável para o leigo, haja vista a complexidade técnica que apresenta, acirrando-se neste espaço a vulnerabilidade do consumidor. Pode-se afirmar que a tecnologia incrementa a hipossuficiência dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar. (Acórdão 303233-7, 10ª Câmara Cível, 10/11/2005)

Em síntese, estes critérios para garantia dos efeitos jurídicos do contrato eletrônico podem compor três categorias de análise: informação (critérios i, iv e vi); aceite (critérios iii e v); e autenticidade (critério ii).

## 3. DISCUSSÃO

### 3.1 A informação

O contrato como instrumento jurídico que representa obrigações, precisa ser registrado, porque em eventual demanda judicial que discuta sua existência, validade ou efeitos deve ser provado. No Brasil, o tribunal do Paraná considera essencial a prova da existência da relação pela apresentação da *documentação dos termos do contratado*. Nos casos descritos acima a compra de passagem aérea e o empréstimo foram documentados em sistema eletrônico, no primeiro caso havia um bilhete e no segundo um dossiê probatório das transações.

Embora não haja lei específica para o contrato eletrônico, ele recebe tutela jurídica pelos princípios da liberdade de forma e da liberdade contratual (CC/02 Art. 104 inc. III<sup>5</sup> e Art. 421<sup>6</sup>). Assim, para ser válido, deve observar aos requisitos dos

---

5 CC/02 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

6 CC/02 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

artigos 104 e 107<sup>7</sup> do CC/02, regra para os contratos, apresentando agentes emissores capazes e legitimados, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, além de não se impor forma prescrita em lei ou ato solene para sua realização. Ainda pela fundamentação legal, a admissão do contrato eletrônico se dá pela vigência da regra da atipicidade dos meios de prova (DO VALE JIMENE; BLUM, 2006). Logo, sendo os meios lícitos e moralmente legítimos, provam a existência das transações<sup>8</sup>. Ademais, lê-se no Código Civil que, em geral, quaisquer reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas faz prova plena, se não houver repúdio<sup>9</sup>. Por fim, caberá à parte que impugnar o instrumento apresentar provas robustas para convencer o juiz a declarar sua falsidade, nos termos dos artigos 427 a 429 do CPC/15<sup>10</sup>.

Gholap (2018, p.259) relata que na Índia o contrato eletrônico é apoiado principalmente pela Lei de Tecnologia da

---

7 CC/02 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

8 CPC/15 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

9 CC/02. Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

10 CPC/15 Art. 427. Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade. (...) Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir; II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

Informação de 2000, porém permanece a preocupação com o risco de engano do consumidor pouco esclarecido sobre a tecnologia ou sobre o conhecimento técnico. De fato, o dever de *informar o consumidor* é um atributo da boa-fé contratual e se desdobra no dever de informar a contraparte, dever de manter sigilosas as conversações, dever de avisar imediatamente quando perder interesse no negócio ou do inadimplemento. A questão da rescisão do contrato eletrônico, por exemplo, é uma questão debatida no Irã, como solução Akbar, Mahmoud e Hossein (2020) propuseram aproveitar os padrões estabelecidos pela Lei da UNCITRAL.

Em 2005 e 2006 o Tribunal do Paraná, Brasil, declarou inválidos e fraudulentos dois contratos de telefonia, garantindo indenização por dano moral, pois a parte empresária além de não conferir a identidade do contratante, realizou inscrição de CPF em órgão de proteção ao crédito, sem comunicar a pessoa lesada. Neste sentido, a importância da decisão de 2020, Processo 0037174-39.2017.8.16.0030 de 10ª Câmara Cível do TJPR, que considerou a *mensagem eletrônica (e-mail)* como informação suficiente para a exequibilidade dos termos do contrato de compra e venda realizada em um *site*.

Portanto, a informação clara, precisa e documentada prestada ao contratante, produz justiça material nos casos concretos e materializa o princípio da boa-fé objetiva (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1992), substancializa especialmente na seara consumerista o direito básico de informação<sup>11</sup>.

---

11 CDC Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos inci-

### 3.2 O aceite

A manifestação de vontade é elemento essencial e imprescindível para a formação do negócio jurídico, inexistindo o contrato entre as partes se ela está ausente, ainda que este critério não esteja explícito no Código Civil Brasileiro. Como já mencionado, o ordenamento jurídico nacional adotou o princípio da liberdade de forma da declaração de vontade. Sendo lícitas quaisquer atitudes das partes que externalizam inequivocamente sua intenção livre e consciente, desde que para a situação específica não haja forma especial prescrita em lei. Portanto, qualquer manifestação eletrônica da vontade pode ser válida, respeitados os requisitos legais (BRANCHER, 2017).

Desta (2018) informa ser a consumação do consentimento uma questão desafiadora na Etiópia, face a incerteza do reconhecimento legal de *data message*, dos atributos das comunicações, dos erros de *input*, do tempo de formação de contratos, dos requisitos formais, da privacidade do contrato, da admissibilidade e de regras condicionantes dos meios de prova em registros eletrônicos.

No Brasil o Tribunal do Paraná considera manifestação de vontade o *aceito por click*, isto é, pressionar uma tecla do computador encaminha a *data message* do consentimento com os termos do negócio. Nos casos analisados pelo tribunal, os contratos de seguro e de educação EAD foram contratados pelos sites com um *click*. Já no Acórdão 1179787-2 de 2014, o tribunal considerou a *aceitação tácita - comportamento que*

*transmite essa aceitação*, quando o contratante do serviço de análise de crédito continuou utilizando de sua senha pessoal e de seu acesso ao sistema via internet por mais dois anos após o fim da primeira contratação. Destaca-se trecho da decisão que revela o pensamento do tribunal, nestes casos:

“Sempre que se está diante destes contratos [eletrônicos], não se está diante de um novo tipo contratual, mas sim de uma modalidade contratual que independe de comunicação expressa para a sua pactuação. Desta forma, não é de qualquer sorte incomum que esses contratos se deem sem uma declaração manifesta de vontade. Via de regra, concluem-se pelo comportamento das partes, em que uma das partes aceita os termos do contrato normalmente por adesão por meio de cliques, ou outros comportamentos concludentes. Mais do que prescindir de uma assinatura expressa, como bem observou o magistrado de piso, basta para se ter firmado o contrato uma conduta inequívoca, que demonstre, bem assim, a aceitação aos termos do contrato. Assim, desde que devidamente informado, a mera utilização do acesso disponibilizado pode sim ser suficiente para a contratação, desde que isso seja devidamente informado pela parte. A rigor, o contrato eletrônico importa em uma simplificação com virtualização do contratar. Não existe manifestação expressa da declaração negocial, mas mero comportamento que transmite essa declaração. A aceitação, neste caso, é sempre tácita, dependendo mais do agir da parte contratante, do que de uma declaração propriamente dita”.

Se extrai da decisão que o aceite está no plano da existência do contrato. Apresentada a proposta ou a oferta do bem ou do serviço, a intenção de vincular-se ao proposto/ofertado

é externalizada pela aceitação, concluindo a formação do contrato.

Em outros países a inexistência de lei gera instabilidade jurídica. Por exemplo, nos Emirados Árabes Unidos há preocupação com a provisão da lei e da jurisdição adequadas para a solução de conflitos com contratos e delitos realizados por meios eletrônicos (NAWAFLEH, 2017). Já na Indonésia se pensou até em critérios para um modelo ideal de contratos eletrônicos contendo dez cláusulas: (1) liberdade de contrato; (2) ofertas e recibos; (3) boa-fé; (4) termos de uso; (5) transferência de risco; (6) penalidades; (7) força maior; (8) mudança contratual; (9) razões de rescisão; (10) escolha de legislação e meios de solução de disputas (ILMIH; ZULKARNAIN, 2019, p. 87).

Finalmente, considere-se a solução oferecida pelo tribunal pátrio acertada ao garantir a segurança jurídica dos negócios.

### **3.3 A autenticidade**

A exequibilidade do contrato eletrônico é garantida pela *autenticação da identidade do contratante*, ou seja, ao comprovar a certeza da autorizada declaração de vontade. De Lucca (1998, p.24) já destacava o problema de garantir a integridade e a autenticidade do documento eletrônico, pois a transmissão de dados via internet poderia sofrer erros ou fraudes, por exemplo, por *hackers*, o invasor externo dos computadores. Atualmente, junto com a evolução dos usos e costumes de contratar no ambiente digital, as soluções de autenticação também se desenvolvem.



O Tribunal do Paraná tem considerado prova de autoria o uso de *login* e senha, de cartão magnético ou com chip e senha, de *token* eletrônico, de biometria e de assinatura digital. Disto o acórdão de 10/02/2020 para o Processo 0005617-49.2012.8.16.0017 é emblemático (ver quadro 1, contrato mútuo), revelando-se uma solução interessante.

Em contraste, Ndunguru (2016, p.33) informa que na Tanzânia crescem os contratos eletrônicos na compra pela *internet* de veículos automotores do Japão, mas a lei existente *Law of Contract Act CAP 345* não é adequada para regular todos os aspectos legais do contrato eletrônico como a identidade das partes, os requisitos formais de fixação da assinatura eletrônica, o tempo e o local da comunicação da oferta *on-line* e a aceitação de modo a formar um contrato vinculante. Um grande problema para a relação comercial Tanzânia-Japão.

No Brasil a Medida Provisória 2.200-2/2001 trouxe maior segurança jurídica para a contratação eletrônica. A identidade das partes pode ser validada, por exemplo, pelo uso da assinatura digital certificada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), a garantir a autenticidade dos documentos eletrônicos em relação aos signatários e a produzir efeitos jurídicos, inclusive em face de terceiros. A norma em questão válida também outras formas de assinatura eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (Art. 10, §1º e 2º<sup>12</sup>).

---

12 MP 2.200-2/2001 Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. §1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação

Pinheiro (2016, p.11) informa também que:

“A evolução tecnológica está trazendo mais força jurídica para os contratos, no sentido de geração de provas que incluem até a geolocalização das partes (local de elaboração), os logs de tempo (para evitar adulteração do momento de celebração do mesmo), assim como maior certeza de autoria e integridade e que o fato foi devidamente testemunhado, logo ocorreu (só que cada vez mais por máquinas e não por humanos). Tudo isso deverá aumentar sua executividade e não o contrário”.

No contexto da contratação eletrônica a assinatura tornou-se uma solução de autenticação, para além da escrita manual, o *login* com senha, um certificado digital ou a própria biometria são formas de identificar as partes da relação (PINHEIRO, 2016, p.3). A autenticação do contrato eletrônico tem sido garantida pela aposição de *login* e senha e da assinatura digital, sendo reconhecido pelos tribunais.

Os debates sobre tecnologias de contratação eletrônica têm avançado. Atualmente se discutem critérios para o desenvolvimento de ferramentas de descentralização, de segurança e de autenticação pública, por infraestruturas *Blockchain* e *Smart Contracts* cujo objetivo é obter valores de reputação

---

disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

e valores de confiança dos prestadores de serviços. Porém, ainda não há definições claras para estas ferramentas, não se sabe suas implicações legais e sobre elas pairam muitas incertezas (ANTE, 2021; ALMASOUD; HUSSAIN; HUSSAIN, 2020). Finalmente, entende-se que o contrato eletrônico é uma nova tecnologia de celebração de negócios, resultado da revolução tecnológica e a desenvolver-se.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Paraná, o Poder Judiciário aceita e confere executividade ao Contrato Eletrônico. Para garantir os efeitos jurídicos, o tribunal tem se preocupado com três critérios principais: o cumprimento do dever de informação; a certeza da externalização da vontade no aceite; e a autenticidade da identidade do autor da declaração de vontade.

Conclui-se que o Estado-juiz tem recepcionado as evoluções sociais e os nossos usos tecnológicos. Porém, a operação civilizatória do direito ainda se dá pela casuística, enquanto se aguarda uma regulamentação por lei. Nesta lacuna o contrato é o instrumento jurídico para conferir alguma segurança entre as partes, se no exercício da liberdade econômica forem respeitados os mais elevados valores éticos, isto é, a substancialização do projeto de vida da pessoa humana, assegurando existência digna, sob o amparo da justiça social e da boa-fé contratual.

Este estudo foi exploratório e focou no entendimento do tribunal, mas pode ser ampliado para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois na busca por decisões sobre contratos eletrônicos se identificou uma massificação dos conflitos consumeristas nas varas especializadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKBAR, Zaman. MAHMOUD, Erfani. HOSSEIN, Mehrpour Mohamadabadi. Ethical analysis of a comparative study of the rulings of traditional and electronic contracts in Iran and antitrust. **Ethical Research (Research Journal Of The Association For Islamic Thought)**, v.10, n.2, p. 173-194, 2020. Disponível em: <<https://www.sid.ir/en/journal/ViewPaper.aspx?id=782917>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ALMASOUD, Ahmed S. HUSSAIN, Farook Khadeer. Hussain, Omar K. Smart contracts for blockchain-based reputation systems: a systematic literature review. **Journal of network and computer applications**, v.170, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.jnca.2020.102814>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ANTE, Lennart. Smart contracts on the blockchain: A bibliometric analysis and review. **Telematics and Informatics**, v.57, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.tele.2020.101519>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Contrato eletrônico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes. GONZAGA, Alvaro de Azevedo. FREIRE, André Luiz. (coords.). **Tomo: Direito Comercial**. COELHO, Fábio Ulhoa. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/259/edicao-1/contrato-eletronico>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Brasília, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em 30 mar. 2021.

DE LUCCA, Newton. Contratos pela internet e via computador - requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região**, São Paulo, n. jan-mar., p. 20-37, 1998. Disponível em: <<https://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 8 mai. 2020.

DESTA, Gebrehiwot Entehawu. Enforceability of electronic contracts in light of the Ethiopian General Contract Law: appraising the issues. **Information & Communications Technology Law**, v.28, n.1, p. 46-64, 2018. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600834.2018.1563937>>. Acesso em 22 mar. 2021.

DO VALE JIMENE, Camilla. BLUM, Renato Opice. O valor probatório do documento eletrônico. **Revista dos Tribunais**, p. 528, 2006. Disponível em: <<https://silo.tips/download/o-valor-probatorio-do-documento-eletronico-camilla-do-vale-jimene-1-renato-mller>>. Acesso em: 8 mai. 2020.

GHOLAP, Shubhada. Electronic contracts in India: an overview. **Impact: International Journal of Research in Humanities, Arts and Literature**, v.6, n.8, p. 251-260, 2018. Disponível em: <<http://oaji.net/articles/2017/488-1535975071.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2021.

ILMIH, Andi Aina. ZULKARNAIN, Andi. Ideal electronic contract model as a form of e-commerce disputes settlement. **Jurnal Pembaharuan Hukum**, v.6, n.1 p.77-89. 2019. Disponível em: <<http://lppm-unissula.com/jurnal.unissula.ac.id/index.php/PH/article/view/4463>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 87, 79-90, 1992. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MEDINA. José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NAWAFLEH, Abdullah. Electronic contracts and torts in the UK and the UAE private international law. **International Journal of Private Law**, v. 8, n. 3/4, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1504/IJPL.2017.087366>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

NDUNGURU, Adrian F. Legal challenges of the formation of electronic contracts in Tanzania: a case of Tanzania-Japan trade exchange relationship. *Journal of Economics and Sustainable Development*, v.7, n.19, 2016. Disponível em: <<https://iiste.org/Journals/index.php/JEDS/article/view/33681/34625>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

PANICHI, Raphael Antônio Garrigoz. Meios de prova nos contratos eletrônicos realizados por meio da internet. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 6, v. 16, p. 260-272, out. a dez. 2004. Disponível em: <<http://www.saoluis.br/revistajuridica/arquivos/009.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual? *Revista dos Tribunais*, v.966, 2016. Disponível em: <<https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=340926>>. Acesso em: 6 mai. 2020.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR



# A MULTIPARENTALIDADE E A POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL

**Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro<sup>1</sup>**

**Patricia Botter Nickel**

## 1. INTRODUÇÃO

**A** sociedade evolui e a família como base da sociedade também (art. 226 CF). A pluralidade de arranjos familiares, a diversidade de afetos cria novas situações no campo fático, que acabam sendo trazidas para o campo jurídico.

Até pouco tempo, no campo jurídico existia uma primazia da parentalidade biológica em detrimento da parentalidade socioafetiva. Como se a origem fosse mais importante que o

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestre em Science Politique (Ciências Políticas) pela Universidade de Paris 2 Panthéon-Assas. Especialista em Direitos Humanos – Institut International des Droits de L’Homme (Estrasburgo). Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/PR. Diretora Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito de Família do Paraná (IBDFAM/PR).

afeto. Porém, esta não era a realidade de diversas famílias, o que trouxe a necessidade de uma adaptação da jurisprudência, reconhecendo a igualdade entre o vínculo biológico e afetivo e a possibilidade de coexistência entre eles.

O presente artigo trata da socioafetividade, da multiparentalidade e da possibilidade de retificação do registro civil

## 2. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade e a maternidade são um direito dever, lastreado essencialmente na relação de afeto.

Consequência direta do princípio jurídico da afetividade<sup>2</sup>, que rege o Direitos das Famílias, a parentalidade socioafetiva consagra o vínculo parental de fato como modalidade de filiação. Constitui espécie de parentesco civil fundada na posse do estado de filho, no reconhecimento jurídico da relação de afeto.

A paternidade ou maternidade socioafetiva é aquela que se constitui pela convivência familiar duradoura, independentemente da origem do filho. A parentalidade socioafetiva independe da parentalidade biológica. Ela é fruto do amor e da afeição. Como explica LUANA BABUSKA CHRAPAK DA SILVA<sup>3</sup>:

---

2 A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite sua atual sustentação de *lege lata*. CALDERON, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. <http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>

3 SILVA. Luana Babuska Chrapak. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. <http://www.jusnavigandi.com.br>

A paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança.

A inserção da parentalidade socioafetiva como modalidade de filiação é respaldada no artigo 1.593 do Código Civil, que dispõe sobre o parentesco natural ou civil<sup>4</sup>. Ou seja, o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem.

Enquanto o parentesco natural é adstrito à consanguinidade, a adoção da locução genérica “outra origem” em referência ao parentesco civil confere a esta espécie de relação jurídica uma infinidade não especificada de hipóteses de caracterização, como adoção e multiparentalidade.

A filiação não biológica ou socioafetiva se dá nas hipóteses de: i) adoção regular; II) reprodução assistida heteróloga; iii) posse de estado de filho. É preciso registrar que em todas elas, há uma característica em comum, qual seja, a filiação ou estado de filiação se estabelecem em um plano distinto da biologia, forjando-se ora na vontade

---

<sup>4</sup> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

afetiva (adoção regular e reprodução heteróloga), ora no exercício fático-afetivo da função de pai e filho (posse de estado de filho) <sup>5</sup>

Quanto à caracterização deste estado de fato, PAULO LÔBO discorre precisamente que o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva depende da constatação de

“coexistência de duas circunstâncias bem definidas e dispostas, necessariamente, na seguinte ordem: i) vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, ao despendar expressões de afeto à criança, de ser reconhecido, voluntária e juridicamente como tal; ii) configuração da denominada ‘posse de estado de filho’, compreendido pela doutrina como a presença (não concomitante) de tractatus (tratamento, de parte à parte, como pai/mãe e filho; nomen (a pessoa traz consigo o nome do apontado pai/mãe); e fama (reconhecimento pela família e pela comunidade de relação de filiação), que naturalmente, deve, apresentar-se de forma sólida e duradoura” <sup>6</sup>

O Enunciado 07 do IBDFAM reflete este entendimento ao consignar que “a posse do estado de filho pode constituir paternidade e maternidade” <sup>7</sup>

---

5 COUTO, Cleber. Novos Paradigmas da Filiação Socioafetiva. Revista IBDFAM – Família e Sucessões 43. Jan/Fev. 2021

6 LÔBO, Paulo, Direito Civil - Famílias. São Paulo. Editora Saraiva. 2008. p. 212).

7 <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>

A inserção da parentalidade socioafetiva como modalidade de filiação jurídica nada mais é que o direito enxergando a realidade das famílias brasileiras, que posicionam as relações afetivas ao mesmo nível – quando não mais - dos vínculos biológicos. É o Estado reconhecendo a necessidade de conferir os efeitos jurídicos da filiação às relações que, de fato, constituem natureza parental.

O artigo 227, § 6º da Constituição Federal, inclusive, é propositalmente abrangente e equânime ao tratar da filiação, pois não distingue os diferentes tipos de filho<sup>8</sup>.

Importante ressaltar que o reconhecimento da socioafetividade é irrevogável, salvo em caso de vício de consentimento, que deverá ser comprovado judicialmente.

Tendo em vista que, em várias famílias, o vínculo afetivo e biológico coexiste, uma vez consolidada a possibilidade de parentalidade socioafetiva, a jurisprudência tratou de reconhecer a possibilidade de multiparentalidade.

### 3. MULTIPARENTALIDADE

Como supra exposto, com o reconhecimento jurídico

---

<sup>8</sup> **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.

da parentalidade socioafetiva, para se manter adequado à realidade social, o ordenamento jurídico pátrio tem admitido a chamada multi ou pluriparentalidade.

A multiparentalidade se traduz na possibilidade de reconhecimento do vínculo biológico e socioafetivo de forma concomitante.

Após muitas discussões e controvérsias, o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 que culminou na Repercussão Geral 622, consignou 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". (STF, REEx nº 898.060, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, pub. 24/08/2017).

Consignou a Corte Suprema que não existe primazia entre a paternidade (maternidade) biológica em relação a socioafetivo e que ambas podem conviver.

O demais Tribunais pátrios e o C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA<sup>9</sup> tem decidido de acordo com o entendimento

---

<sup>9</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INDIGNIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. ARTS. 1.814 E 1.816 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. [...]

5. À luz do art. 1.593 do Código Civil, as instâncias de origem assentaram a posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo dessa condição, além do preenchimento dos requisitos de afeto, carinho e amor, essenciais à configuração da relação socioafetiva de paternidade ao longo

exarado pelo E. STF, criando uma jurisprudência sólida sobre a matéria.

Importante ressaltar que multiparentalidade traz uma série de efeitos jurídico, no tocante a guarda, visitas e alimentos dos filhos. Também traz efeitos em relação aos direitos sucessórios e previdenciários.

Os filhos socioafetivos serão chamados a concorrer na sucessão de todos os seus pais, haja vista o princípio da igualdade jurídica entre os filhos e a isonomia consagrada pela Constituição Federal, em seu artigo 227, não podendo haver discriminações quanto a origem da filiação.<sup>10</sup>

---

da vida, elementos insindicáveis nesta instância especial ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

6. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

7. 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 ensejar a hierarquização dos vínculos.

8. Aquele que atenta contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, fica impedido de receber determinado acervo patrimonial por herança.

9. A indignidade deve ser objeto de ação autônoma e seus efeitos se restringem aos aspectos pessoais, não atingindo os descendentes do herdeiro excluído (arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002).

10. Recurso especial não provido. (REsp 1704972/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018)

<sup>10</sup> LINS E SILVA, Marina. Multiparentalidade: Uma análise da divisão de direitos e deveres decorrentes da consanguinidade e da socioafetividade. IBDFAM – Família e Sucessões 40. Jan/Fev. 2021

Os Enunciados 6 e 9 do IBDFAM são claros ao afirmar que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade gera efeitos jurídicos :

**Enunciado 06** - Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

**Enunciado 09** - A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

Inegável, portanto, a possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva mesmo que implique em multiparentalidade. E mais, é possível a manutenção, no registro de nascimento, no nome dos genitores biológicos e socioafetivos de forma concomitante.

#### **4. RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE/MATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

Após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63 (em 14 de novembro de 2017) possibilitando o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade/maternidade socioafetiva e da multiparentalidade no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Em 14 de agosto de 2019, foi editado o Provimento 83, que modificou alguns aspectos do Provimento 63.

Atualmente, somente é possível o reconhecimento voluntário extrajudicial de filiação socioafetiva para os filhos



maiores de 12 anos, sendo necessário seu consentimento.

Além disso, o requerimento deve ser unilateral, somente pode ser reconhecido um pai ou uma mãe socioafetiva.

E necessário, ainda, apresentar prova do vínculo afetivo e o consentimento do pai/mãe biológicos, que deverá ser atestado pelo registrador nos termos do artigo 10-A.

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

§ 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§ 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§ 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

Se atendidos todos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará a solicitação ao Ministério Público.

Com o parecer favorável do Ministério Público será realizado o registro. Em caso de parecer desfavorável será arquivada a solicitação.

## **5. RECONHECIMENTO JUDICIAL DE PATERNIDADE/MATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

Em que pese a facilitação da inclusão do pai ou mãe socioafetivos no registro de nascimento diretamente no cartório, existem casos em que é inevitável a judicialização da demanda.

Dentre os principais motivos de ajuizamento de ações são (i) quando os filhos são menores de 12 anos; (ii) quando um dos pais biológicos não está de acordo com a inclusão da socioafetividade; (iii) nos casos de falecimento daquele pai ou daquela mãe que nutria os laços de socioafetividade.

Os Tribunais pátrios tem se manifestado no sentido de que *“Comprovada a existência do vínculo, deve ser reconhecida a filiação socioafetiva”*<sup>11</sup>.

---

11 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. VÍNCULO DEMONSTRADO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. - Comprovada a existência do vínculo, deve ser reconhecida a filiação socioafetiva. (TJMG - AC: 10000211205737001 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 09/09/2021, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/09/2021)

*E que “a posse do estado de filiação, consubstanciada em relação afetiva e pública como pais e filho, autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva, amparada na lei civil (art. 1.593 do CC) e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).”<sup>12</sup>*

Em recente julgado, o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ entendeu que pela ausência de hierarquia em relação aos diferentes vínculos de paternidade (registral, biológica e socioafetiva), permitindo a multiparentalidade no registro de nascimento<sup>13</sup>

---

12 DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM - IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU - RECURSO DO REQUERENTE - PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA SOCIOAFETIVIDADE - ESTADO DE FILIAÇÃO COMPROVADO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO A posse do estado de filiação, consubstanciada em relação afetiva e pública como pais e filho, autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva, amparada na lei civil (art. 1.593 do CC) e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). (TJ-SC - AC: 03013751220148240039 Lages 0301375-12.2014.8.24.0039, Relator: Monteiro Rocha, Data de Julgamento: 05/12/2017, Sexta Câmara de Direito Civil)

13 APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE BIOLÓGICA C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E REVOGOU A GRATUIDADE DA JUSTIÇA INICIALMENTE DEFERIDA – INSURGÊNCIA DA AUTORA – PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA – ACOLHIMENTO – INDEFERIMENTO PAUTADO EM MERO “COMPORTAMENTO PROCESSUAL” – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS EM SENTIDO CONTRÁRIO À DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA PRESTADA POR PESSOA FÍSICA (ART. 99, §§ 2º E 3º, CPC) – NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA BENESSE – ALEGAÇÃO DE QUE É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE BIOLÓGICA CONCOMITANTE À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA JÁ REGISTRADA NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ADMISSIBILIDADE DA MULTIPARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA EM RELAÇÃO AOS DIFERENTES VÍNCULOS DE PATERNIDADE (REGISTRAL, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA) – SENTENÇA QUE VIOLA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL

Em outro julgado, restou consignado que a declaração de paternidade socioafetiva não modifica a relação com o pai biológico<sup>14</sup>.

Resta claro, portanto, que os Tribunais Pátrios já internalizaram a ideia de multiparentalidade, aplicando-a nos casos concretos, em que não é possível o reconhecimento extrajudicial.

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, o Direito das Famílias passou por diversas transformações. Com certeza, a principal mudança diz respeito a inclusão do princípio da afetividade como parâmetro

---

FEDERAL, BEM COMO O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - 0003725-28.2019.8.16.0028 - Rio Negro - Rel.: DESEMBARGADORA ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN - J. 14.06.2021)

- 14 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL, DETERMINANDO A INCLUSÃO DOS DADOS DO PAI SOCIOAFETIVO NOS REGISTROS DE NASCIMENTO DA ADOLESCENTE. INSURGÊNCIA DO PAI BIOLÓGICO. ALEGAÇÃO DE QUE O VÍNCULO ENTRE A FILHA E NOVO COMPANHEIRO DA GENITORA NÃO SE DEU DE FORMA ESPONTÂNEA, MAS SIM EM RAZÃO DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADOS PELA GENITORA VISANDO AFASTAR O PAI DO CONVÍVIO COM A FILHA. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO DE AFETIVIDADE ENTRE A ADOLESCENTE E O COMPANHEIRO DA MÃE. CONVÍVIO DESDE TENRA IDADE. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE REGISTRAL QUE NÃO IMPEDE OU MODIFICA A RELAÇÃO DA ADOLESCENTE COM O PAI BIOLÓGICO. ENTENDIMENTO DO STJDE QUE POSSÍVEL A MULTIPARENTALIDADE. AUSÊNCIA DE ATOS DE MÁ-FÉ PELO ORA APELANTE, QUE APENAS SE UTILIZOU DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE RECORRER DA SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 11ª C.Cível - 0004081-57.2018.8.16.0028 - Colombo - Rel.: DESEMBARGADOR SIGURD ROBERTO BENGTTSON - J. 04.10.2020)

jurídico para análise das relações familiares.

Ao se priorizar o afeto, a filiação baseada na convivência, carinho e amor assume o mesmo valor da biológica. Além disso, surge a possibilidade de reconhecimento de outras formas de parentalidade e, também, da multiparentalidade.

Partindo deste reconhecimento jurisprudencial, os procedimentos que refletem esta situação de fato se tornam menos burocráticos, sendo possível a inclusão extrajudicial da multiparentalidade no Registro Civil.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL NO RECEBIMENTO DA HERANÇA

João Alberto Diniz dos Santos<sup>1</sup>

Sérgio Ney Cuéllar Tramuja<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do art. 18, da Lei nº 7.713/1988, do art. 37 da MP nº 252/2005 e do art. 40, da Lei nº 11.196, de 2005, frente a posterior edição do art. 23 da Lei nº. 9.532/1997. O primeiro ponto a ser estudado, é a possibilidade que o legislador conferiu ao herdeiro de receber o bem imóvel do espólio/inventário/doação pelo valor histórico da declaração de imposto de renda do *de cujus*, ou pelo valor atualizado de mercado. Já o segundo ponto a ser abordado, será a diferença de tributação entre o recebimento do imóvel pelo valor histórico ou valor

- 
- 1 Advogado, pós-graduando no curso de Direito Tributário Empresarial da Universidade FAE Business School
  - 2 Prof. Orientador da Universidade FAE Business School: Advogado, pós-graduação em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba, pós-graduação em Direito Empresarial pela PUC/PR.

atualizado de mercado, demonstrando o benefício do emprego do planejamento sucessório, como uma ferramenta capaz de garantir maior conforto e disponibilidade financeira aos herdeiros/sucessores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Tributário, Direito Civil, Herança, Sucessão, Tributação do Patrimônio, Redução da Base de Cálculo do Ganho de Capital.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à herança além de ostentar um papel fundamental na circulação de bens, resguarda a exteriorização tanto do direito de família, quanto do direito à propriedade.

Assim, podemos dizer que, a legislação brasileira ao prever na Lei nº. 7.713/1988 que os bens imóveis recebidos por herança não sofreriam incidência do ganho de capital sobre o lucro imobiliário, acabou-se por priorizar o desenvolvimento familiar e a função social do imóvel.

Por conseguinte, por meio da Lei nº. 9.532/97, se passou a priorizar o combate à evasão de receitas tributárias e a reduzir a renúncia fiscal decorrente de incentivos, dentre as medidas implantadas, o legislador entendeu ser conveniente tributar a sucessão hereditária, prevendo a incidência do Imposto de Renda sobre ela.

Em verdade, dividiu-se o ato do recebimento da herança de bens imóveis em duas etapas: **(i)** apura o patrimônio e o quinhão devido a cada herdeiro, através do procedimento do



inventário; e **(ii)** com a finalização do inventário, apura-se se houve ou não lucro imobiliário auferido pelo espólio.

Levando tais fatos em consideração, não podemos esquecer que na história recente do Brasil, houve uma forte alta no preço dos imóveis, especificamente durante o ano de 2008 e o início do ano de 2011, oportunidade na qual, os imóveis chegaram a apresentar valorização superior a 20% (vinte por cento) ao ano<sup>3</sup>. Deste modo, o planejamento sucessório tem se mostrando um grande aliado do indivíduo que pretende fazer a transição hereditária de forma mais segura, organizada e visando a proteção do patrimônio familiar.

Neste panorama, o presente trabalho não pretende esgotar o tema, mas busca apresentar ao leitor a importância de haver um planejamento sucessório para a transmissão dos bens imóveis da herança, já que os sucessores poderão se valer de isenções ou reduções da base de cálculo do imposto, e com isso alcançar uma redução significativa no custo tributário.

Portanto, o objeto de estudo desse trabalho estará restrito à liberalidade da lei, em conceder reduções na base de cálculo do ganho de capital advindo da sucessão hereditária, com base no ano de aquisição do imóvel, já que a falta de observância de tais benefícios, pode levar a uma tributação acima da efetivamente devida.

---

3 Evolução do Índice FIPEZAP. Disponível em: <<https://fipezap.zapimoveis.com.br/wp-content/uploads/2021/06/fipezap-202105-residencial-venda.pdf>> Acessado em: 03.08.2021.

## **2. DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL E A SUCESSÃO HEREDITÁRIA**

### **2.1 Do direito à herança e a previsão legal da sua transferência com a abertura da sucessão**

A Assembleia Nacional Constituinte ao elaborar e promulgar em 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe grandes avanços para o ordenamento jurídico nacional.

Essa nova Constituição, inclusive, foi apelidada por Ulysses Guimarães (Presidente da Assembleia Nacional Constituinte), como uma “Constituição Cidadã”, devido à ampla participação popular durante a sua elaboração e a busca pela efetivação da cidadania<sup>4</sup>.

Dentre as diversas inovações, a Constituição Federal de 1988 consagrou alguns de seus artigos como cláusulas pétreas, tal nomenclatura foi internalizada por meio da doutrina, pelo fato de tais dispositivos constitucionais não poderem ser alterados nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC), resguardando-se com isso os valores fundamentais sobre os quais ela se sustenta.

O art. 5 da Constituição Federal de 1988 é tido como uma dessas cláusulas pétreas<sup>5</sup>, e é responsável por dispor sobre

---

4 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.58.

5 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. [...]

os direitos e garantias individuais que são fundamentais. Em seu inc. XXX previu-se como garantia constitucional ao cidadão, o direito à herança.

Todavia, a previsão constitucional do direito à herança não é dotada de aplicabilidade imediata, isto é, a sua eficácia está limitada a criação de uma lei infraconstitucional que a regule, para então, começar a gerar seus efeitos práticos.

Atualmente o Código Civil Brasileiro, é responsável por regulamentar a sucessão e transferência dos bens de propriedade do *de cuius*. Deste modo, a abertura da sucessão se dá pelo falecimento do titular do patrimônio, e a herança é transferida aos seus herdeiros na forma do art. 1.784 do CCB, aplicando-se ao caso o Princípio do *droit de Saisine*<sup>6</sup>. Ao lecionar sobre o tema, assim consigna a doutrina de Euclides de Oliveira:

“A regra de que a transmissão dos bens aos sucessores ocorre logo em seguida ao falecimento do autor da herança atende ao princípio do *droit de saisine*, originário do direito francês, segundo o qual *le mort saisit le vif* (o morto dá a posse ao vivo). O que vem depois, com os procedimentos de inventário e a partilha dos bens, reveste-se de importância apenas formal, para dar comprovação jurídica à aquisição da herança, a qual advém exclusivamente do fato da morte do titular. Opera-se, portanto, imediata mutação subjetiva na propriedade dos bens, direitos e obrigações deixados pelo morto, sem alteração de sua substância, não obstante a substituição do antigo titular pelo sucessor, por sub-rogação pessoal *pleno jure*.” (2009, pg. 52)

---

<sup>6</sup> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Em um primeiro momento, por mais que a posse da herança seja transmitida de forma automática com o falecimento do titular do patrimônio, a mesma é repassada aos herdeiros como um todo unitário, que será representado pela figura do espólio, ou seja, o espólio representa o conjunto universal e indivisível de bens do falecido<sup>7</sup>, até a posterior abertura do inventário e a partilha<sup>8</sup>/adjudicação dos mesmos de forma individualizada, transmitindo-se com isso a propriedade.

O legislador, no intuito de evitar que os herdeiros se escusassem de abrir o inventário, devido a transmissão/recebimento automático do patrimônio do *de cujus*, previu que o inventário deverá ser instaurado dentro do prazo de 2 (dois) meses<sup>9</sup> da data do óbito (o art. 1.796 do CCB sofreu revogação tácita com a entrada em vigor do Código de Processo Civil), mas não estipulou qualquer consequência no caso de descumprimento de tal prazo.

No que se refere a responsabilidade por administrar a herança após a abertura da sucessão, se definirá de duas maneiras: **(i)** a universalidade de bens (espólio), será representada

---

7 Art. 613. Até que o inventariante preste o compromisso, continuará o espólio na posse do administrador provisório.

8 Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

9 Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

provisoriamente na forma do art. 1.797 e seus incisos, do CCB; e **(ii)** a representação do inventário, será exercida na forma do art. 617 do CPC<sup>10</sup>.

Por consequência, se a pessoa que estiver na posse e administração dos bens do espólio não promover a abertura do inventário no prazo legal de 2 (dois) meses, qualquer um dos herdeiros poderá propor a ação de inventário e exercer a inventariança, ou das pessoas enumeradas no art. 616 do CPC, por legitimidade concorrente, à vista que a previsão do art. 617 do CPC não tem caráter absoluto, e pode comportar flexibilização em casos excepcionais, a partir da convicção formada pelo juízo, isto é, nem sempre o cônjuge será obrigatoriamente tido como o inventariante<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem: I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados; III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio; IV - o herdeiro menor, por seu representante legal; V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados; VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário; VII - o inventariante judicial, se houver; VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

<sup>11</sup> BRASIL, RIO GRANDE DO SUL. TJ - RS. 7ª CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70084818913 (Nº CNJ: 0120250-57.2020.8.21.7000). INTERPOSTO POR PEDRO MEDEIROS MACIEL, EM FACE DE SILVANIA SEVERO E OUTRA. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. 09/12/2020. [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php): A ordem preferencial de nomeação de inventariante prevista no art. 617 do CPC não tem caráter absoluto, comportando flexibilização em situações excepcionais, a partir da convicção formada pelo juízo. Se a pessoa que estiver na posse e administração dos bens do espólio não promover a abertura do inventário no prazo legal de 60 dias, previsto no art. 611 do CPC, podem propor a ação e exercer a inventariança qualquer um dos herdeiros, ou das pessoas enumeradas no art.

Sobre o assunto, cabe mencionar, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em comentários ao art. 617 do CPC:

“3. Nomeação. Ao juiz cabe nomear o inventariante e removê-lo (CPC 622). Não pode decidir discricionariamente a respeito da nomeação do inventariante, devendo se ater à ordem deste artigo, corrigindo equívocos por acaso existentes quando da nomeação. Contudo, a ordem prescrita neste artigo não é absoluta e faculta ao juiz alterá-la se houver motivos que desaconselhem sua obediência, podendo até mesmo escolher pessoa estranha para o encargo, se se verificar a necessidade dessa providência.” (2015, pg.1444)

Após ser realizada a nomeação do administrador/inventariante do patrimônio do *de cujus*, o mesmo deverá resguardar a herança<sup>12</sup>, em conformidade com o disposto no art. 75, inc. VII, e art. 613 e 614, ambos do CPC, não respondendo o(s) herdeiro(s) por dívidas da herança em valor superior ao seu quinhão.

Ainda, a legislação atual prevê que a sucessão poderá se dar por lei ou por disposição de vontade, no primeiro caso, a espécie de sucessão observará a *Legítima*; já no segundo, a espécie de sucessão observará a disposição *Testamentária*.

---

616 do CPC, por legitimidade concorrente. Caso em que o cônjuge supérstite, que se encontra na posse e na administração dos bens do espólio, teve tempo suficiente – um ano e quatro meses – para ingressar com a abertura do inventário da esposa falecida, o que se absteve de fazer, inobservando o prazo para a abertura do inventário previsto no art. 611 do CPC. [...]

<sup>12</sup> Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Com a abertura da sucessão, e a respectiva definição do administrador/inventariante, a angariação do patrimônio e apuração das dívidas do espólio/inventário, a verificação da ordem de vocação hereditária e a qualidade de cada herdeiro, deve observar os seguintes aspectos: **(i)** qual a lei que se encontra vigente na data do óbito do *de cuius*<sup>13</sup>; **(ii)** no caso de não haver testamento, a herança é transmitida apenas aos herdeiros legítimos<sup>14</sup>; **(iii)** no caso do *de cuius* deixar testamento, só poderá dispor de metade de seu patrimônio<sup>15</sup>; **(iv)** o companheiro ou companheira do *de cuius* participará da sucessão, apenas nos bens que foram adquiridos durante a constância da união estável.

Nesse interim, ao ser levado em conta todos os aspectos anteriormente mencionados e a inexistência de testamento, os herdeiros devem observar qual espécie de inventário poderá ser empregado, ou seja, se a transmissão da herança poderá se dar por meio de inventário extrajudicial ou judicial.

No caso dos herdeiros serem todos maiores, capazes e estarem de acordo com a partilha da herança, não há qualquer vedação a realização do inventário pela modalidade extrajudicial, a qual foi inaugurada com a Lei 11.441/2007, regulamentada pela

---

13 Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

14 Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

15 Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Resolução nº. 35/2007 do CNJ, e internalizada ao ordenamento pátrio por meio do art. 610, § 1º<sup>16</sup>, do Código de Processo Civil.

Na contramão, se houver discordância entre os herdeiros ou existir interesse de herdeiro menor ou incapaz, obrigatoriamente o inventário deverá ser processado de maneira judicial, observando as seguintes modalidades: **(i)** Inventário pelo Rito Tradicional e Solene (art. 610 a 658 do CPC); **(ii)** Inventário pelo Rito de Arrolamento Sumário (arts. 659 a 663 do CPC); **(iii)** Inventário pelo Rito de Arrolamento Comum (art. 664 do CPC).

Portanto, não restam dúvidas que, no ordenamento jurídico brasileiro o direito a herança deriva do direito à propriedade, estando ambos insculpidos nos inc. XXII e XXX, do art. 5, da Constituição Federal de 1988, bem como a efetivação e aplicação de tais preceitos, encontra amparo tanto no Código Civil, quanto no Código de Processo Civil.

## **2.2 Da incidência tributária e o fato gerador do imposto sobre transmissão causa mortis e doação (itcmd)**

O atual texto do art. 155, inc. I, da Constituição Federal de 1988, delegou aos Estados e o Distrito Federal a competência tributária de instituir e cobrar o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis e Doação* (ITCMD).

---

16 Art. 610. [...] § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. [...]



Sacha Calmon Navarro Coelho ao analisar o tema, tece o seguinte comentário:

“A Constituição repartiu o antigo ITBI do Estado em *causa mortis* e *inter vivos*, fixando as transmissões de bens imóveis por ato oneroso entre vivos, exceto doações, na competência dos Municípios. O *causa mortis* engordou para abranger não apenas as transmissões de bens imóveis por motivo de morte, mas de quaisquer bens ou direitos, concretos e abstratos, mobiliários e imobiliários. Tomou-se o monte na acepção de uma *universitas rerum* (universidade de bens). E entregou-se a competência desse vero imposto sobre herança e doações ao Estado-Membro (art. 155, I).” (2020, pg. 235)

No que se refere ao fato gerador do imposto, dispõe o art. 35 do Código Tributário Nacional:

“Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.”

Frente a isso, podemos dizer que, o fato gerador do Imposto sobre a transmissão *causa mortis* e *doações* de quaisquer

bens ou direitos (ITCMD), nos termos da lei é deflagrado com o ato de transmissão de bens a título gratuito.

No que se refere à alíquota, o art. 155, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, determinou que cabe ao Senador Federal estipular o valor máxima de tributação, tendo o legislador estadual discricionariedade para instituir a alíquota do imposto no percentual que entender adequado, desde que em consonância com a Resolução nº. 09, de 1992<sup>17</sup> do Senado Federal, a qual atualmente prevê a alíquota máxima de 8% (oito por cento) para o ITCMD.

Quanto à base de cálculo, o art. 38 do Código Tributário Nacional prevê que será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, ou seja, sempre que houver o recebimento de um imóvel, dinheiro ou outros bens entre pessoas, deve-se recolher o tributo com base na alíquota prevista pelo legislador estadual multiplicada pelo valor do bem recebido.

O Código Tributário Nacional dispõe em seu art. 42 que, o *“contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei”*, isto é, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto na transmissão *causa mortis*, será de responsabilidade do(s) herdeiro(s) ou legatário(s); na doação, será do(s) donatário(s); na cessão de herança ou de direito a título não oneroso, será do cessionário; e no fideicomisso, será do fiduciário.

O Estado do Paraná, exemplificativamente internaliza o

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>>. Acessado em: 01.09.2021.

comando constitucional e as disposições do Código Tributário Nacional, por meio da Lei Estadual nº. 18.573/2015 e do Regulamento do ITCMD Resolução Sefa nº. 1.527/2015, os quais disciplinam e estabelecem o procedimento de recolhimento do ITCMD.

Atualmente, o Estado do Paraná determina que a alíquota do ITCMD é de 4% (quatro por cento)<sup>18</sup>, e a base de cálculo nas transmissões de imóveis urbanos e rurais, deve respeitar o delimitado pelo art. 18, inc. IV, alínea “a” e “b”, da Lei Estadual nº. 18.573/2015:

“Art. 18. A base de cálculo do imposto será:

[...]

IV - nas transmissões de imóveis não inferiores aos valores utilizados:

[...]

a) pela administração tributária municipal do local do bem para efeitos de tributação do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, ou, na sua falta, do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, na data da declaração; b) pelo Departamento de Economia Rural - Deral, da Secretaria de Estado da Agricultura, na hipótese de imóvel rural, ou, na sua falta, o valor informado para efeitos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, na data da declaração;” [...]

E, quanto ao prazo de pagamento e a multa por atraso no recolhimento do imposto, disciplina a Lei Estadual nº. 18.573/2015:

---

<sup>18</sup> Súmula nº. 112 do STF: O imposto de transmissão “*causa mortis*” é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

“Art. 24. O pagamento do ITCMD, nas transmissões por ato inter vivos, realizar-se-á:

I - nas transmissões por escritura pública, ou procuração em causa própria, antes da lavratura do respectivo instrumento;

II - nas transmissões por instrumento particular, dentro de trinta dias de sua lavratura; [...]

Art. 25. O pagamento do imposto, nas transmissões causa mortis, realizar-se-á:

I - antes de lavrado o respectivo instrumento, nas transmissões por escritura pública;

II - dentro de trinta dias da data em que transitar em julgado a sentença homologatória do cálculo ou da partilha amigável.” [...]

“Art. 31. Na hipótese em que o contribuinte apresentar a declaração de que trata o art. 17 desta Lei e não recolher o imposto nos prazos previstos na legislação tributária, o débito fica sujeito à multa de 20% (vinte por cento) do valor do imposto não pago.” [...]

Ainda, nos casos de doações com reserva de usufruto ou na sua instituição gratuita a favor de terceiro, a legislação do ITCMD vigente no Estado do Paraná prevê que o pagamento poderá ocorrer de maneira diferida<sup>19</sup>, sendo exigível em dois

---

<sup>19</sup> [...] o diferimento (adiamento, postergação, protelamento) da exigibilidade do crédito tributário para uma etapa, fato ou momento posterior, legalmente previsto, caso em que ocorre a suspensão do crédito tributário: o fato gerador ocorre, a obrigação nasce e o tributo torna-se devido, mas, por força de regra jurídica paralela, da mesma natureza daquela que instituiu o tributo, contida no mesmo ou em outro texto legal, seu pagamento fica adiado, postergado ou protelado (enquanto isso suspenso) até que novo fato (legalmente previsto) aconteça, quando, então, sua exigibilidade ocorrerá. (PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 15. Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 401)

momentos alternativos: **(i)** ou na instituição do usufruto<sup>20</sup>; e **(ii)** ou na baixa do usufruto<sup>21</sup>.

Portanto, pode-se concluir que, para configurar a hipótese de incidência do ITCMD, é indispensável que a transferência de bens ocorra de forma gratuita, tendo em vista que se a transferência ocorrer de maneira onerosa, o negócio jurídico estará sujeito a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

### 2.3 Do imposto de renda pessoa física (irpf) e o ganho de capital

De início, cumpre lembrar, que com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, conferiu-se competência tributária privativa à União para instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza, estando delimitada a matriz constitucional do Imposto de Renda no art. 153, inc. III da lei maior.

Nesse diapasão, elucida o ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho:

---

20 Art. 20. Nas doações com reserva de usufruto ou na sua instituição gratuita a favor de terceiro, o valor dos direitos reais do usufruto, uso ou habitação, vitalício ou temporário, será igual à metade do valor do total do bem, correspondendo o valor restante à sua propriedade separada daqueles direitos. §1º À cessão e à extinção de usufruto se aplicam as normas relativas à sua instituição.

21 Art. 47. Na hipótese da extinção do usufruto ou de qualquer outro direito real, quando sua instituição foi tributada com base em 50% (cinquenta por cento) do valor do bem, o imposto deverá ser recolhido considerando a aplicação da alíquota de 4% (quatro por cento) e como base de cálculo a metade do valor total atualizado do bem.

“Tenho para mim que a privatividade é insustentável, levando em conta disposição expressa da Lei das Leis que, bem ou mal, é o padrão empírico para a emissão de proposições descritivas sobre o direito posto. A União está credenciada a legislar sobre seus impostos e, na iminência ou no caso de guerra externa, sobre impostos ditos ‘extraordinários’, compreendidos ou não em sua competência tributária, consoante o que prescreve o art. 154, II. Dir-se-á que se trata de exceção, mas é o que basta para derrubar proposição afirmativa colocada em termos universais, de tal sorte que impostos privativos, no Brasil, somente os outorgados à União. A privatividade fica reduzida, assim, à faixa de competência do Poder Público Federal.” (2009, pg. 240)

É de conhecimento que o imposto de renda não trata de uma norma constitucional plena, ou seja, para que tal imposto transpasse a incidência abstrata, e comesse a fazer parte do cotidiano da sociedade, ele depende da promulgação de uma normativa regulamentadora, a qual irá lhe atribuirá eficácia plena.

Trazemos a baila, o ensinamento de Pedro Lenza sobre o tema:

“Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese do art. 5º, § 3º). Como regra geral, criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas.” (2011, pg. 199)

De maneira infraconstitucional, as normas gerais do imposto de renda estão delimitadas no Código Tributário Nacional, o qual dispõe de maneira específica sobre a definição do tributo (art. 43 do CTN); seu fato gerador (art. 43, inc. I e II, do CTN); base de cálculo (art. 44 do CTN) e contribuintes (art. 45 do CTN).

Em contrapartida, a normativa regulamentar desse imposto encontra amparo na Lei nº. 7.713/1988, diz respeito à legislação do imposto de renda e dá outras providências. Dentre as suas determinações, e no ponto que interessa ao estudo, cabe citar os art. 6, inc. XVI, e o art 22, inc. III, ambos da referida lei:

“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança; [...]

Art. 22. Na determinação do ganho de capital serão excluídos:

[...]

III - as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima;” [...]

Posteriormente, veio a ser editada a Lei nº. 9.532/97 que deu nova orientação à legislação do imposto de renda, oportunidade na qual, passou-se a tributar o lucro imobiliário havido nos casos de herança e doação, nos seguintes termos:

“Art. 23. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens

do de cujus ou do doador.

§ 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do de cujus ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento.

§ 2º O imposto a que se referem os §§ 1o e 5o deverá ser pago:

I - pelo inventariante, até a data prevista para entrega da declaração final de espólio, nas transmissões mortis causa, observado o disposto no art. 7o, § 4o da Lei no 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - pelo doador, até o último dia útil do mês-calendário subsequente ao da doação, no caso de doação em adiantamento da legítima;

III - pelo ex-cônjuge a quem for atribuído o bem ou direito, até o último dia útil do mês subsequente à data da sentença homologatória do formal de partilha, no caso de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar.

§ 3º O herdeiro, o legatário ou o donatário deverá incluir os bens ou direitos, na sua declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do ano-calendário da homologação da partilha ou do recebimento da doação, pelo valor pelo qual houver sido efetuada a transferência.

§ 4º Para efeito de apuração de ganho de capital relativo aos bens e direitos de que trata este artigo, será considerado como custo de aquisição o valor pelo qual houverem sido transferidos.

§ 5º As disposições deste artigo aplicam-se, também, aos bens ou direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar.”

Referido artigo corresponde ao artigo 24 da Medida Provisória 1602/97. Da Exposição de Motivos nº. 644/MF que acompanha o projeto de edição de referida MP extrai-se a



seguinte explicação acerca do dispositivo legal em questão:

“2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torná-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. Nesse sentido, o Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais, atualmente em vigor, cria mecanismos que estimula a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.<sup>22</sup>

[...]

21. O art. 24 cuida de regular a transferência de direitos de propriedade por sucessão, nos casos de herança e doação em adiantamento de legítima. Pela proposta, os bens e direitos, nas referidas hipóteses, poderão ser transferidos a valor de mercado ou pelo constante da última declaração de bens do *de cuius* ou do doador.

Se a opção for a transferência a valor de mercado, a diferença entre este e o valor constante da declaração de bens referida será tributada à alíquota de quinze por cento, devendo o imposto ser pago pelo inventariante, no caso de espólio, ou pelo doador, no caso de doação.

Se a opção for a transferência pelo valor da declaração de bens do *de cuius* ou do doador, não haverá cobrança de imposto no ato da transferência, mas o herdeiro ou donatário deverá incluir os bens ou

---

22 Exposição de Motivos nº 644/MF publicada no Diário do Congresso Nacional nº. 26, de 02/12/1997, p. 18021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=338>>. Acessado em 24/08/2021.

direitos, em sua declaração de bens, pelo valor da transferência, o qual constituirá custo para efeito de apuração de ganho de capital numa eventual futura alienação.

Estas normas, pela proposta, serão aplicadas, também, nas hipóteses de transferência de bens e direitos em decorrência de dissolução da sociedade conjugal.

A medida, como se vê, tem caráter meramente de controle, como forma de prevenir a evasão de imposto de renda, hoje comumente verificada nesses casos de sucessão, sem, todavia, obrigar herdeiros ou doadores a dispor de bens para fazer face ao pagamento do imposto no ato da transferência.

25. O art. 25 estabelece normas para que as pessoas físicas possam atualizar os bens e direitos adquiridos até dezembro de 1995, para inclusão na declaração de bens a ser entregue em 1998, correspondente ao ano-calendário de 1997.

Com essa medida, as normas sobre apuração de ganho de capital na alienação de bens e direitos restarão completamente simplificadas, tendo em vista que o custo de aquisição passara a ser exatamente o valor constante da declaração.”<sup>23</sup>

Por conseguinte, com base no supramencionado, a Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB no intuito de delimitar as operações que se encontram sujeitas à apuração do ganho de capital, por meio do compilado de Perguntas e Respostas IRPF 2021, proferiu a seguinte orientação:

---

23 Exposição de Motivos nº 644/MF publicada no Diário do Congresso Nacional nº. 26, de 02/12/1997, p. 18024. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=338>>. Acessado em 24/08/2021.

**“OPERAÇÕES SUJEITAS À APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL**

543 — Quais as operações sujeitas à apuração do ganho de capital?

Estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem:

I - alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, dação em pagamento, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins;

II - transferência a herdeiros e legatários na sucessão causa mortis, a donatários na doação, inclusive em adiantamento da legítima, ou atribuição a ex-cônjuge ou ex-convivente, na dissolução da sociedade conjugal ou união estável, de bens e direitos por valor superior àquele pelo qual constavam na Declaração de Ajuste Anual do de cujus, do doador, do ex-cônjuge ou ex-convivente que os tenha transferido;

III - alienação de bens ou direitos e liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira.”<sup>24</sup>

Quanto aos imóveis rurais, a apuração do imposto de renda sobre o ganho de capital leva em conta dois fatores: **(i)** o valor de aquisição da terra nua (VTN) (art. 19, da Lei n°. 9.393/1996 c/c art. 9, da IN SRF n°. 84/2001); ou **(ii)** a partir de 1997, o custo de aquisição da terra nua declarada

---

24 Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-ir-pf-2021-v-1-2-2021-04-29.pdf>>. Acesso em: 18.08.2021.

no Documento de Informação e Apuração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (Diat) do ano da aquisição, ou na falta deste, o ganho de capital é igual à diferença entre o valor de alienação e o custo de aquisição (art. 10, da IN SRF n.º 84/2001).<sup>25</sup>

Desta maneira, o legislador possibilitou que tanto os imóveis urbanos, quanto os imóveis rurais pudessem ser transferidos pelo valor histórico constante na declaração do imposto de renda do *de cujus*, ou pelo valor atualizado de mercado.

Assim, para efeito de apuração do ganho de capital passou-se a considerar como custo de aquisição dos bens imóveis o seu valor de transferência, e no caso de imóveis rurais o seu custo de aquisição. Após a apuração do valor devido a título de ganho de capital, caberia ao inventariante pagar o imposto até a entrega da declaração final do espólio, na transmissão *causa mortis* (art. 23, §2º, inc. I, da Lei n.º 9.532/97); e ao donatário

---

25 BRASIL, RIO GRANDE DO SUL. TRF-4. SEGUNDA TURMA. AC 5004573-80.2020.4.04.7102, INTERPOSTA PELA APELANTE UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, EM FACE DO APELADO ADRIAN ALEJANDRO BARRERE LEON e outros. Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 13/07/2021. [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40002618211&versao\\_gproc=3&crc\\_gproc=093eafbe](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002618211&versao_gproc=3&crc_gproc=093eafbe): [...] Como se vê, a regulamentação da IN SRF nº 84, de 2001, está perfeitamente de acordo com a Lei nº 9.393, de 1996, seja quanto ao conceito de terra nua, seja quanto ao valor da terra nua na aquisição ou na alienação, prevalecendo sempre aquele valor declarado pelo proprietário rural na Diat, exceto quando ele não houver apresentado esse documento, caso em que prevalecerá não algum valor atribuído por arbitramento fiscal, mas justamente o valor que constar dos respectivos documentos de aquisição e de alienação, os quais evidentemente deverão corresponder ao valor real do negócio jurídico, sob pena de falsidade ideológica. Nem, de resto, se poderia conceber razoavelmente que as coisas fossem reguladas de outra forma. [...]

pagar o imposto até o último dia do mês subsequente a doação (art. 23, §2º, inc. II, da Lei nº. 9.532/97).

Atualmente, as alíquotas do imposto de renda sobre o ganho de capital são progressivas, e podem variar de 15% (quinze por cento) a 22,5% (vinte e dois e meio por cento), nos termos do art. 21, da Lei nº. 13.259/2016.

Contudo, a legislação tributária prevê duas hipóteses distintas de benefícios fiscais que podem ser empregados na apuração do ganho de capital sobre o lucro imobiliário, as quais se dividem em: **(i)** isenções<sup>26</sup>; e **(ii)** reduções da base de cálculo<sup>27</sup>.

O presente trabalho tem como principal objetivo, estudar apenas os impactos do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ganho de capital sobre os bens imóveis recebidos por herança, que se enquadra nas disposições do art. 18, da Lei nº 7.713/1988 cumulado com o art. 37 da MP nº 252/2005 e o art. 40, da Lei nº 11.196, de 2005.

---

26 BRASIL, BRASÍLIA. STF. TRIBUNAL PLENO. ADI: 286 RO, INTERPOSTO PELO REQUERENTE GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA. Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 22/05/2002, Data de Publicação: DJe 30/08/2002. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1500094>.: [...] 3. Como se viu no Capítulo V, a isenção surge como uma espécie de dispensa de um tributo devido; o crédito tributário surgiria com o fato jurídico tributário, mas a norma isencional dispensaria o pagamento do tributo. [...]

27 Não confundamos subtração do campo de abrangência do critério da hipótese ou da consequência com mera redução da base de cálculo ou da alíquota, sem anulá-las. A diminuição que se processa no critério quantitativo, mas que não conduz ao desaparecimento do objeto, não é isenção, traduzindo singela providência modificativa que reduz *quantum* de tributo que de ser pago. (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 575.)

Com vista na legislação que delimita a redução da base de cálculo do ganho de capital, a Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB criou o seguinte quadro resumo na Pergunta e Resposta n°. 608 do IRPF 2021:

### QUADRO RESUMO<sup>28</sup>

O quadro seguinte resume as quatro situações previstas na legislação:

Data de Alienação	Redução
Até 15/06/2005	Lei nº 7.713, de 1988, art. 18.
De 16/06/2005 a 13/10/2005	Lei nº 7.713, de 1988, art. 18; FR=1/1,0035 <sup>m</sup> (MP nº 252, de 2005, art. 37)
De 14/10/2005 a 30/11/2005	Lei nº 7.713, de 1988, art. 18; FR1=1/1,0060 <sup>m1</sup> (Lei nº 11.196, de 2005, art. 40, §§ 1º, inciso I, e 2º)
A partir de 1º/12/2005	Lei nº 7.713, de 1988 art. 18; FR1=1/1,0060 <sup>m1</sup> (até 11/05); (Lei nº 11.196, de 2005, art. 40, § 1º, I e § 2º) FR2=1/1,0035 <sup>m2</sup> (a partir de 12/05). (Lei nº 11.196, de 2005, art. 40, § 1º, II)
a) m e m1 contados a partir de 01/1996 ou da data de aquisição, se posterior; b) m2 contados a partir de 12/2005 ou da data de aquisição, se posterior.	

Portanto, o(s) sucessor(es) apenas precisará(ão) se preocupar com a apuração do ganho de capital, se decidir(em) receber a o bem(ns) imóvel(is) pelo valor de mercado (art. 23, §1º, da Lei nº. 9.532/97), oportunidade na qual, o fato gerador será a data do trânsito em julgado da decisão judicial da partilha; sobrepartilha; adjudicação; ou da lavratura da escritura pública, e o imposto oriundo do lucro imobiliário deverá ser recolhido pelo inventariante ou donatário.

<sup>28</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2021-v-1-2-2021-04-29.pdf>>. Acesso em: 29.08.2021.

## 2.4 Do planejamento sucessório frente ao recebimento da herança

Ao se deparar com o ganho de capital, o operador do direito deve ter em mente, que na sucessão hereditária o fato gerador do ganho de capital é regido pelo princípio da *droit de saisine*; e o princípio da *tempus regit actum*, também conhecido como princípio da irretroatividade da norma tributária.

Na sucessão hereditária deve-se observar o disposto pelo art. 1.784 do Código Civil Brasileiro, o qual preconiza que opera-se a transferência integral dos bens do *de cuius* para seu sucessor no exato momento do óbito, ou seja, com o falecimento o sucessor é investido de imediato na posse do patrimônio, ficando pendente apenas a regularização da propriedade.

Deste modo, o término do trâmite do inventário extrajudicial (termina com a lavratura da escritura pública) ou judicial (termina com a expedição do formal de partilha) limita-se apenas a declarar perante terceiros a transferência da propriedade do bem imóvel recebido por herança.

Assim como, cumpre lembrar que, o procedimento do inventário sujeita-se às normas em vigor quando da transmissão dos bens, ou seja, a transferência da propriedade e a tributação deverão levar em conta a legislação vigente ao tempo da abertura da sucessão (óbito do *de cuius*). O princípio da *tempus regit actum*, encontra amparo no art. 6 da LINB; art. 5, inc. XXXVI, da CF/88; e nos arts. 104, 105 e 116 do CTN.

Frente à redação do art. 23, §1º, da Lei nº. 9.532/97 cumulado com o art. 130 do RIR/2018, cabe ao sucessor decidir no momento do adiantamento da legítima ou do inventário

se o bem imóvel será recebido pelo valor histórico da declaração do de cujos; ou pelo valor de mercado, sendo o segundo caso fato gerador do ganho de capital.

Tal momento mostra-se crucial para que o sucessor possa se valer do benefício da redução da base de cálculo sobre o ganho de capital, tendo em vista que o texto de lei dispõe de maneira clara, que apenas no ato de transferência de direito de propriedade por adiantamento de legítima ou sucessão hereditária, que o preço de aquisição do bem imóvel declarado poderá ser atualizado para o valor de mercado.

A doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, assim esclarece sobre o fato gerador do ganho de capital nos casos de adiantamento de legítima:

“A propriedade do bem doado somente se transmite pela tradição, se móvel, ou pela transcrição, se imóvel. O contrato é apenas o título, a causa da transferência para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós, o domínio das coisas não se adquire solo consensu, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta como para a doação.” (2011, p. 282.)

Já no caso de sucessão hereditária, preceitua a doutrina de José Henrique Longo:

“Quando ocorre o trânsito em julgado dessa sentença, para efeito do Imposto de Renda,



termina aqui a vida tributária do espólio, a vida tributária desse contribuinte, que é o mesmo contribuinte enquanto vivo ou enquanto espólio. [...]

E onde estão os fatos geradores? O do ITCMD está no momento do falecimento, (...) e do Imposto de Renda é do momento do trânsito em julgado, porque é lá que há a transferência do patrimônio que, nós vamos ver, pode se feita a valor de mercado, e, portanto, gerando, nessa situação, a incidência do Imposto sobre a Renda sobre esse ganho de capital.” [...] (2014, pg. 194/198)

E, no mesmo sentido, segue a atual jurisprudência:

“TRIBUTÁRIO. SUCESSÃO. APELAÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA. DECLARAÇÃO FINAL DE ESPÓLIO. ATUALIZAÇÃO DOS BENS PELO VALOR DE MERCADO. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA. EXISTENTE A RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. RETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA. 1. Dispõe o artigo 22, III, da Lei nº 7.713/88 restarem excluídas as transferências causa mortis da determinação do ganho de capital pelo fato de ser a herança, quando percebida por pessoa física, isenta de imposto de renda, segundo artigo 6º, XVI, da mesma Lei. Tais normas mantiveram sua validade, vigência, eficácia mesmo após a edição da Lei nº 9.532/97.2. Estando os artigos 6º, XVI, e 22, III, da Lei nº 7.713/88 necessariamente relacionados, tem-se que a referida isenção e a não consideração para fins de aferição da base de cálculo (determinação do ganho de capital) se dão com relação ao beneficiário da herança e dos bens e valores transmitidos, o herdeiro. 3. O artigo 1.784, CC, define que o que se transmite aos herdeiros é a herança. Não

se confunde a herança com o espólio. É o espólio o conjunto de bens (a patrimonialidade) da pessoa falecida, ao passo que diz a herança respeito a universalidade de bens, direito e deveres a serem transmitidos ao herdeiros. Evidentemente que não se identifica o espólio com a herança, o espólio pertence ao falecido, enquanto a herança, aos herdeiros. 4. O espólio é responsável tributário pelos tributos devidos pelo falecido, nos termos do artigo 131, III, CTN. Portanto norma de a isenção de imposto de renda que mutila parcialmente o critério pessoal da RMIT, a fim de retirar da relação jurídico-tributária o herdeiro, não faz o mesmo com relação aos tributos devidos pela pessoa falecida (contribuinte) que se tornaram de responsabilidade do espólio. 5. Ao emitir a referida Declaração e nela atualizar os bens imóveis pelo valor de mercado, reportou-se a Declaração de Imposto de Renda Final do Espólio ao ganho de capital da Sra. Antonieta Martins Vicente, que, como falecida, tornou-se de responsabilidade do espólio. Isso, todavia, não importa na situação de tributação por ganho de capital sobre a herança. O ganho de capital, não foi dos herdeiros ao receber a herança, mas da contribuinte falecida que se tornou de responsabilidade de seu espólio. 6. É o tempo do fato a data referente ao nascimento do fato jurídico; o marco temporal em que foi o fato jurídico edificado, criado, praticado. Já o tempo no fato diz respeito a data apontada pelo fato jurídico como de ocorrência do evento relatado. Portanto, está o tempo no fato associado ao evento, enquanto o tempo do fato diz respeito ao fato jurídico. Observa-se no Doc. 06 de folha 104 e seguintes que o tempo do fato jurídico tributário documentado pela Declaração de Imposto de Renda Final do Espólio refere-se a 31 de dezembro de 2014. Se a incidência tributária se dá com base na ocorrência do fato jurídico tributário e

esse ocorreu em 31 de dezembro de 2014, então, perfeitamente vigente a Lei nº 9.532/97, não havendo em se falar em retroação. 7. A faculdade de atualização dos bens imóveis pelo valor de mercado surgiu legalmente com a Lei nº 9.532/97, não prevista a referida atualização pela Lei nº 7.713/88. Assim, não se vislumbra como poderiam os Apelantes efetivamente se utilizarem da validade, vigência, eficácia e expressa aplicação/incidência da Lei nº 9.532/97 para efetuar a atualização dos bens imóveis pelo valor de mercado e, concomitantemente, alegar a impossibilidade de aplicação do mesmo Diploma. 8. A atualização dos bens do espólio pelo valor de mercado é uma faculdade – que obviamente faz incidir o imposto de renda, em face do ganho de capital identificado na diferença dos valores – como meio de planejamento tributário à disposição dos herdeiros, que terão os bens da herança incorporados ao seu patrimônio já com custo de aquisição equivalente ao mercado, prontos para futura e eventual alienação – a qual, necessariamente, importaria ganho de capital em montante elevado se o bem restasse incorporado sem a prévia atualização de seu valor, ou seja, com custo de aquisição baixo -. Caso contrário, valer-se-iam os Apelantes de uma *lex tertia*. 9. Desprovido o recurso de apelação interposto por FRANCISCO JOSÉ MARTINS VICENTE EOUTROS. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados em 1%.”<sup>29</sup>

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DATA DE AQUISIÇÃO. TRANSMISSÃO DA HERANÇA. APLI-

---

29 TRF-2- AC: 00625373820154025101 RJ 0062537-38.2015.4.02.5101, Relator: THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO, Data de Julgamento: 09/10/2019, VI-CE-PRESIDÊNCIA.

CABILIDADE DA RESTRIÇÃO DO ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.713/1988. 1. Discute-se a incidência da restrição estabelecida pelo parágrafo único do art. 18 da Lei 7.713/1988 sobre o ganho de capital auferido pelo agravante quando da alienação de bem imóvel adquirido por herança. Nos termos do dispositivo mencionado – que prevê a aplicação de um percentual de redução sobre o ganho de capital -, ‘Não haverá redução, relativamente aos imóveis cuja aquisição venha ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1989’. 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, o ganho de capital relacionado à herança sujeita-se às normas vigentes no momento da transmissão dos bens, o que ocorre com a abertura da sucessão (REsp 829.932/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23.4.2012; REsp 805.806/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 18.2.2008, p. 25). 3. No caso concreto, o Tribunal a quo atestou que a transmissão do imóvel ocorreu em 2.4.1991. Logo, deve incidir a proibição do art. 18, parágrafo único, da Lei 7.713/1988. 4. Cumpre destacar que não está em discussão eventual ganho de capital do espólio, hipótese em que a data de aquisição a ser tomada como referência seria a do ingresso do imóvel no patrimônio do de cujus. Como se trata de tributação que recai sobre o herdeiro, a pretensão de tomar como referência o custo e a data de aquisição pelo transmitente da herança não possui amparo legal. 5. Agravo Regimental não provido.”<sup>30</sup>

Logo, podemos observar que se o imóvel for recebido

---

<sup>30</sup> STJ - AgRg no REsp 1461125/PR, Herman Benjamin, unânime, Julgado em: 18-11-2014, DJe 26.11.2014.

pelo herdeiro à valor de mercado, e constar tal informação na declaração de imposto de renda final do espólio, estará a se praticar o fato gerador do ganho de capital, hipótese em que o espólio passa a ser responsável pelos tributos devidos pelo *de cujus*, nos termos do artigo 131, inc. III, CTN.

Em contrapartida, caso o sucessor resolva receber o bem imóvel pelo valor histórico constante na declaração de imposto de renda do *de cujus*, o mesmo abre mão da redução da base de cálculo do ganho de capital, visto que não restará configurado lucro imobiliário no ato de aquisição do bem por adiantamento de legítima ou sucessão hereditária, mas no momento em que esse bem for vendido pelo sucessor, será devido o ganho de capital apurando entre a diferença a maior do custo de aquisição e o valor da alienação.

Desse modo, pode-se fazer a seguinte disposição a título de exemplo, a Sra. Maria faleceu em 20.01.2021, deixando como seu herdeiro Marcos, seu único filho. Ao dar entrada no inventário da mãe, Marcos descobre que a mesma era proprietária de um imóvel adquirido em 06.08.1979, pelo preço histórico de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Após o término do processo de inventário, o herdeiro recebe uma oferta de compra para o imóvel, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). O inventário se encerra em 25.03.2021, e Marcos vende o imóvel, em 19.05.2021.

Partindo deste cenário, caberá a Marcos proceder com as seguintes projeções:

**a. Inventariar o imóvel pelo valor constante na declaração de imposto de renda da de cujus (valor histórico):**

<b>Quadro 1 - Procedimento de Inventário do Bem Imóvel</b>		
Andamento	Fundamento	Valor
Imóvel Recebido pelo Valor Histórico	art. 23, §1º, da Lei nº. 9.532/97 c/c art. 130 do RIR/2018	R\$ 30.000,00
Recolhimento do ITCMD (4% Paraná)	art. 22 da Lei Estadual nº 18.573/201 c/c art. 16 do Regulamento do ITCMD Resolução Sefa nº 1.527/2015	R\$ 1.200,00
Declarar no IRPF do Herdeiro o Imóvel Recebido	art. 23, §3º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 30.000,00

Fonte: GCAP 2021.

<b>Quadro 2 - Procedimento de Venda Posterior ao Inventário</b>		
Andamento	Fundamento	Valor
Valor da Venda		R\$ 500.000,00
(-) Custo de Aquisição Inventário	art. 23, §4º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 30.000,00
(=) Ganho de Capital Tributável	art. 3, inc. I, IN SRF nº. 84/2001	R\$ 470.000,00
Percentual de Redução Lei nº 7.713/1988	art.18 da Lei nº 7.713/1988 c/c art. 149 do RIR/18	0%
(=) Subtotal		R\$ 470.000,00

(x) Fator de Redução (FR1)	art. 40, §1º, inc. I, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. I, do RIR/18	0%
(=) Subtotal		R\$ 470.000,00
(x) Fator de Redução (FR2)	art. 40, §1º, inc. II, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. II, do RIR/18	1,04%
(=) Redução		R\$ 4.900,65
(=) Subtotal		R\$ 465.099,35
(=) Ganho de Capital Tributável	art. 3, inc. I, IN SRF n.º 84/2001	R\$ 465.099,35
(x) Alíquota do IR	art. 21, inc. I, da Lei n.º 13.259/2016	15%
(=) Imposto Devido		<b>R\$ 69.764,90</b>

Fonte: GCAP 2021.

**b. Inventariar o bem pelo valor de mercado, e apurar o ganho de capital a ser pago pelo espólio com direito a utilização de redução da base de cálculo:**

<b>Quadro 3 - Procedimento de Inventário do Bem Imóvel</b>		
Andamento	Fundamento	Valor
Apuração do Valor Histórico do Imóvel	art. 23, §1º, da Lei n.º 9.532/97 c/c art. 130 do RIR/2018	R\$ 30.000,00
Atualização do Valor histórico do Imóvel	art. 23, §1º, da Lei n.º 9.532/97 c/c art. 130 do RIR/2018	R\$ 400.000,00

Recolhimento do ITCMD (4% Paraná)	art. 22 da Lei Estadual nº 18.573/201 c/c art. 16 do Regulamento do ITCMD Resolução Sefa nº 1.527/2015	<b>R\$ 16.000,00</b>
Pagamento da DARF de Ganho de Capital	art. 23, §2º, inc. I, da Lei nº. 9.532/97 c/c art. 152 do RIR/2018	R\$ 7.159,88
Declarar no IRPF do Herdeiro o Imóvel Recebido pelo Valor Atualizado de Mercado	art. 23, §3º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 400.000,00

Fonte: GCAP 2021.

<b>Quadro 4 - Procedimento de Apuração do Ganho de Capital</b>		
Andamento	Fundamento	Valor
Valor do Imóvel a Declarar no IRPF do Herdeiro	art. 23, §3º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 400.000,00
(-) Custo de Aquisição	art. 23, §4º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 30.000,00
(=) Ganho de Capital Tributável	art. 3, inc. I, IN SRF nº. 84/2001	R\$ 370.000,00
Percentual de Redução	art. 18, da Lei nº 7.713/1988	50%
(=) Redução		R\$ 185.000,00
(=) Subtotal		R\$ 185.000,00
(x) Fator de Redução (FR1)	art. 40, §1º, inc. I, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. I, do RIR/18	50,92%
(=) Redução		R\$ 94.215,43



(=) Subtotal		R\$ 90.784,57
(x) Fator de Redução (FR2)	art. 40, §1º, inc. II, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. II, do RIR/18	47,42%
(=) Redução		R\$ 43.052,01
(=) Subtotal		R\$ 47.732,56
(=) Ganho de capital tributável	art. 3, inc. I, IN SRF nº. 84/2001	R\$ 47.732,56
(x) Alíquota do IR	art. 21, inc. I, da Lei nº. 13.259/2016	15%
(=) Imposto Devido		<b>R\$ 7.159,88</b>

Fonte: GCAP 2021.

<b>Quadro 5 - Procedimento de Venda Posterior ao Inventário</b>		
Andamento	Fundamento	Valor
Valor da Venda		R\$ 500.000,00
(-) Custo de Aquisição Inventário	art. 23, §4º, da Lei nº. 9.532/97	R\$ 400.000,00
(=) Ganho de Capital Tributável	art. 3, inc. I, IN SRF nº. 84/2001	R\$ 470.000,00
Percentual de Redução Lei nº 7.713/1988	art.18 da Lei nº 7.713/1988 c/c art. 149 do RIR/18	0%
(=) Subtotal		R\$ 470.000,00
(x) Fator de Redução (FR1)	art. 40, §1º, inc. I, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. I, do RIR/18	0%
(=) Subtotal		R\$ 470.000,00
(x) Fator de Redução (FR2)	art. 40, §1º, inc. II, da Lei 11.196/2005 c/c art. 150, inc. II, do RIR/18	1,04%

(=) Redução		R\$ 1.042,69
(=) Subtotal		R\$ 98.957,31
(=) Ganho de Capital Tributável	art. 3, inc. I, IN SRF n°. 84/2001	R\$ 98.957,31
(x) Alíquota do IR	art. 21, inc. I, da Lei n°. 13.259/2016	15%
(=) Imposto Devido		<b>R\$ 14.843,59</b>

Fonte: GCAP 2021.<sup>31</sup>

Desse modo, com base nas projeções supramencionadas, podemos observar que, a tributação do ganho de capital, pode ser apurada de duas formas diferentes sobre o mesmo fato gerador.

Nas situações em que se recebe o imóvel pelo valor histórico, o total de tributação alcança o montante de R\$ 70.964,90, sendo ele composto pelo valor de R\$ 1.200,00 a título de ITCMD, e R\$ 69.764,90 a título de ganho de capital.

Em contrapartida, se o imóvel for recebido pelo valor atualizado de mercado, o total da tributação seria de R\$ 38.003,47, sendo ele composto pelo valor de R\$ 16.000,00 a título de ITCMD; R\$ 7.159,88 a título de ganho de capital no recebimento da herança; e R\$ 14.843,59 a título de lucro imobiliário auferido na venda do imóvel havido por herança. Conforme o

---

<sup>31</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/pagamento-do-imposto-de-renda-de-pessoa-fisica/ganho-de-capital/programa-de-apuracao-de-ganhos-de-capital-moeda-nacional/2021/programa-de-apuracao-dos-ganhos-de-capital-gcap2021>>. Acessado: 01.08.2021.

exemplo citado, na situação em que o herdeiro opte por receber o imóvel pelo valor atualizado de mercado, ele alcançaria uma economia de tributária de R\$ 32.961,43.

Frente ao exposto, no período em que o espólio apresenta suas declarações e suas obrigações tributárias, é crucial no processo sucessório que se observe a data de aquisição de cada imóvel de propriedade do *de cuius*, no intuito de constatar se há possibilidade de aplicação do art. 18 da Lei n.º. 7.713/1988 ao caso concreto, prevendo-se com isso uma redução na carga tributária do lucro imobiliário que será apurado numa posterior alienação do imóvel havido por herança.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se pode observar, com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador ao instituir a sucessão como um direito individual e fundamental, o fez por meio do direito a herança (art. 5º, inc. XXX), resguarda-se ao mesmo tempo, o direito familiar e o direito a propriedade, tanto do *de cuius*, quanto de seu núcleo essencial.

Como exposto anteriormente, por ser o direito à herança e o imposto de renda normas constitucionais de eficácia limitada, ambas dependem que o legislador por meio de regulamentação as integre por meio de legislação infraconstitucional.

A Lei n.º. 7.713/88 e a Lei n.º. 9.532/97 são responsáveis por integrar, tanto o direito à herança, quanto o imposto de renda. Entretanto, com a primeira norma, o legislador buscou priorizar a família e a função social da propriedade, já com a segunda norma, o legislador buscou reduzir benefícios

fiscais, e evitar a evasão do imposto de renda no momento da sucessão hereditária.

Desde a promulgação da Lei n.º 9.532/97, o legislador conferiu aos herdeiros do *de cuius* a possibilidade de escolher em qual momento se recolheria o imposto de renda do ganho de capital sobre o lucro imobiliário, com a seguinte previsão: **(i)** os herdeiros recebem os bens imóveis do *de cuius* pelo valor histórico, e postergam a apuração do ganho de capital para o momento de alienação do mesmo; ou **(ii)** os herdeiros recebem os bens imóveis do *de cuius* pelo valor atualizado de mercado, e cabe ao espólio a responsabilidade por apurar o ganho de capital, possibilitando com isso que o imóvel seja alienado futuramente sem pagar pagando-se valores mais justos a título de imposto de renda sobre o lucro imobiliário.

Com o intuito de tornar atrativo aos herdeiros receberem o bem pelo valor atualizado de mercado, o legislador previu um benefício de redução de base de cálculo do ganho de capital, o qual se encontra delimitado pelo art. 18, da Lei n.º 7.713/88 cumulado com o Art. 37, da MP n.º 252/05 e o art. 40, da Lei n.º 11.196/05.

Contudo, o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ganho de capital apresenta efeito preclusivo, por levar em conta o princípio da *droit de saisine*; e o princípio da *tempus regit actum*, isto é, ele apenas poderá ser usufruído pelos herdeiros no momento do recebimento dos bens pela sucessão hereditária, visto que apenas neste momento, os bens imóveis poderão ter o seu valor declarado atualizado para o preço de mercado.

Nesse passo, pode-se afirmar que ao se valer do planejamento sucessório prévio, os herdeiros estarão cientes de

todos os encargos e etapas do processo de inventário. Além da clareza de todo o procedimento, os herdeiros podem alcançar com isso uma economia tributária, visto que de antemão já terão conhecimento tanto do valor que deverá ser recolhimento a título de ITCMD, quanto do valor que deverá ser recolhido a título de ganho de capital pelo representante do espólio/inventariante/doador, se o imóvel for recebido pelo valor atualizado de mercado.

O presente trabalho, não deixa dúvida que, o inventário/doação e o recebimento da herança são dois momentos distintos, mas ao mesmo tempo estão amplamente interligados, constituindo direitos e obrigações tanto ao *de cuius*, quanto aos seus herdeiros.

Portanto, pode-se concluir que o luto é um estado emocional específico, que se inicia pela ameaça ou rompimento de um vínculo e se caracteriza como um período de enfrentamento da dor da perda, e no intuito de amenizar tal momento, o planejamento sucessório passa a ser um grande aliado dos herdeiros, e se for bem executado poderá gerar significativa redução de custos tributários, trazendo maior conforto e disponibilidade financeira aos herdeiros/sucessores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Lei nº 11.196, de 21 de Novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Medida Provisória nº 252, de 15 de Junho de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Mpv/252.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Mpv/252.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Instrução Normativa SRF nº 81, de 11 de Outubro de 2001. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14359>>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Lei nº 9.532, de 10 de Dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acessado em: 02.09.2021.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC, Lei 13.105/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**/Sacha Calmon Navarro Coelho. – 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15<sup>a</sup> Ed. revista atualizada e ampliada, Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3, contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LONGO, José Henrique. **Planejamento Tributário nas Sucessões**. In Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 123, p. 194/198. Exposição para o XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, São Paulo, 22-23-24/outubro/2014, sob a presidência de Regina Helena Costa e abertura do evento por José Renato Nalini.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 15. Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 22<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2010.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR



# OS IMPACTOS DA APLICAÇÃO DO ART. 6 § 7º-B DA LEI Nº 11.105/2005 FRENTE AO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

**Amanda Pereira Tomazoni<sup>1</sup>**

**Katia Caregnatto<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo realizar análise acerca da aplicabilidade prática do § 7º-B, incluído no artigo 6º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, em razão das alterações advindas da Lei nº 14.112 de 2020, em relação ao cumprimento do plano de recuperação judicial. Para tanto, primeiramente, será realizada breve exposição do tratamento do crédito tributário na recuperação judicial. Depois, demonstrar-se-á a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema e, por fim, será realizada análise

---

1 Advogada. Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial na Universidade FAE Business School.

2 Advogada. Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial na Universidade FAE Business School.

crítica acerca da permissão legal para promover atos de constrição patrimonial em face de empresas em crise.

**PALAVRAS-CHAVES:** Crítica. Recuperação. Judicial. Crise. Constrição.

## 1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de realização de atos constritivos em face de empresas em recuperação judicial no âmbito da execução fiscal é questão que há muito assola as discussões doutrinárias e decisões judiciais.

Por um lado, tem-se o interesse da Fazenda Pública em obter a satisfação da dívida tributária, não sujeita, por força de lei, ao concurso de credores.

Por outro, as empresas recuperandas apresentam o argumento de que eventuais penhoras ou bloqueios de bens e direitos prejudicariam o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Apesar dos esforços do Superior Tribunal de Justiça para tentar dirimir a controvérsia, diante da grave crise econômica e sanitária que assola o mundo, sobretudo em função da pandemia da COVID-19, a necessidade de reestruturação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência se mostrou urgente.

Sobreveio, então, a Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020, visando à atualização da legislação referente à recuperação judicial, extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

Dentre as inovações mais comentadas está a inclusão

do § 7º-B ao artigo 6º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o qual, para além de ratificar a não suspensão das execuções fiscais pela condição de deferimento do processamento da recuperação judicial da executada, passou a permitir expressamente a possibilidade de realização de constrição de bens de propriedade da recuperanda, cabendo ao juízo recuperacional deliberar sobre a essencialidade e substituição destes.

Em uma primeira análise, a redação inserta no § 7º-B parece trazer consigo uma grande responsabilidade: evitar a inadimplência tributária por parte das empresas em crise.

Entretanto, sob a perspectiva das empresas recuperandas, parece não ter o legislador se atentado para o fato de que, em decorrência da crise enfrentada, raros serão os casos em que o devedor possuirá capacidade financeira e econômica de oferecer outro bem em garantia à execução fiscal, sem que isso implique no comprometimento do cumprimento do plano de recuperação judicial.

A legislação sequer apresenta solução para a hipótese de inexistirem bens a serem dados em substituição pela recuperanda, de modo a permitir a penhora e alienação de bens essenciais à manutenção de suas atividades, em prol da satisfação da dívida tributária.

A bem da verdade, o dualismo, já enfrentado anteriormente à reforma da Lei nº 11.101/2005, parece não ter fim.

Neste viés, esta pesquisa promoverá a análise dos impactos da aplicabilidade no artigo 6º, §7º-B, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, frente ao cumprimento do plano de recuperação judicial e, via de consequência, ao soerguimento da empresa recuperanda.

Para tanto, de início, faz-se necessária breve exposição sobre o tratamento do crédito tributário na recuperação judicial. Depois, demonstrar-se-á a evolução da jurisprudência em relação ao tema e, em seguida, será realizada análise crítica acerca da permissão legal para proferir atos de constrição patrimonial em face de empresas em crise.

## 2. O CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A expressão “crédito tributário” designa o direito de cobrança oriundo de uma obrigação tributária consolidada por intermédio do lançamento, assim definido como procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação, determinar o valor do tributo devido, bem como identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, aplicar a penalidade cabível.<sup>3</sup>

Nos ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo<sup>4</sup>, o crédito tributário advém da formalização da obrigação tributária (dever de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária), depois que esta é tornada líquida, certa e exigível pelo lançamento.

---

<sup>3</sup> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

<sup>4</sup> Curso de Direito Tributário. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 69.

Aqui, diferentemente do que ocorre com os demais débitos da recuperanda, existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, o crédito tributário não se submete ao concurso de credores. É o que versa o artigo 187 do Código Tributário Nacional.<sup>5</sup>

Marlon Tomazette<sup>6</sup> esclarece que a exclusão aqui decorre do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, que não admitem a negociação sobre os créditos fiscais e, por tal razão, constituem óbice à sua inclusão no processo de recuperação.

Como corolário, o artigo 6º, § 7º-B, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, determina expressamente (assim o era antes mesmo da alteração promovida pela Lei nº 14.112/2020) que a execução fiscal, sua prescrição e as medidas de constrição realizadas, não serão suspensas em razão do deferido processamento da recuperação judicial.

Significa dizer, portanto, que a Fazenda Pública possui autonomia para executar diretamente os seus créditos no juízo especializado, mediante ajuizamento de ação de execução fiscal, podendo, inclusive, requerer ao juízo que sejam promovidos atos de constrição patrimonial.

Interessante novidade veio com a Lei Complementar nº 118/2005 que, adaptando o Código Tributário Nacional à

---

5 Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

6 Curso de Direito Empresarial. Volume 3. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo (SP). 2012, p. 259.

Lei de Recuperação de Empresas e Falência, mitigou a preferência do crédito tributário, o qual, até então, se dobrava apenas para os créditos trabalhistas e outros de cunho alimentar.<sup>7</sup>

Para o professor Sacha Calmon<sup>8</sup>, tal alteração legislativa veio com o intuito de beneficiar os bancos, sob a justificativa de obter-se a redução de juros de mercado com a proporcional redução do risco de inadimplência.

Lado outro, há quem defenda que a aludida modificação se deu com a finalidade de proporcionar o pagamento de outros credores, além do fisco.

Sobre o tema, Danúbio Tavares Alves<sup>9</sup> esclarece que, o fato de os créditos tributários gozarem de preferência em relação a quaisquer outros fazia com que nada - ou quase nada - restasse aos demais credores após o término do processo de recuperação ou de falência, não restando alternativa ao legislador senão relegar, na falência, o crédito tributário a um terceiro plano, isto é, depois dos créditos trabalhistas e daqueles com garantia real.

---

<sup>7</sup> Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Parágrafo único. Na falência: I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

<sup>8</sup> Curso de Direito Tributário Brasileiro. 17ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2020, p. 589.

<sup>9</sup> Créditos Tributários e Recuperação Judicial. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. v.10. ed. 2017, p. 26.

De uma forma ou de outra, resta evidente o privilégio na cobrança do crédito tributário frente aos efeitos da recuperação judicial, visto que o legislador permitiu o prosseguimento das execuções fiscais contra a recuperanda, afastando qualquer sujeição ao plano recuperacional e ao concurso de credores.

### **3. O TEMA Nº 987 DO STJ**

A possibilidade de, em sede de execução fiscal, serem praticados atos constritivos em empresas em recuperação judicial é questão que há muito assola as discussões doutrinárias e decisões judiciais.

Tanto é verdade que havia divergência de entendimentos no âmbito do STJ.

Os ministros da 1ª Seção se apoiavam em precedente da 2ª Turma, a qual entendia que a constrição patrimonial em face da recuperanda é possível quando evidenciada a sua inércia em adotar as medidas necessárias à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, notadamente em relação à adesão aos programas de parcelamento.

A título de exemplo, colacionam-se os julgados abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL (PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA). RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 71, § 4º, DO RI/STJ. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO-CONHECIMENTO. [...] o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de

Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembléia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

6. Conseqüência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

7. Não se aplicam os precedentes da Segunda Seção, que fixam a prevalência do Juízo da Falência sobre o Juízo da Execução Comum (Civil ou Trabalhista) para dispor sobre o patrimônio da empresa, tendo em vista que, conforme dito, o processamento da Execução Fiscal não sofre interferência, ao contrário do que ocorre com as demais ações (art. 6º, caput, da Lei 11.101/2005).

8. Ademais, no caso da Falência, conquanto os créditos fiscais continuem com a prerrogativa de cobrança em ação autônoma (Execução Fiscal), a possibilidade de habilitação garante à Fazenda Pública a atividade fiscalizatória do juízo falimentar quanto à ordem de classificação dos pagamentos a serem feitos aos credores com direito de preferência.

9. Deve, portanto, ser prestigiada a solução que preserve a harmonia e vigência da legislação federal, de sorte que, a menos que o crédito fiscal seja extinto ou tenha a exigibilidade suspensa, a Execução Fiscal terá regular processamento, mantendo-se plenamente respeitadas as faculdades e liberdade de atuação do Juízo por ela responsável. [...]



12. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no CC 112646 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2010/0112623-8 Relator(a) Ministro Herman Benjamin (1132) Órgão Julgador S1 - Primeira Seção Data do Julgamento 11/05/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 17/05/2011).

“[...] 8. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal. 9. Nesta última hipótese, seja qual for a medida de constrição adotada na Execução Fiscal, será possível flexibilizá-la se, com base nas circunstâncias concretas, devidamente provadas nos autos e valoradas pelo juízo do executivo processado no rito da lei 6.830/1980, for apurada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC). 10. Recurso Especial provido para reformar o acórdão hostilizado.”

(REsp 1488778/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 30/05/2016)

Já a 2ª Seção do STJ, composta pelas 3ª e 4ª Turmas que julgam matérias de Direito Privado, consubstanciada no princípio da conservação da empresa<sup>10</sup> - norteador do instituto da Recuperação Judicial -, delegava ao juízo universal a competência para definir a possibilidade de a Fazenda Pública requerer penhoras de bens e direitos em prol da satisfação do crédito tributário.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EXECUÇÃO. BENS. DESTINO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA FALÊNCIA. CONFLITO. SUCESSÃO RECURSAL IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, é cabível o pedido de restituição baseado no adiantamento de contrato de câmbio, pois os valores dele decorrentes não integram o patrimônio da massa falida ou da empresa concordatária (art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 - Lei do Mercado de Capitais). Porém, isso não significa, entretanto, que as execuções possam prosseguir em outro juízo que não o da recuperação judicial, pois cabe a este apurar, mediante pedido de restituição formulado pela instituição financeira, se o crédito reclamado é extraconcursal e, portanto, excepcionado dos efeitos da falência, sendo certo

---

<sup>10</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de 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.

que o conflito de competência não é a seara adequada à indigitada discussão, que depende de dilação probatória. 2. Assim, a fim de impedir que as execuções individualmente manejadas possam inviabilizar a recuperação Judicial das empresas, tem-se por imprescindível as suspensões daquelas, devendo os credores procurar no juízo universal a satisfação de seus créditos.”

(STJ. 2a.Seção, Ag.CC 113.861/GO, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, j.11.10.2011, g.n.)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ATOS EXPROPRIATÓRIOS ANTERIORES AO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL.

1. Os atos de execução dos créditos individuais e fiscais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, tanto sob a égide do Decreto -Lei n. 7.661/45 quanto da Lei n. 11.101/2005, devem ser realizados pelo Juízo universal. Inteligência do art. 76 da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

2. Por outro lado, o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deverá se dar perante o juízo federal competente, ao qual caberão todos os atos processuais, exceto a apreensão e alienação de bens.

3. Na hipótese em que os atos de constrição judicial tenham ocorrido anteriormente ao decreto de quebra ou ao deferimento do pedido de recuperação, eles devem ser liquidados e, após a auferição dos valores, estes deverão ser revertidos à massa falida ou encaminhados ao juízo da recuperação. Precedentes.

4. O advento da Lei nº 13.043/2014 não altera o entendimento jurisprudencial pacificado no

sentido de que compete ao juízo universal apreciar atos constritivos praticados contra o patrimônio de empresa recuperanda, ainda que oriundos de execuções fiscais. Precedentes.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no CC 147.485/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2020, DJe 18/02/2020)

Nesse cenário, com a finalidade de evitar decisões conflitantes, comprometendo, assim, a segurança jurídica e a isonomia, em sessão iniciada em 14/02/2018 e finalizada em 20/02/2018, o STJ afetou, conjuntamente, os Recursos Especiais nº 1.712.484/SP, 1.694.261/SP e 1.694.316/SP, sob a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos, fixando a seguinte tese jurídica: “Possibilidade da prática de atos constritivos em face de empresa em recuperação judicial em sede de execução fiscal”.

Tratava-se, pois, do Tema nº 987.

Prova disso é o teor do acórdão publicado em 27/02/2018, a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PROPOSTA DE AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS. 1. Questão jurídica central: “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal”. 2. Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos (afetação conjunta: REsp 1.694.261/SP, Resp 1.694.316 e Resp 1.712.484/SP).”

(ProAfR no REsp 1694261/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 20/02/2018, DJe 27/02/2018)

Na mesma oportunidade, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques, com fulcro no artigo 1.037, II, do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, determinou a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versassem sobre a questão e que se encontravam em trâmite no território nacional.

Entretanto, em razão do advento da Lei nº 14.112/2020, a 1ª seção do STJ determinou a desafetação do Tema Repetitivo nº 987.

Isso porque a supracitada lei incluiu o § 7º-B ao artigo 6º da Lei de Falência e Recuperação Judicial<sup>12</sup>, o qual passou a disciplinar, para além da não suspensão das execuções fiscais,

---

11 Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

[...]

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

12 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

[...]

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

a possibilidade de realização de atos de constrição de bens em face de empresas em recuperação judicial.

Ou seja, sob a ótica da Fazenda Pública e do STJ, o Tema nº 987 perdeu a eficácia, uma vez que ratificada, pelas alterações na Lei de Falência e Recuperação Judicial, promovidas pela Lei nº 14.112/2020, a não suspensão da execução fiscal ajuizada em face de empresa em recuperação judicial, sendo a penhora possível.

Caberia, pois, ao juízo da recuperação judicial verificar a viabilidade da constrição efetuada em sede da execução fiscal, observando as regras do pedido de cooperação jurisdicional, podendo determinar eventual substituição a fim de que não fique inviabilizado o plano de recuperação judicial.

Como corolário, determinou-se o cancelamento do Tema nº 987, bem como o levantamento da suspensão nacional de processos relacionados ao repetitivo, anteriormente afetado.

#### **4. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES (JUÍZO DA EXECUÇÃO E UNIVERSAL)**

Não obstante as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, em razão da inserção do § 7º-B ao artigo 6 da Lei de Falência e Recuperação Judicial, é importante consignar que a permissão legal de prosseguimento da demanda executiva não significa absoluta liberdade para que sejam promovidas medidas de constrição patrimonial em face de empresas recuperandas.

Em verdade, a aplicação de tal disposto exige a observância do princípio da cooperação<sup>13</sup>, o qual traduz-se em um diálogo entre as partes.

Sobre o tema, Fredie Didier Junior<sup>14</sup> explica que o princípio em tela reflete a ideia de uma participação ativa do magistrado, de modo a, muito além da aplicação adequada da norma, conduzir o feito como agente colaborador do processo.

Humberto Theodoro Junior<sup>15</sup> destaca que a cooperação jurisdicional é importante e indispensável, sobretudo, no processo de execução, eis que facultado às partes convencionar sobre qual bem recairá a penhora, em homenagem ao princípio da menor onerosidade ao devedor.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que na hipótese de uma ação de execução fiscal ajuizada em face de empresa em recuperação judicial, tema objeto deste trabalho, a cooperação entre os juízos (universal e de execução) se tornaria necessária para preservar o melhor interesse das partes, bem como para obter-se a conformidade das decisões/medidas judiciais.

Isso porque, em que pese a intenção da Fazenda Pública de evitar o inadimplemento tributário, de modo a resguardar o interesse público, representado pelo crédito tributário, não se pode olvidar que a recuperação judicial tem um viés

---

13 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

14 JUNIOR, Fredie Didier. Revista de Processo. 2006, p. 76

15 Curso de Direito Processual Civil. 59ª. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2018, p.113.

de coletividade, isto é, tem como finalidade garantir a saúde financeira da sociedade, preservar empregos e minimizar o impacto na economia.

Marcelo Barbosa Sacramone<sup>16</sup> defende que o instituto teria sido criado para permitir ao devedor rediscutir com os seus credores, num ambiente institucional e colaborativo, a viabilidade econômica da empresa e de sua condução pelo empresário para a satisfação das obrigações sociais, conforme plano de recuperação proposto e que, se aprovado pelos credores em Assembleia Geral, implicará a novação de suas obrigações.

Com efeito, serve o princípio da cooperação para unir juízos com interesses opostos, em prol da satisfação do débito fiscal, sem que isso implique em violação ao princípio da função social da empresa ou resulte em prejuízo aos demais credores da recuperanda.

Nesse cenário, a redação do § 7º-B do artigo 6º da Lei de Falência e Recuperação Judicial, embora sem intenção de impossibilitar o deferimento de atos de constrição patrimonial pelo juízo da execução, ressaltou a competência do juízo da recuperação judicial para decretar a substituição da penhora lavrada sobre bens de capital necessários à manutenção da atividade empresarial.

Segundo Sacramone<sup>17</sup>, a razão de ser da supremacia

---

<sup>16</sup> Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2021, p. 391.

<sup>17</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2021, p. 131.



dessa regra de competência é resguardar o patrimônio da empresa recuperanda contra expropriação que potencialmente prejudique o plano de recuperação.

Afinal, ao contrário do juízo da execução fiscal, o juízo da recuperação possui amplo conhecimento da situação econômica da executada, uma vez que a ele compete aprovar o plano de recuperação e realizar o acompanhamento do soerguimento da empresa recuperanda.

## **5. IMPACTOS DA POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DE BENS FRENTE AO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO**

Em uma primeira análise, parece o legislador ter encontrado uma solução para o dualismo acerca da possibilidade de realização de atos constritivos em face de empresa em recuperação judicial no âmbito da execução fiscal, qual seja: havendo penhora incidente sobre bens essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, o juízo universal, em cooperação com o juízo da execução fiscal, poderá determinar a substituição da constrição imposta.

Contudo, como bem assevera Manoel Justino Bezerra Filho<sup>18</sup>, a redação do § 7º-B do artigo 6º da Lei de Recuperação Judicial e Falência traz consigo disposição de difícil aplicação

---

<sup>18</sup> FILHO, Manoel Justino Bezerra. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 15ª edição: Lei Editora Saraiva. Revista dos Tribunais. 2021, p. 104-105

prática, sobretudo diante da controvérsia acerca do conceito de “bem essencial”, cuja definição não é outorgada por lei, mas por doutrina e jurisprudência.

Para Sacramone<sup>19</sup>, por bens de capital devem ser entendidos os bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, utilizados no processo produtivo para gerar outros produtos ou serviços e que não são consumíveis ou destinados à alienação pela atividade empresarial desenvolvida.

Também nesse sentido foi o entendimento do STJ quando do julgamento do REsp 1.758.746/GO, de lavra do Ministro Bellizze:

“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO “BEM DE CAPITAL”. NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...] 1.1 A conceituação de “bem de capital”, inclusive como pressuposto lógico ao subseqüente juízo de essencialidade, há de ser objetiva. Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo,

---

19 SACRAMONE, Marcelo Barborsa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2021, p. 433.

a abrangência do termo “bem de capital”, conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o “bem de capital”, que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda.

[...] “bem de capital”, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do stay period.”

(REsp 1758746/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 01/10/2018)

A título de exemplo, utilizando-se da *teoria da subtração* para encontrar os bens que supostamente seriam essenciais à empresa em crise, os professores Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli<sup>20</sup> citam a máquina de brunir e um forno industrial a gás no caso em que a sociedade empresarial tem como atividade principal a fabricação de peças e motores de combustão e transmissões mecânicas.

Na hipótese em questão, fica claro que os bens são de fato indispensáveis à manutenção das atividades da empresa, pois, sem eles, a sociedade ficaria impossibilitada de exercer sua atividade principal, podendo ensejar, inclusive, a convocação da

---

<sup>20</sup> AYOUB, Luiz Roberto. CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

recuperação judicial em falência.

Em suma, bens de capitais essenciais são aqueles usados na produção por uma empresa. Como dinheiro não se enquadra nessa definição, abre-se a possibilidade de penhora de faturamento.

Entretanto, no atual cenário econômico, quase a totalidade das empresas, quando submetidas ao pedido de recuperação judicial, já não possui caixa, ativos, dinheiro, etc. Nessas hipóteses, qualquer constrição, principalmente aquela que envolva ativos financeiros, é extremamente prejudicial.

Maior exemplo não há, senão a crise mundial enfrentada, sobretudo, em razão da pandemia de COVID-19, que, em decorrência das diversas restrições impostas ao funcionamento das empresas, gerou desemprego e fome.

Como corolário, muitos empresários brasileiros se socorreram da recuperação judicial, em uma tentativa de preservar sua atividade, assegurar o cumprimento da sua função social, a manutenção do emprego dos trabalhadores, a fonte de arrecadação tributária, bem como a circulação de riquezas na sociedade.

Em levantamento realizado pela Serasa Experian<sup>21</sup>, verificou-se que os pedidos de recuperação judicial aumentaram 48,4% em maio de 2021, em relação a abril do mesmo ano. Segundo o estudo, foram 92 pedidos no mês, principalmente de micro e pequenas empresas.

---

<sup>21</sup> Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

Na comparação anual com maio de 2020, houve uma queda de 2,1% no total de solicitações.

Nesse cenário, sob a perspectiva da empresa em recuperação judicial, pode-se depreender que esta dificilmente possuirá bens livres para dar em substituição à penhora lavrada e, em tais hipóteses, a lei se mantém omissa quanto à liberação da constrição, permitindo a manutenção da medida sobre o bem em prol da satisfação da dívida tributária e, via de consequência, podendo prejudicar potencialmente o cumprimento de sua função social.

A bem da verdade, o dualismo, já enfrentado anteriormente à reforma da Lei 11.101/2005, parece não ter acabado.

A aplicação da Lei de Recuperação Judicial e Falência deve atentar para a teoria da superação do dualismo pendular proposta por Daniel Carnio Costa e reconhecida pelo STJ no REsp nº 1.337.989/SP, de lavra do Eminentíssimo Ministro Luís Felipe Salomão:

“[...] Agora, pela teoria da superação do dualismo pendular, há consenso, na doutrina e no direito comparado, no sentido de que a interpretação das regras da recuperação judicial deve prestigiar a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, e não os interesses de credores ou devedores, sendo que, diante das várias interpretações possíveis, deve-se acolher aquela que buscar conferir maior ênfase à finalidade do instituto da recuperação judicial.”

(STJ - REsp: 1337989 SP 2011/0269578-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2018)

Significa dizer que a hermenêutica conferida à Lei de Recuperação Judicial e Falência deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.

Com efeito, o entendimento atual da jurisprudência, mesmo após as alterações provocadas pela Lei nº 14.112/2020 e a desafetação do Tema nº 987 pelo STJ, reconhece que a recuperação judicial não suspende o curso de execução fiscal, mas mantém o posicionamento no sentido de que se deve priorizar o soerguimento da empresa em dificuldades financeiras, de modo que a pretensão executória seja submetida, em primeiro lugar, à análise do juízo universal:

“[...] Mesmo diante das inovações introduzidas na Lei nº 11.101/2005 pela novel Lei nº 14.112/2020, de que é exemplo o § 7º-B acrescido ao art. 6º, ainda parece haver espaço para se aplicar o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte no sentido de que, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, a pretensão construtiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser submetidas a análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.”

(STJ-CC: 178234 SC 2021/0079995-2, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 29/03/2021)

“[...] Configurada a situação tendente à redução do patrimônio da empresa recuperanda, há necessidade do controle, pelo Juízo da recuperação, dos atos executivos voltados à constrição, tudo a fim de preservar tanto o direito creditório quanto a viabilidade do plano de recuperação, judicial na linha da jurisprudência desta Corte.”

(STJ - CC: 175976 MG 2020/0298869-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 18/02/2021)

Manteve-se, pois, o posicionamento da Segunda Seção do STJ, segundo o qual, conquanto não se suspendam as execuções fiscais contra empresas em recuperação judicial, é vedado ao juízo da execução proferir atos judiciais que reduzam, comprometam ou excluam parte do patrimônio da empresa recuperanda, para que não se obste o cumprimento do plano aprovado.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dentre as inovações mais comentadas da Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020, está a inclusão do § 7º-B ao artigo 6º da Lei de Falência e Recuperação Judicial, o qual, para além de ratificar a não suspensão das execuções fiscais pela condição de deferimento do processamento da recuperação judicial da executada, passou a permitir expressamente a possibilidade de realização de constrição de bens de propriedade da recuperanda.

Desta forma, em regra, os atos expropriatórios deverão ser determinados pelo próprio juízo da execução fiscal. Somente na hipótese de o ato de constrição recair sobre bem de capital essencial à manutenção da atividade empresarial é que a competência para deliberar acerca da substituição da penhora será transferida ao juízo da recuperação judicial.

Na prática, observa-se, porém, que a introdução deste dispositivo, além de difícil aplicação, parece não respeitar os princípios basilares da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, quais sejam: preservação da empresa, função social, participação ativa dos credores, e estímulo à atividade econômica.

A um porque não há uma definição legal do conceito de “bens de capital essencial”, deixando margem à subjetividade.

A dois porque a lei é omissa quanto à hipótese de inexistência de bens a serem nomeados à substituição da penhora lavrada, de modo a permitir a manutenção da medida sobre o bem em prol da satisfação da dívida tributária e, via de consequência, podendo prejudicar potencialmente o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Soma-se a isso a acentuada crise econômico-financeira mundial causada, sobretudo, em virtude da pandemia de COVID-19, ao passo que toda e qualquer penhora afeta significativamente o soerguimento da empresa recuperanda.

Não por outro motivo, a jurisprudência atual, mesmo após as alterações provocadas pela Lei nº 14.112/2020 e a desafetação do Tema nº 987 pelo STJ, fiel aos propósitos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, reconhece que a recuperação judicial não suspende o curso de execução fiscal, mas mantém o posicionamento no sentido de que se deve priorizar



o soerguimento da empresa em dificuldades financeiras, de modo que a pretensão executória seja submetida, em primeiro lugar, à análise do juízo universal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Danúbio Tavares. **Créditos Tributários e Recuperação Judicial**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. v. 10. p, 15-46. 2017. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/163/152>. Acesso em: 15 ago. 2021.

AYOUB, Luiz Roberto. CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino Bezerra. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005**. Comentado artigo por artigo. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 30 ago. de 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm). Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). Agravo Regimental nº 113.861/GO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EXECUÇÃO. BENS. DESTINO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA FALÊNCIA. CONFLITO. SUCEDÂNEO RECURSAL IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. Agravante: BANCO BRADESCO SA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJE: 11 de out. de 2011. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18140542&num\\_registro=201001578919&data=20111011&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18140542&num_registro=201001578919&data=20111011&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção). Agravo Regimental nº 112.646/DF. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL (PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA). RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 71, § 4º, DO RI/STJ. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO-CONHECIMENTO.

Agravante: VIPLAN VIAÇÃO PLANALTO LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Herman Bjenamin. Julgamento 11/05/2011 Data da Publicação/Fonte. DJe 17/05/2011. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15125207&num\\_registro=201001126238&data=20110517&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15125207&num_registro=201001126238&data=20110517&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 30 ago. 2021.

Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJE: 11 de out. de 2011. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18140542&num\\_registro=201001578919&data=20111011&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18140542&num_registro=201001578919&data=20111011&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma). Recurso Especial nº 1.488.778/SC. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: AIRELA INDÚSTRIA FARMACEUTICA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Relator: Min. Herman Benjamin. Data do Julgamento 23 de fevereiro de 2016. DJE: 30 de maio de 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57056266&num\\_registro=201402670112&data=20160530&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57056266&num_registro=201402670112&data=20160530&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). Agravo Interno nº 147.485/SP. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ATOS EXPROPRIATÓRIOS ANTERIORES AO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. SUSCITANTE: DEDINI S/A INDÚSTRIAS DE BASE - EM

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CÍVEL DE PIRACICABA - SP E JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DE PIRACICABA - SJ/SP. Relator: Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 12 fev. 2020. Dje: 18 fev. 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106306646&num\\_registro=201601778609&data=20200218&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106306646&num_registro=201601778609&data=20200218&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção). Recurso Especial nº 1694261/SP. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PROPOSTA DE AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS. Recorrente: MASTRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Recorrida: FAZENDA NACIONAL. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgado em 20/02/2018, Dje 27/02/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=129569484&num\\_registro=201702266942&data=20210628&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=129569484&num_registro=201702266942&data=20210628&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma) Recurso Especial nº 1758746/GO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO “BEM DE CAPITAL”. NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrida: REGIA COMERCIO DE INFORMATICA LTDA “EM RECUPERACAO JUDICIAL” EM RECUPERACAO JUDICIAL. Relator: Marco Aurélio

Belize. Julgado em 25/09/2018, DJe 01/10/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86998199&num\\_registro=201801408692&data=20181001&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86998199&num_registro=201801408692&data=20181001&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). Recurso Especial nº 1337989/SP. RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Recorrente: Banco do Brasil SA. Recorrida: W S INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2015, Data de Publicação: DJe 04/06/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84068561&num\\_registro=201102695785&data=20180604&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84068561&num_registro=201102695785&data=20180604&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). Conflito de Competência nº 178234 SC 2021/0079995-2. SUSCITANTE: BONATO COUROS SA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CÍVEL DE JOAÇABA - SC SUSCITADO :JUÍZO DA VARA DO TRABALHO DE JOAÇABA – SC. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 29/03/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=123444437&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202100799952&data=20210329&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=123444437&tipo_documento=documento&num_registro=202100799952&data=20210329&tipo=0&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). Conflito de Competência nº 175976/MG. SUSCITANTE: TRANVALENTE LOGISTICA LIMIDADA EM RECUPERACAO JUDICIAL. SUSCITADO :JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA CÍVEL DE VESPASIANO - MG

SUSCITADO :JUÍZO DA 2A VARA DO TRABALHO DE CORONEL FABRICIANO – MG. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 18/02/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=120489601&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202002988691&data=20210218&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=120489601&tipo_documento=documento&num_registro=202002988691&data=20210218&tipo=0&formato=PDF). Acesso em: 19 ago. 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Revista de Processo. São Paulo. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

SERASA. Indicadores Econômicos. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Volume 3. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

Luiz Antônio Câmara  
Gabriel Rodrigues de Carvalho  
Mariana de Aguiar Buerger  
Letícia de Souza Baddauy  
Guilherme Kloss Neto  
Amanda Buseti Mori Santos  
Leandro Cavalcante Lima  
Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro  
Patrícia Botter Nickel  
João Alberto Diniz dos Santos  
Sérgio Ney Cuéllar Tramujas  
Amanda Pereira Tomazoni  
Katia Caregnatto

