

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 42

Nº 1 - Mai./Out.2025



Sebastião Eurico Gonçalves de Lacerda
Ministro do STF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 42
Mai./Out.25

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

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

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2024 - volume 42, n. 1
(mai./out.25)

Semestral

Disponível em: <[https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/](https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF)
EMARF>

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF (2025-2027)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor Adjunto de Publicações

Desembargador Federal Macário Ramos Júdice Neto

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Aline Mayor Cardoso da Silva

Anderson Braga de Oliveira

Andrea de Moura Garcia

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Roque Bonfante de Almeida

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

Conselho Editorial

Membros Natos (2025-2027)

Diretor-Geral da EMARF

- **Aluisio Mendes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

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

Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Marcelo Pereira da Silva**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região
(2025/2027)

Presidente

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Vice-Presidente

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Corregedor Regional

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Membros

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS
Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS
Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA
Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA
Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO
Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR
Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO
Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS
Desembargador Federal ALFREDO HILARIO DE SOUZA
Desembargadora Federal CLÁUDIA FRANCO CORRÊA
Desembargador Federal ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
A COMPREENSÃO HODIERNA ATINENTE ÀS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS	13
Albertina Maria Anastácio	
VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA E JURISDIÇÃO FUNCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO.....	45
André R. C. Fontes	
OS DESAFIOS DO REGISTRO DE MARCAS DE POSIÇÃO NO INPI: UMA ANÁLISE DO CASO LOUBOUTIN	53
Carolina Turnes Moreira	
GRATUIDADE NO PROCESSO CIVIL: LEGISLAÇÃO, APLICAÇÃO E REALIDADE DO BENEFICIÁRIO	81
Cleverson Martins Nolasco de Oliveira	
REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA 347 DO STF E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....	107
Flávia Dantas Soares, Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado e Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira	
A TEORIA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES DO MERCADO DE INFLUÊNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	125
Maria Eduarda Bandeira Vecchiati da Silva	
O PAPEL DO ESTADO COMO ELEMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO.....	153
Reis Friede	

APRESENTAÇÃO

O Volume 42 da Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF traz novas questões relevantes para o debate jurídico e as reflexões importantes para o aprimoramento da magistratura.

Os artigos deste volume versam sobre importantes temas do Direito, como o exercício da jurisdição brasileira na Zona Econômica Exclusiva em caso de violação de Direitos Humanos. As desonerações constitucionais, em forma de imunidades tributárias. A Teoria da Confiança no mercado de influência digital, destacando sua relevância nas relações jurídicas e comerciais. A gratuidade judiciária e a garantia do acesso à justiça, especialmente aos financeiramente hipossuficientes. Bem como as considerações sobre o papel do Estado como elemento de Concreção do Direito, através da Efetivação da Soberania Nacional, entre outros temas.

As contribuições deste volume demonstram a dedicação à pluralidade de ideias e ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Reiteramos nossos agradecimentos aos autores por submeterem trabalhos de tão alto nível e qualidade.

Desejamos que todos aproveitem ao máximo a leitura.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Desembargador Federal

Diretor-Geral da EMARF

A COMPREENSÃO HODIERNA ATINENTE ÀS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: Este trabalho investiga as desonerações constitucionais, em forma de imunidades tributárias, que exteriorizam um contexto multifacetado, relevando particularidades que firmam a relevância temática, apresentando considerações relativas aos arcahouços doutrinário e jurisprudencial, quanto ao tema. O estudo tem como objeto, a análise das imunidades tributárias no Brasil, como limitações ao poder de tributar. A pesquisa tem como objetivo, analisar os institutos jurídicos das imunidades tributárias, à luz da doutrina e da jurisprudência brasileira. Os métodos de abordagem e de procedimentos adotados são o exploratório e o qualitativo. Após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial comparada, conclui-se que (i) a Constituição da República ao escolher determinados valores humanos e sociais, para fixar as normas jurídicas sobre as imunidades tributárias, concede ao direito tributário, uma perspectiva mais humana e social; bem como, (ii) é mister a adoção da Teoria da Análise Econômica do Direito (AED), pela aplicabilidade da hermenêutica jurídica, do método de interpretação teleológico, para que haja integração dos conhecimentos jurídicos, com o alcance do conteúdo econômico.

Palavras-chave: Imunidades Tributárias – Jurisprudência – Análise Econômica do Direito (AED) – Interpretação Teleológica

TODAY'S UNDERSTANDING REGARDING TAX IMMUNITIES

Abstract: This paper investigates constitutional exemptions in the form of tax immunities,

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

which externalize a multifaceted context, highlighting particularities that establish the thematic relevance, presenting considerations regarding the doctrinal and jurisprudential frameworks on the subject. The study has as its object the analysis of tax immunities in Brazil, as limitations to the power to tax. The research aims to analyze the legal institutes of tax immunities, in light of Brazilian doctrine and jurisprudence. The methods of approach and procedures adopted are exploratory and qualitative. After bibliographical and comparative jurisprudential research, it is concluded that (i) the Constitution of the Republic, when choosing certain human and social values, to establish the legal norms on tax immunities, grants tax law a more human and social perspective; as well as, (iii) it is necessary to adopt the Theory of Economic Analysis of Law (EAL), through the applicability of legal hermeneutics, of the teleological interpretation method, so that there is integration of legal knowledge, with the scope of economic content.

Keywords: Tax Immunities – Jurisprudence – Economic Analysis of Law (EAL) - Teleological Interpretation

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao criar os tributos, como receita derivado do Estado brasileiro, estabeleceu balizas. De um lado, apresenta a partilha dessa receita em competências tributárias, mas em contrapartida, estabelece limitações ao poder de tributar. Dessa forma, o instituto jurídico das imunidades tributárias é de significação própria e de verdadeira importância no campo tributário.

Deve ser ressaltado, no entanto, que essas balizas não são taxativas, no corpo constitucional, posto que diversas outras limitações ao poder de tributar estão fora dessa Seção Constitucional.

Isto porque, existem normas infraconstitucionais que vêm delimitar o poder de tributar, complementando o desenho do campo material, quanto à incidência tributária, sobretudo pelas leis complementares, que regulam as limitações ao poder de tributar, que merecem grande relevo nesse desenho material, em comento.

O presente artigo não trata dos princípios relativos às limitações ao poder de tributar, mas tem por escopo, analisar os institutos jurídicos da imunidade e isenção tributária.

Existe uma multiplicidade de artigos científicos, livros e ensaios publicados sobre a temática, que reconhecem a complexidade da matéria tributária, ora analisada. Nesse entendimento, é forçoso reconhecer a inserção dos direitos humanos e sociais na tributação, consoantes explanações desenvolvidas neste trabalho.

1. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

Ab initio, cumpre esclarecer que o direito brasileiro reservou a atividade econômica para a iniciativa privada, onde vigora, em regra o princípio da liberdade econômica que permite que os indivíduos podem exercer atividades econômicas e gerar reservas, sem a interferência absoluta do Estado.

Em conformidade com o inciso IV, do artigo 1º, da Constituição da República, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Em sintonia, o *caput* do artigo 170, do texto Constitucional, ainda prevê o seguinte:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais;**

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019 (Grifos ausentes no original))

Observa-se, no entanto, que a livre iniciativa tem o campo de proteção, um ângulo mais ampliado, englobando as liberdades parciais, compostas pela liberdade econômica e a liberdade de concorrência.

Nesse seguimento, foi dedicada a atividade financeira para ser exercida pelo Estado. Isto porque o Estado precisa do exercício da atividade financeira para poder realizar os seus intentos estatais, pelo atendimento das necessidades públicas e coletivas, sendo que a aquisição de dinheiro é a finalidade nodal da atividade financeira estatal, para que o Estado possa a realizar as necessidades dos indivíduos pela aplicação das receitas arrecadadas.

Para melhores esclarecimentos, cumpre apresentar os dados relativos à carga tributária bruta brasileira, pela Tabela 1, a seguir:

Tabela 1: CARGA TRIBUTÁRIA BRUTA BRASILEIRA

COMPONENTES	2022	2023
Produto Interno Bruto	10.079,68	10.943,34
Arrecadação Tributária Bruta	3.327,67	3.513,94
Carga Tributária Bruta	33,01%	32,11%

Fonte: RFB e IBGE

Insta esclarecer que a carga tributária bruta é definida como a razão entre a arrecadação de tributos e o PIB a preços de mercado (ambos nominais).

De acordo com a tabela acima, pode ser observado que o PIB, no ano de 2023, apresentou um aumento real de 3,2%, em relação ao ano de 2022, superando o valor de R\$ 10 trilhões (valores correntes).

Em conformidade com os dados estatísticos da Receita Federal do Brasil supracitados, a carga tributária do Brasil, no ano de 2023 atingiu o índice de 32,11%, o que representa uma redução significativa, com relação ao exercício anterior, do ano de 2022.

Observa-se, assim, a existência de uma carga tributária elevada, relativa à uma parcela considerável do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro; o que na prática, apresenta como sujeitos passivos, com maior oneração, os trabalhadores, como também as sociedades empresárias de médio porte, estimulando, de forma indireta a sonegação fiscal.

As sociedades empresárias de grande porte, malgrado apresentem também, um “bolo fiscal” alto para que seja arrecadado, o impacto é menor, pois, em regra, essas empresas apresentam planejamento tributário e têm mais recursos financeiros, no tocante à sua capacidade tributária; além de serem também beneficiadas, com o tratamento diferenciado tributário.

Em consonância com a redação do Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Economia, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, publicado no DOU de 27/07/2020, uma das missões da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) é a administração tributária, em prol da sociedade brasileira.

Art. 1º A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Economia, tem por finalidade:

I - planejar, coordenar, supervisionar, executar, controlar e avaliar as atividades de administração tributária federal e aduaneira, incluídas aquelas relativas às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e às contribuições devidas a terceiros, assim entendidos outros fundos e entidades, na forma da legislação em vigor;

(...)

Convém observar que, na realidade, a maior parte da arrecadação tributária é aplicada no pagamento dos juros de dívida externa, ao invés de ser utilizada

em favor da sociedade brasileira, seja em educação, saúde, segurança, dentre outros segmentos.

2. O PODER DE TRIBUTAR E AS SUAS LIMITAÇÕES

A competência da Constituição da República vem instituir tributos, como receita derivada do Estado, e de forma legislativa, vem descrever as respectivas hipóteses de incidência, precisando o fato gerador da obrigação tributária, além de identificar os sujeitos passivos da relação tributária, determinar as suas bases de cálculos e a suas alíquotas.

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

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

Assim também, conforme se posiciona, Eduardo Sabbag (2024), o poder de tributar (*ius imperium*), como não é absoluto, apresenta regramentos, como refreamentos para o exercício arbitrário da tributação, amoldando-se à carga valorativa, esboçada no texto constitucional. (Sabbag, 2024)

Hugo de Brito Machado (2010) estabelece uma diferença para o poder de tributar, em relação à competência tributária. O poder é a aptidão para realizar a vontade Estatal, enquanto que a competência está adstrita ao próprio direito, não existindo assim, fora do sistema normativo, consoante palavras infracitadas:

No contexto da Teoria do Direito Tributário a expressão “poder de tributar” não se confunde com a expressão “competência tributária”. A palavra “poder” tem significado que transcende a ideia de Direito, que está presente na palavra “competência”. “Poder” e a aptidão para realizar a vontade, seja por que meio for. Com, sem ou contra a lei. E do

mundo dos fatos, e existe independentemente do sistema normativo. Já a palavra “competência” alberga a ideia de Direito. Tem competência quem recebe atribuição outorgada pelo Direito. E do mundo das normas, e não existe fora do sistema normativo. (Machado, 2010, p. 33)

É cediço que a temática da competência tributária integra a organização jurídica do Estado e assim, a matéria está inserida na Constituição da República.

No campo tributário, somente as pessoas jurídicas de direito público, dotadas de poder legislativo detêm competência tributária, tendo em vista que a mencionada competência somente poderá ser exercida através de lei.

As limitações ao poder de tributar cabe a lei complementar (e não à lei ordinária) a regulação da matéria, nos termos do inciso II, artigo 146, da Magna Carta.

3. DIREITO COMPARADO

No Império Romano, havia o instituto dos *immunitas*, que exonerava determinadas pessoas ou situações de pagar *tributum*. No século XVIII, em França, a imunidade equiparava a um privilégio, considerando que tanto o clero, quanto os nobres não aceitavam recolher os impostos como gente comum (Carneiro, 2024) Na verdade, a intributabilidade absoluta da Igreja continuou ao longo dos tempos.

A experiência norte-americana foi a linha-mestra do direito tributário brasileiro, quanto às imunidades.

Na Constituição norte-americana, ou nas suas Emendas, aparecem, de forma expressa, o princípio da *Reciprocal immunity of Federal and State Instrumentalities*. Hamilton, pela teoria dos poderes implícitos, defendeu, desde a Convenção de Filadélfia, a expansão da competência federal. Como consequência dessa política, nasce o pensamento da criação de um banco nacional.

O Estado de Maryland e diversos outros Estados estadunidenses lançaram impostos sobre as caixas filiais do Banco Nacional e este recusou pagá-los. O magistrado norte-americano Marshall declarou a inconstitucionalidade do tributo.

Gray defendia a ideia de que os impostos federais não poderiam recair sobre as dívidas públicas dos Estados ou Municípios.

Nos anos mais recentes, houve uma tentativa de tributar os salários dos funcionários da *New York Port Authority*. Este é um caso específico, tendo em vista que os Estados-membros cobram imposto sobre a renda, diferindo da situação brasileira, onde esta competência privativa é tão-somente da União.

Conclui-se que nos tempos hodiernos, houve uma mudança do pensar jurídico norte-americano.

A Constituição Argentina de 1853 espelhou-se no direito norte-americano. Carlos Adrogué (1943) faz um confronto a respeito dos dois direitos (norte-americano e argentino) sobre a tributação de instrumentos governamentais:

Da mesma forma que o poder tributário provincial se detém diante da ação específica dos bancos nacionais, não podendo obstaculizar, frustrar ou interferir nela, o poder tributário federal não pode ser exercido sobre os bancos provinciais criados para promover o melhor cumprimento dos propósitos governamentais. A imunidade de impostos federais é um dos pressupostos necessários do regime institucional dos poderes nacionais e locais sobre o mesmo território, mas não pode ir além do estritamente necessário. O Congresso tem maior latitude do que as legislaturas provinciais na escolha de meios convenientes para assegurar a finalidade perseguida, o objeto dos poderes delegados, de modo que pode levar a isenção além da imunidade que necessariamente surgiria mesmo diante de seu silêncio; entretanto, as legislaturas provinciais não têm o poder de conceder aos seus instrumentos de governo qualquer outra isenção que não esteja contida na imunidade constitucional implícita. Por sua vez, tanto o Congresso quanto as legislaturas locais podem renunciar à imunidade em favor de impostos locais ou nacionais, respectivamente. (Adrogué, 1943, p. 87; tradução nossa)

Gustavo Ingresso (1956), jurista italiano, leciona que por exceção, o poder de tributar sofre abstenção, limitando assim, a soberania financeira: “Por sua vez, o Estado, dentro de seu território, às vezes se abstém de exercer o poder de tributar sobre bens, atos ou fatos que seriam tributáveis segundo sua lei, o que constitui uma limitação de sua soberania financeira.” (Ingresso, 1956, p. 110)

Renato Alessi, por sua vez, em sua obra “Sistema Istituzionale del Diritto

Amministrativo Italiano” inclui a exoneração do pagamento de tributo entre os procedimentos mediante os quais a administração renuncia aos próprios direitos (Alessi, 1960).

4. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

De acordo com Ruy Barbosa Nogueira, a incidência tributária é o fato descrito na lei, para incidir o tributo, *in verbis*:

Incidência é o fato de a situação previamente descrita na lei ser realizada e incidir no tributo, dar nascimento à obrigação tributária. Neste caso, a situação está incluída no campo da tributação. Tecnicamente, se diz que é a ocorrência do fato gerador do tributo ou que o tributo, como expressão da lei, incide na relação fática previamente tipificada e efetivamente realizada. (Nogueira, 1993, p. 166)

A incidência de um tributo pode ser verificada, quando o fato ocorrido se enquadra no modelo previsto, abstratamente, pela lei, qual seja, na hipótese de incidência do tributo legalmente definida.

Em conformidade com o pensamento de Vittorio Cassone: “Incidência é a situação em que o tributo é devido por ter ocorrido o respectivo fato gerador” (Cassone, 1994, p. 86)

5. NÃO-INCIDÊNCIA

Em sentido lato, haverá não-incidência quando a ocorrência do fato não se enquadrar na tipicidade tributária.

Em sentido estrito, existirá hipótese de não-incidência quando o fato ocorrido for parcialmente incluído na tipicidade tributária, não completando, portando, a definição legal do fato gerador. Sendo assim, e respeitado o princípio da reserva legal, haverá uma lacuna não sujeita ao preenchimento ou integração respectiva. É o caso, por exemplo, de uma pessoa física praticar um ato de comércio.

Afirma-se, portanto, que a situação fática de não-incidência é uma consequência da ausência de norma tributária.

José Souto Maior Borges (1980) classifica assim a não-incidência:

I. Pura e simples: a que se refere a fatos inteiramente estranhos à regra jurídica de tributação, a circunstâncias que se colocam fora da competência do ente tributante;

II. Qualificada: dividida em duas subespécies:

a) Não-incidência por determinação constitucional ou imunidade tributária;

b) Não-incidência decorrente de lei ordinária: a regra jurídica de isenção (total). (Borges, 1980, p. 130)

Se o fato ocorrer fora desse campo, a hipótese será de não incidência, pelo que se depreende no Gráfico 1, adiante:

Gráfico 1: Incidência e Não Incidência Tributárias



Fonte: Elaboração própria.

6. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

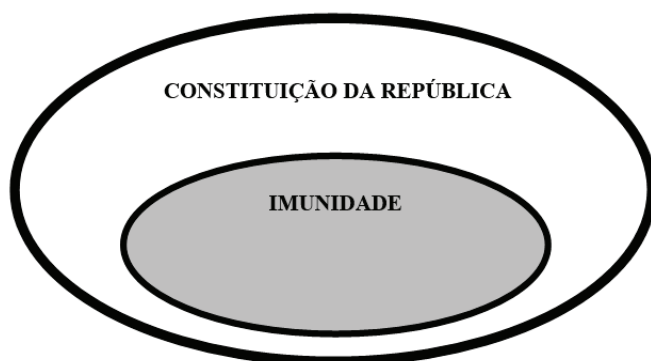
A imunidade é de origem constitucional. Existem situações que a Constituição da República afastou a oneração tributária, considerando determinados valores da sociedade, que foram consagrados pelo legislador ordinário, conforme se observa a seguir.

6.1. DISPOSIÇÕES GERAIS

A Constituição da República elegeu alguns valores, com premência, tais como, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, dentre outras, independentemente da capacidade econômica do potencial sujeito passivo da obrigação tributária.

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

Gráfico 2: Imunidade



Fonte: Elaboração própria.

Bernardo Ribeiro de Moraes esclarece que a norma constitucional poderá, inclusive, reduzir a competência tributária pela imunidade: “Cabe à *Carta Magna* estabelecer a competência dos poderes tributários. Da mesma forma, cabe-lhe limitá-la, podendo, na entrega do poder impositivo, reduzir a competência tributária pela exclusão de certas pessoas, atos ou coisas, colocados fora da tributação.” (MORAES, 1964, p. 114)

Inferre-se, portanto, que há limites constitucionais ao poder de tributar, no tocante apenas aos impostos, não se inserindo aí, as outras espécies tributárias vinculadas a determinadas atividades, pelo que se pode observar pela exposição gráfica, de Eduardo Sabbag (2024), adiante:

Quadro 1: Incidência de Outros Tributos

	Imposto Direto	Imposto Indireto, nas compras (para o STF)	Imposto Indireto, nas vendas (para o STF)	Taxa	Contribuição de Melhoria	Empréstimo Compulsório	Contribuição (em geral) ²	Contribuição social previdenciária
Partidos Políticos	Não incide	Incide	Não incide	Incide	Incide	Incide	Incide	Incide
Sindicatos de Trabalhadores	Não incide	Incide	Não incide	Incide	Incide	Incide	Incide	Incide
Instituições de Educação	Não incide	Incide	Não incide	Incide	Incide	Incide	Incide	Incide
Entidades de Assistência Social	Não incide	Incide	Não incide	Incide	Incide	Incide	Incide	Não incide

Fonte: SABAG, 2024, p. 363.

6.2. CONCEITO DE IMUNIDADE

Paulo Barros de Carvalho, em seu livro “Curso de Direito Tributário”, apresenta o seguinte conceito de imunidade tributária:

A classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (Carvalho, 2004, p. 181)

Por seu turno, Amílcar de Araújo Falcão (1999) preconiza a imunidade tributária, como forma qualificada ou especial de não incidência, *in verbis*:

² Ressalvado o caso de o Empréstimo Compulsório surgir como “adicional de imposto”, o que, em tese, seria suficiente para se dar na manutenção da proteção imunitória.

[...] uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstância previstas pelo estatuto supremo. (Falcão, 1999, p. 64).

Marcus Abraham (2022), em seu livro “Curso de Direito Tributário Brasileiro” enfatiza que as imunidades tributárias se consubstanciam e uma restrição da competência tributária e realiza os seguintes ensinamentos:

As imunidades tributárias, muitas vezes consideradas modalidades de princípios tributários, constituem limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado que desoneram certas pessoas e situações do pagamento de tributos, buscando evitar restrições de natureza fiscal a valores relevantes reconhecidos pelo ordenamento constitucional. Configuram uma restrição da competência tributária, retirando o poder tributários de legislador de fazer nascer a obrigação tributária principal (impossibilidade de criar o tributo), embora mantendo-se a obrigação tributária instrumental ou acessória. (Abraham, 2022, p. 129)

Luciano Amaro apresenta o seguinte conceito para as imunidades tributárias:

A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo. (Amaro, 2025, p. 164)

Eduardo Sabbag (2024) apregoa que no tocante às imunidades tributárias, existe, assim, um efeito reflexo, que de um lado, a norma jurídica que imuniza a tributação impede que a entidade impositora avance no exercício do poder de tributar, em detrimento à pessoa, ou mesmo, à situação protegidas; enquanto que, de outro, nasce para os sujeitos passivos, um direito público subjetivo, que os afasta do incômodo da tributação. (op. cit., 2024)

O autor esclarece, ainda, que a imunidade apresenta uma natureza dúplice:

- Como norma constitucional (de carácter formal da imunidade), demarcante da competência tributária, ao estabelecer fatos que serão imunes à incidência tributária; como também,
- Como direito público subjetivo, o que caracteriza o aspecto substancial

ou material da norma tributária, na medida que as pessoas irão exercer esse direito público subjetivo, usufruindo assim, o benefício fiscal. (ibid., 2024)

6.3. CLASSIFICAÇÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS, SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República prevê diversas imunidades tributárias, a saber.

a) Imunidade Recíproca: Patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros

A vedação constitucional de cobrar impostos sobre o patrimônio, as rendas ou os serviços, uns dos outros se respalda na personalidade política e autonomia das pessoas jurídicas de direito público, ditadas pela aludida Carta Política, havendo casos de fiscalização integradas por acordos firmados entre os órgãos interessados na arrecadação dos tributos. Está prevista, assim, a imunidade recíproca, ante a vedação constitucional da instituição de impostos, que grave o patrimônio, a renda e os serviços dos demais entes da Federação. A imunidade recíproca tem por escopo, a proteção ao federalismo.

Vale acrescentar, por oportuno, que o § 2, do mesmo artigo 150, em epígrafe, pela redação conferida pelo artigo 1º, da EC nº 132/2023, a imunidade recíproca é estendida às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e à empresa pública, prestadora de serviço postal, desde que sejam relativas às suas finalidades essenciais; sob pena de não ser reconhecida a imunidade tributária., *in verbis*:

§ 2º A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público e à empresa pública prestadora de serviço postal, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)

Bandeira de Mello (1969) conceitua autarquias como “pessoas jurídicas de direito público que recebem atribuições conferidas pelo Estado como próprias,

correspondendo a verdadeiros órgãos indiretos do Estado, com personalidade e direção própria” (Mello, 1969, p. 185-186)

Por seu turno, as fundações públicas têm o seu patrimônio, rendas e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, com imunidade de impostos, contudo são mantidas pelo Poder Público.

No que tange, à redação do §3º, do artigo 150, do texto constitucional, é concernente aos serviços públicos concedidos, nos seguintes termos:

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Depreende-se, assim, que inexistente imunidade tributária, quanto aos serviços públicos concedidos se estes não se beneficiarem dessa imunidade; ou seja, quando o serviço público for remunerado por preço público ou a atividade econômica da entidade tributante tiver regime jurídico de direito público.

Nesse sentido, Abraham ressalta que não basta a localização topográfica na Carta Maior, da desoneração tributária, é mister estar diretamente voltada a determinados valores ínsitos no texto constitucional, a saber:

Não se segue aqui a concepção que qualifica as imunidades por mero critério topográfico formal, ou seja, pelo simples fato de ser uma desoneração topograficamente localizada na Constituição. Além da localização no texto constitucional – que é sim requisito necessário para definir a imunidade, mas não suficiente-, para que a desoneração constitua uma imunidade propriamente dita, deve também estar diretamente voltada à preservação de determinados valores reputados constitucionalmente relevantes. [...] (op. cit., p. 130)

Havia uma discussão entre a doutrina e a jurisprudência sobre a compulsoriedade do imposto devido proveniente da promessa de compra e venda de imóvel por parte das autarquias. A Constituição da República resolve a questão não exonerando o promitente comprador do referido tributo, afirmando a sua responsabilidade, no que concerne ao imposto de aquisição do imóvel do ente imune. Nessa toada, se o imóvel, por exemplo, pertence à União, será possível

cobrar o imposto relativo ao bem imóvel do promitente comprador não imune. Segundo Luciano Amaro, se trata, no caso, de norma jurídica expletiva, posto que, a imunidade é atributo pessoal do promitente vendedor, não se estendendo ao promitente comprador, não imune. (op. cit, 2025)

b) Imunidades das Entidades Religiosas e Templos de Qualquer Culto

Conforme diz o preceito constitucional, os templos de qualquer culto são imunes aos impostos, mas não às taxas e às contribuições de melhoria, desde que os sacerdotes, mentores espirituais, rabinos, pastores e demais líderes espirituais não habitem no recinto do templo.

O §4º, do artigo 150 constitucional estabelece, ainda, que “as vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente as entidades religiosas e templos de qualquer culto, inclusive as suas organizações assistenciais e beneficentes, bem como, o patrimônio, a renda ou os serviços, inclusive de suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Cumprе ressaltar que as imunidades tributárias dos templos de qualquer culto e do patrimônio, da renda ou dos serviços dos partidos políticos e de suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores e das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, está intimamente ligada às suas finalidades essenciais.

O Excelso Supremo Tribunal Federal tem afirmado o seu entendimento no sentido de ampliar a imunidade a todos os demais bens e rendas da instituição, desde que destinados à atividade-fim.

Conforme lembra Sabbag (2024), no plano do direito comparado, existe uma tendência à proteção da fé dos cidadãos, afastando, dessa forma, a tributação das igrejas se dessa forma, na linha reflexa, se perfaz em um reflexo, a sua proliferação (op. cit, 2025).

c) Patrimônio, Renda ou Serviços dos Partidos Políticos, inclusive as suas Fundações

É dos partidos políticos é que irão surgir os representantes dos diversos setores comunitários, que defendem e aprovam programas e teses para a coletividade, permitindo maior integração na ideologia social. A imunidade tributária relativa aos partidos políticos abrange o patrimônio, a renda e os serviços dos partidos políticos e as suas fundações.

Observa-se que neste enfoque, o elemento teleológico é a liberdade política; o que representa uma grande relevância no Estado Democrático de Direito, considerando que o pluralismo político, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do inciso V, do artigo 1º, da Constituição da República.

d) Das entidades sindicais dos trabalhadores

É necessário esclarecer que a Constituição da República estabeleceu uma linha divisória entre os sindicatos dos trabalhadores, considerados como “entidades obreiras” e os patronais ou dos empregadores.

Nessa *ratio*, são imunes tão somente, as entidades sindicais dos trabalhadores, com relação, à incidência de impostos de quaisquer dos entes tributantes. No tocante à entidades sindicais patronais ou dos empregadores, essas continuarão a ser sujeitos passivos da relação tributária, arcando assim, com a tributação, que lhe são devidas.

O elemento teleológico que se aplica neste caso, exsurge da proteção ao trabalhador, que é considerado como hipossuficiente, a parte mais fraca da relação tributária; o que difere quando se tratar de entidades patronais.

O sindicalismo conseguiu ampliar-se, conquistando a imunidade de impostos como uma de suas garantias, o que não acontecia na Constituição da República anterior.

e) Das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei

Observa-se, no entanto, que a imunidade das instituições de educação e de assistência social é condicionada à finalidade não-lucrativa da instituição. Pode-

se entender, contudo, que o “não ter finalidade lucrativa” basta para que atenda aos requisitos do Código Tributário Nacional, expressos em seu artigo 14:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Isso não significa que as receitas precisam ser limitadas aos custos operacionais, pois o que é proibido é a distribuição de lucros; ou seja, todas as suas disponibilidades precisam ser aplicadas em seus objetivos institucionais.

Luciano Amaro, como exemplo, menciona que uma determinada entidade assistencial poderá explorar um bazar, mas mesmo assim não será considerada como contribuinte do imposto de renda (*ibid*, 2025)

Insta mencionar o Tema 32, do Excelso Sodalício, com repercussão geral, que firmou a seguinte tese, quanto à matéria: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.” Data da publicação do acórdão de mérito: 23/08/2017. Data do trânsito em julgado: 27/09/2022

f) Livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão

O fundamento de referente imunidade se dá pela finalidade de veicular o divulgar o pensamento comunicando ideias, teorias, conhecimentos e até

mesmo, experiências. A imunidade abrange todo o material necessário à confecção do livro, do jornal ou do periódico, isto incluindo não só o papel, mas também, os instrumentos e equipamentos utilizados para tal.

Aliomar Baleeiro, em sua obra “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar” esclarece que livros, jornais e periódicos seria todo o material que venha a transmitir ideias, informações, comentários e o que mais se ofereça, pelo que se pode depreender, a seguir:

[...] livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitam aquelas ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braille destinados a cegos”

A Súmula 657 do Excelso Supremo Tribunal Federal estabelece que a imunidade prevista na alínea “d”, do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República abrange os papéis fotográficos e filmes necessários para a publicação de jornais e periódicos. Em conformidade com o Excelso Pretório, a imunidade além de alcançar os fascículos semanais ou mensais, alcança, inclusive, os encartes e as capas, a serem distribuídos, juntamente com os mesmos.

g) Imunidade de fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil

A Emenda Constitucional nº 75/2013, denominada como a “PEC da Música” inovou à matéria das imunidades tributárias para inserir mais uma categoria, no caso a musical: imunidade objetiva de fonogramas e videofonogramas produzidos no Brasil.

Assim como ocorre com a imunidade da letra c, do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República, a imunidade de fonogramas, videofonogramas musicais também, tem o intuito de estimular a cultura e a educação no Brasil.

Quanto à matéria, Abraham realiza apregoa que, inclusive um cantor estrangeiro, por exemplo, poderá ser beneficiado com a imunidade tributária, desde o vídeo fonograma seja produzido no Brasil e que execute obra de autor nacional, pelo que se observa, a seguir:

Para a aplicação desta imunidade, é necessário, em primeiro lugar,

que a obra tenha sido produzida no Brasil. Após vencido este requisito, serão imunes tanto as obras de brasileiros como aquelas interpretadas por artistas brasileiros. Assim, por exemplo, será imune o vídeo fonograma produzido no Brasil, por um cantor estrangeiros, que execute obra de autor nacional. Da mesma foram, será imune o fonograma produzido no Brasil, por um cântaro nacional, ainda que executando obra de artista estrangeiro. (Op. cit., p.148)

6.4. OUTRAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS ESPECÍFICAS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL

Malgrado as principais imunidades constarem na redação do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República, relativamente aos impostos, não se trata de rol taxativo, na medida que existem outros dispositivos constitucionais que outros tributos, além dos impostos estejam revestidos de imunidade tributária.

Cumprе observar, que de acordo com o entendimento do Excelso Pretório, malgrado haja referência legal como isenção tributária, trata-se de hipótese de imunidade, pelo que se pode observar, a seguir:

Recurso extraordinário. Alcance da imunidade tributária relativa aos títulos da dívida agrária. - Há pouco, em 28.09.99, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar o RE 169.628, relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, decidiu, por unanimidade de votos, que o § 5º do artigo 184 da Constituição, embora aluda a isenção de tributos com relação às operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, não concede isenção, mas, sim, imunidade, que, por sua vez, tem por fim não onerar o procedimento expropriatório ou dificultar a realização da reforma agrária, sendo que os títulos da dívida agrária constituem moeda de pagamento da justa indenização devida pela desapropriação de imóveis por interesse social e, dado o seu caráter indenizatório, não podem ser tributados.

Essa imunidade, no entanto, não alcança terceiro adquirente desses títulos, o qual, na verdade, realiza com o expropriado negócio jurídico estranho à reforma agrária, não sendo assim também destinatário da norma constitucional em causa. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(Acórdão da PRIMEIRA TURMA do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 168110; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 04/04/2000; Publicação: 19/05/2000)

Outro exemplo dessa hipótese, seria o inciso X, do §2, do artigo 155, da Constituição da República que se refere aos termos “não incidirá”, malgrado, *in casu*, tratar-se de imunidade tributária.

Assim, também, é possível mencionar o § 7º, do artigo 195, da Carta Magna, em que a referência “isenta”, no bojo do caput, deve ser interpretada como as entidades beneficentes de assistência social imunes (e não, isentas), relativamente à contribuição social.

Existem, assim, outras imunidades tributárias, também consideradas como tópicas, específicas ou especiais, que não forma inseridas no rol do inciso VI, do artigo 150 e §§ 2º e 4º da Seção de Limitações ao Direito de Tributar, do Estatuto Supremo, apontadas por Luciano Amaro (2025):

1. Inciso I, do § 2º, do artigo 149, da CR (redação conferida pela EC nº 33/2001): prevê a imunidade das receitas decorrentes de exportação, no que tange às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico;
2. inciso III, do §3º, do artigo 153, da CR: estabelece a imunidade atinente ao Imposto sobre os Produtos Industrializados (IPI), dos produtos industrializados destinados ao exterior;
3. inciso II, do §4º, do artigo 153, da CR (redação conferida pela EC nº 42/2003): trata da imunidade do Imposto Territorial Rural (ITR) sobre “pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel”;
4. inciso I, do §6º, do artigo 153, da CR (redação conferida pela EC nº 132/2023) prevê a imunidade do imposto sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar, pertinente às operações com energia elétrica e com as telecomunicações;
5. inciso V, do §1º, do artigo 155, da CR (redação conferida pela EC nº 126/2022): reconhece a imunidade das doações destinadas, no âmbito do Poder Executivo da União, a projetos socioambientais ou destinados a mitigar os efeitos das mudanças climáticas, bem como, doações às instituições federais de ensino, relativa ao Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD);

6. inciso VII, do §1º, do artigo 155, da CR (redação conferida pela EC nº 132/2023): determina a imunidade, pertinente ao imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; no tocante, às transmissões e doações para as instituições, sem fins lucrativos, com finalidade de relevância pública e social, inclusive as organizações assistenciais e beneficentes de entidades religiosas e institutos científicos e tecnológicos, e por elas realizadas na consecução dos seus objetos sociais, observadas as condições estabelecidas em lei complementar;
7. alínea a, do inciso X, do §2º, do artigo 155, da CR (redação conferida pela EC nº 42/2003): não incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre “operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”;
8. alínea b, do inciso X, do §2º, do artigo 155, da CR: não incidência do ICMS, sobre “operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”; devendo ser excetuada a hipótese alusiva ao mesmo §2º, inciso XII, letra h, considerando que o imposto incidirá uma única vez (incidência monofásica) redação conferida pela EC nº 33-2001;
9. alínea c, do inciso X, do §2º, do artigo 155, da CR: fixa a imunidade sobre o ouro, relativamente ao ICMS, nas hipóteses definidas no §5º, do artigo 153, da mesma Carta Magna, gerando estranheza na regra, considerando que na mencionada hipótese, o ouro já está sujeito apenas à incidência do imposto sobre as operações financeiras (IOF);
10. alínea d, do inciso X, do §2º, do artigo 155, da CR (redação conferida pela EC nº 42/2003): reconhece a imunidade para “as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita”;
11. inciso XII, do §2º, do artigo 155, da CR: A Constituição da República autorizou a lei complementar a excluir da incidência do ICMS, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos, além daqueles, objeto, da letra a, do inciso X (redação conferida pela EC nº 42/2003),

que estabelecia limites à imunidade prevista para certos produtos industrializados;

12. §3º, do artigo 155, da CR (redação conferida pelo artigo 1º, da EC nº 132/2023): dispõe que, à exceção do ICMS, dos impostos de importação e de exportação e do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), nenhum outro imposto incidirá sobre as operações relativas a energia elétrica e serviços de telecomunicações e à exceção desses impostos e do imposto sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nenhum outro imposto incidirá sobre as operações, relativas a derivados de petróleo combustíveis e minerais do país;
13. inciso III, do §6º, do artigo 155, da CR (redação conferida pela EC nº 132/2023): além de diferenciar as alíquotas, a referida EC concede imunidade de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), *in verbis*:
 - a) aeronaves agrícolas e de operador certificado para prestar serviços aéreos a terceiros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)
 - b) embarcações de pessoa jurídica que detenha outorga para prestar serviços de transporte aquaviário ou de pessoa física ou jurídica que pratique pesca industrial, artesanal, científica ou de subsistência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)
 - c) plataformas suscetíveis de se locomoverem na água por meios próprios, inclusive aquelas cuja finalidade principal seja a exploração de atividades econômicas em águas territoriais e na zona econômica exclusiva e embarcações que tenham essa mesma finalidade principal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)
 - d) tratores e máquinas agrícolas.
14. §1º-A, do artigo 156, da CR (redação conferida pela EC nº 116/2022): prevê a imunidade do IPTU sobre os templos de qualquer culto, ainda que sejam apenas locatários do bem imóvel;
15. inciso I, do §2º, do artigo 156, da CR (redação conferida pela EC nº): é atinente à imunidade do imposto municipal de transmissão “inter vivos” de bens imóveis; da exceto os de garantia, bem como cessão de direitos

a sua aquisição; com relação (i) à “transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital”, como também, (ii) “sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica”, salvo se a “a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”; bem como,

16. inciso II, do §3º, do artigo 156, da CR (redação conferida pela EC nº 3/1993): é fixada a competência da lei complementar para excluir da incidência do ISS, a exportação de serviços para o exterior. (op. cit., 2025)

6.5. OUTRAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS ESPECÍFICAS EXTERNAS AO SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL

É mister ressaltar a existência de imunidades tributárias, localizadas fora do Sistema Tributário Constitucional, como as seguintes também apontadas pelo mesmo autor:

1. Artigo 5º, da CR: a Magna Carta veda a incidência das seguintes taxas:
 - petições aos poderes públicos, previsto na alínea “a”, do inciso XXXIV, do artigo 5º, da CR: assegura a “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, como exercício da cidadania e assim, se trata de um direito gratuito, havendo imunidade de taxas para o seu exercício.
 - certidões fornecidas por repartições públicas, ínsito na alínea “b”, do inciso XXXIV, do artigo 5º, da CR: “para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”;
 - serviço público, reconhecido na alínea “b”, do inciso LXXIV, do artigo 5º, da CR de “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”;
 - registro civil de nascimento e certidão de óbito, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, conforme redação ínsita no bojo do inciso LXXVI, do artigo 5º, da CR;

2. *habeas corpus* e *habeas data*, na forma da lei.

- §7º, do artigo 195, da CR: reconhece a imunidade (malgrado o termo seja “isentas”) de contribuição para a seguridade social, com relação as entidades beneficentes de assistência social, que atendam às exigências estabelecidas em lei.
- Inciso II, do artigo 195 (redação conferida pela EC nº 103/2019): estabelece a imunidade do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, sobre a aposentadoria e a pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social.
- §5º, do artigo 184, da CR: “§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”, que não realidade, não se trata de isenção e sim, de caso de imunidade. (ibid, 2025)

6.6. JULGADOS RELEVANTES SOBRE A TEMÁTICA

No intuito de melhor apreciação do tema, importa mencionar alguns exemplos de julgados relevantes, no que concerne sobre as imunidades tributárias.

- Tema 437 do STF

Tese firmada: Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.

Leading Case: RE 601.720/RJ com Repercussão Geral.

Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

Data de julgamento de mérito: 19/04/2017

Data de publicação do acórdão de mérito: 05/09/2017.

- Tema 508 do STF

Tese firmada: Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas.

Leading Case: RE 600.867/SP com Repercussão Geral.

Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA

Data de trânsito em julgado: 10/08/2020.

- Tema 644 do STF

Tese firmada: A imunidade tributária recíproca reconhecida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT alcança o IPTU incidente sobre imóveis de sua propriedade e por ela utilizados, não se podendo estabelecer, *a priori*, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.

Relator MIN. DIAS TOFFOLI

Leading Cases: RE 773.992-BA e RE 627.051-PE

7. IMUNIDADES E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

Ante às dúvidas concernentes à limitações ao direito de tributar, referentes às imunidades e isenções tributárias, convém mencionar as diferenças apontadas por Alexandre Mazza (2024), em seu livro “Curso de Direito Tributário”, conforme se depreende no quadro adiante:

Quadro 2: Imunidade e Isenção Tributárias

IMUNIDADE	ISENÇÃO
Constituição Federal	Lei
Limita a competência (antes do fato gerador)	Dispensa pagamento (após o fato gerador)
Somente para impostos	Para todos os tributos
Irrevogável	Revogável
Tende à perenidade	Tende à temporalidade
Exclui a competência tributária	Decorre da competência tributária

Fonte: Adaptação de MAZZA, 2024.

Eduardo Sabbag (2024) estabelece as seguintes diferenças entre os institutos jurídicos da imunidade e da isenção tributárias, *in verbis*:

Para o STF, que se fia a esses rudimentos conceituais aqui brevemente, expostos, o que se inibe na isenção é o lançamento do tributo, tendo ocorrido o fato gerador e nascido o liame jurídico-obrigacional. Na imunidade, não há que se falar em relação jurídico-tributária, uma vez que a norma imunizadora está fora do campo de incidência do tributo, representando o obstáculo, decorrente de regra da Constituição, à incidência de tributos sobre determinados fatos, situações ou pessoas. (op. cit., p. 251)

Paulo Barros de Carvalho (2004) leciona que as imunidades tributárias como colaboram com o desenho das competências impositivas, são normas constitucionais; enquanto que as isenções tributárias atuam no plano da legislação tributária, atuando como redutor da abrangência das hipóteses de incidência. (op. cit., 184)

Depreende-se, assim, que os limites do poder de tributar também se insere na nova perspectiva do direito tributário, em que se vislumbra um lado mais humanitário, ainda que seja um direito público, centrado no princípio da legalidade.

Nesse entendimento, Luís César Souza de Queiroz preconiza a necessidade de uma visão humanizada de interpretação e de aplicação jurídicas: “Uma visão humanizada de interpretação e de aplicação jurídicas é dotada de consciência da situação hermenêutica e reconhece as limitadas condições de possibilidade de conhecimento por parte do ser humano.” (Queiroz, 2024, p. 399)

8. INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Os tempos atuais trazem uma nova concepção no que tange à hermenêutica jurídica, levando, especialmente, os aplicadores do direito, a refletirem sobre as questões jurídicas à luz da Escola de Harvard, *Law and Economics* (Direito e Economia), também conhecida como a Teoria da Análise Econômica do Direito (AED).

Impende esclarecer que após a 1ª Grande Guerra, a Alemanha buscava “portas de saída” para a crise econômica, que enfrentava. Nesse passo, foi desenvolvido na Alemanha, a teoria da consideração econômica da norma tributária, tendo o Código Tributário alemão de 1919 adotado essa teoria.

Cumprе relevar que a disciplina da AED vem corroborar com a hermenêutica jurídica, na qualidade de ferramenta jurídica de interpretação para viabilizar a adequação dos métodos de interpretação judicial.

No Brasil sempre existiu uma certa timidez em aplicar essa teoria, mesmo porque *Law and Economics* apresenta o seu nascedouro nos Estados Unidos da América (EUA), onde prevalece o sistema jurídico do *Common Law*, o que pode vir a trazer alguns impactos incongruentes com o sistema pátrio, na medida que no Brasil, o sistema jurídico adotado é o *Civil Law*.

O direito tributário internacional tem apresentado limitações ao poder de tributar, assim como, tem reconhecido algumas circunstâncias relevantes, trazendo à baila, para o cerne da questão tributária, com relação aos direitos humanos e aos direitos sociais. Um grande exemplo temático seria a preocupação mundial quanto ao reconhecimento da capacidade contributiva ou mesmo sobre o mínimo existencial.

No que tange às imunidades tributárias, não é diferente. No Brasil, estão previstas diversas hipóteses imunitórias na Constituição da República,

apresentando, hoje, o direito tributário, em que o Fisco é o sujeito ativo da relação jurídica tributária, um retrato mais “humano” e social.

Em consonância com Eros Grau, a prudência demarca a problematização dos textos normativos e não a ciência (GRAU, 2005).

Inferre-se que os juristas discutem a aplicabilidade da consideração econômica do direito tributário, por se tratar de área de direito público e os institutos, conceitos e formas da economia, a serem utilizados por essa teoria, são pertinentes ao direito privado.

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

Nessa linha de raciocínio, o tema tributário, - como o desenvolvido neste trabalho (imunidades tributárias) - malgrado apresente um grau alto de complexidade e com perspectivas multifacetadas, a interpretação teleológica, ao lado da interpretação sistemática, será uma ferramenta que irá viabilizar a precisão e a razoabilidade na hermenêutica jurídica, a ser realizada pelo aplicador do direito, trazendo efetividade e eficiência, ao conteúdo interpretado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em diversos momentos, verifica-se que o legislador, erroneamente, confunde os termos “imunidade” e “isenção” tributária e vice-versa, trocando-lhe o *nomen juris*, gerando por conseguinte, problemas na aplicabilidade jurídica. Torna-se oportuno enfatizar que não se confunde também a não incidência com a imunidade. A primeira está fora do campo de tributação, já na segunda, ocorre, pela Carta Magna, a desoneração tributária.

Deve ser frisado que a imunidade é relativa à norma jurídica, da espécie constitucional, assim, só poderá ser revogada por meio de uma emenda constitucional, através de sistema de tramitação e votação mais rigoroso. Por sua vez, a isenção, que está prevista em lei, não atende ao mesmo rigor para a sua revogação.

De qualquer forma, a Constituição da República ao escolher determinados valores humanos e sociais, para fixar as normas jurídicas sobre as imunidades tributárias, concede ao direito tributário, uma perspectiva mais humana e social; o que irá reforçar o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, ainda, que torna-se iminente a aplicabilidade da Teoria da Análise Econômica do Direito (AED), pela adoção da hermenêutica jurídica, do método de interpretação teleológico, para que haja integração dos conhecimentos jurídicos, com o alcance do conteúdo econômico.

REFERÊNCIAS:

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- ADROGUÉ, Carlos. *Poderes Impositivos Federa y Provincial sobre los Instrumentos de Gobierno*. Buenos Aires, 1943.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milano: Giuffré, 1960.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.
- ATALIBA, José Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro: CTN comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 7. Ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BERLIRI, Antônio. *Principios de Derecho Tributário*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, v. I. 1964, v. II, 1971.
- BORGES, José Souto Maior. *Isonções Tributárias*. 2. Ed. Sugestões Literárias S. A., 1980.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2025.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2025.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 11. Ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021.
- CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- CURI, Bruno. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar: Análise de sua Fundamentalidade ante a Razão Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*. 9.ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. Disponível em: <<https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/FINANZAS/Derecho-Financiero-Fonrouge-T-II.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2025.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Doctrina de la Tributación*. Editorial de Derecho Financiero. 2. ed. Ampl. Y actual. Buenos Aires: De Palma, 1970, 2 v., v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- INGROSSO, Gustavo. *Diritto Finanziario*. 2. ed. Nápolis: Eugenio Jovene, 1956.
- KRUSE, H. W. *Derecho Tributario*. Madri: Editorial de Derecho Financiero, 1978.
- MELLO, C. A. Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática de Imposto de Indústrias e Profissões*. São Paulo: Max Limonad, 1964.
- MAZZA, Alexandre. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades*. 2. ed. São Paulo, Saraiva 1992.

QUEIROZ, Luís César Souza de. *Interpretação e Aplicação Tributárias: Contribuições da Hermenêutica e de Teorias da Argumentação*. 2. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Estudos Tributários: Carga Tributária no Brasil – 2023 (Análise por Tributo e Bases de Incidência)*. Brasília: Ministério da Fazenda, dezembro 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. *Ministério da Economia*: Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, publicado no DOU de 27/07/2020.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA E JURISDIÇÃO FUNCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

*André R. C. Fontes**

Resumo: Trata o artigo do exercício da jurisdição brasileira na Zona Econômica Exclusiva em caso de violação de Direitos Humanos.

Palavras-chave: mar – convenção – americana.

Abstract: The article deals with the exercise of Brazilian jurisdiction in the Exclusive Economic Zone in the event of Human Rights violations.

Keywords: sea – convention – american.

O conteúdo essencial da jurisdição é o exercício do poder do Estado de impor a solução menos imperfeita possível das regras jurídicas em vigor, em um determinado conflito de interesses entre dois ou mais sujeitos. Em uma transição dos primórdios da civilização para a nossa época, visou a jurisdição a eliminar a *justiça da mão própria* e assegurar que seria uma justiça feita pelos órgãos independentes e imparciais do Estado. De modo franco e despojado, poder-se-ia dizer que se destinou a impedir a desordem e os excessos e à eliminação da justiça feita pelos próprios particulares.

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio Pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio); Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito).

A compreensão do sentido e do significado e dos problemas relacionados à jurisdição deita raízes na figura central da *soberania*. A jurisdição é uma expressão do poder estatal soberano. Na realidade, a jurisdição é um modo de concretização da soberania, consistente na aplicação coercitiva do direito. A aplicação desse direito se realiza por um conjunto de atos coordenados entre si, praticados pelo juiz, para resolver um conflito de interesses. Podemos bem compreender esse conjunto de atos, destinados à composição do conflito segundo o direito, como o instrumento mediante o qual exerce o juiz o poder de aplicar o direito. Esse meio de atos coordenados é o processo, o meio segundo o qual se desenvolve a jurisdição. De fato, esse processo é, objetivamente, o instrumento da jurisdição.

Seria errôneo identificar a jurisdição com a própria soberania. Se é a soberania um sistema complexo e proteiforme de concepções teóricas que serve de ponto de partida para um conjunto de atividades do Estado, somente uma dessas atividades será a função destinada a resolver os conflitos intersubjetivos por meio de um processo. Plasmada na função de interpretar e aplicar as leis e concentrada na aplicação forçada e coercitiva do direito, a jurisdição é una e indivisível, tal como o poder soberano de onde provém.

Dizer o direito no caso submetido aos órgãos do Estado destinados a exercer a função de resolver conflitos coercitivamente é algo que se entende e se compreende, de forma autoenunciativa, pela força da locução da qual se origina a palavra jurisdição: *jus dicere* (ou seja: dizer o direito).

E isso quer dizer em toda doutrina jurídica, por mais original que seja, que um órgão do Estado, encarnado por uma pessoa natural – um magistrado – agirá de modo independente e imparcial, a fim de determinar, de modo final e permanente, a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, por meio de uma sentença. Essa é a realidade da jurisdição e não uma mera concepção teórica ou abstração. Em determinado momento, constituirá a aplicação forçada da solução legal a fórmula encontrada para a tarefa do Estado de promover a pacificação social por meio da resolução dos conflitos individuais e coletivos.

A jurisdição se legitima como um poder do Estado ao aplicar coercitivamente o direito objetivo criado pelo Estado-legislador, com quem trava uma relação de complementariedade. Significa isso dizer que a jurisdição é complementar à atividade legislativa do Estado. Partindo da própria essência da jurisdição, ao impor a norma jurídica em vigor, e apresentá-la como solução, torna-se o *jus*

dicere forma indubitável de prevenir novos conflitos. É por essa razão que a função jurisdicional é um prolongamento da função legislativa e mesmo a pressupõe. A jurisdição se destina a assegurar a ordem jurídica e a autoridade da lei. Em um segundo momento, sua legitimidade se manifesta ao tutelar o direito de cada um, em uma aceitação e reconhecimento constantes, *a posteriori*, do processo do qual redund a solução dada ao litígio, por um meio devidamente estruturado: o devido processo legal.

Respalhando-se nos dados inesgotáveis sobre o problema da soberania, mas indiscutivelmente, limitados ao território sobre o qual incide o poder do Estado, guarda a jurisdição uma correspondência com a territorialidade da soberania. Cada Estado tem a sua soberania nos limites de seu território e se torna fundamental compreender que, em correspondência com a soberania, o poder jurisdicional existe nos mesmos extremos.

A definição de territorialidade é entendida menos como o território geograficamente considerado, e mais como o espaço sob o qual incide a soberania brasileira. Para toda formação em Direito, rios, lagos e o mar territorial estão integrados a esse contexto de territorialidade coberto pela autoridade soberana brasileira. Cabe entender que o desenvolvimento dos estudos levou a soberania para navios e aviões brasileiros em mar aberto e em águas internacionais.

O amplo desenvolvimento dos estudos dos direitos do mar nos leva, entretanto, a debates que podem ultrapassar a mais tradicional concepção de soberania e de seus limites territoriais. E aqui, não se está a tratar da aplicação extraterritorial da lei brasileira, nas mais conhecidas e tradicionais caracterizações legais. É o caso da Zona Econômica Exclusiva brasileira, mais conhecida pela sigla ZEE.

Fundamental para a compreensão do assunto é a distinção entre as 12 milhas náuticas que limitam o mar territorial brasileiro, ou mais propriamente, além do mar territorial brasileiro, na Zona Econômica Exclusiva.

Prosseguindo no desenvolvimento da distinção, consolidou-se a ideia de que essa área além do mar territorial, a Zona Econômica Exclusiva, permitiria ao Estado tomar e executar medidas para proteção do seu litoral ou interesses conexos, incluindo a pesca desenfreada e insustentável e agir contra a poluição resultante de um acidente marítimo.

Para facilitar a compressão do problema, lembramos que a Zona Econômica Exclusiva não está propriamente incluída no *mar territorial*, de onde os feixes irradiadores da soberania seriam claros e indiscutíveis. Isso equivaleria a interpretar que fora do campo econômico não haveria, tecnicamente, a incidência da soberania e da aplicação do direito brasileiro pelas autoridades judiciárias para as embarcações estrangeiras que passassem pela Zona Econômica Exclusiva brasileira.

O impetuoso progresso na defesa dos Direitos Humanos contra as mais variadas violações, não admite, entretanto, que um navio de bandeira estrangeira singre mares da Zona Econômica Exclusiva de forma imune à soberania nacional e, conseqüentemente, imune à sua jurisdição. Mesmo com um contínuo aperfeiçoamento das concepções mais tradicionais de jurisdição, continua ela a ser estudada na sua dependência com o conceito de soberania.

O espírito de extraordinária amplitude de luta contra as violações de Direitos Humanos encontra na Convenção Americana sobre Direitos Humanos uma premissa fundamental, na qual seria inexacto e inconsequente ignorar: o artigo 1.1 da mencionada Convenção.

Por esse artigo, “os Estados se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição,...” Mas, sendo o pensamento abstrato da jurisdição subordinada aos limites da soberania, a interpretação baseada na territorialidade não parece ser a melhor maneira de o Estado brasileiro se conduzir.

A verdade é que as obrigações dos Estados que firmaram a Convenção não se entendem propriamente enquadradas como forma correlata à concepção territorial (ou extraterritorial) da jurisdição tradicionalmente estudada e compreendida. É que no sentido apresentado na Convenção, se o Estado tem a possibilidade de exercer sua autoridade ou realizar algum tipo de controle, haveria de agir.

Os Estados devem dar um sentido útil ou funcional de buscar proteger todo indivíduo nas mais variadas formas, sempre que haja algum tipo de conexão. Em certos aspectos mesmo a contrariar aparentemente a concepção mais tradicional de jurisdição baseada, organicamente, na soberania. A necessidade de tutelar pessoas de violações de Direitos Humanos é óbvia e determinante, e assim

deve compreender esse exercício de poder jurisdicional além da territorialidade conhecida.

Muito mais que um conceito orgânico e concentrado no Estado, o carácter útil e funcional permite explicar a existência de uma forma especial de manifestação jurisdicional: a *jurisdição funcional*.

Renovamos a lembrança de que a soberania é una e indivisível. Não seria apropriado, portanto, afirmar a existência de uma pluralidade de jurisdições, porque seria entender que também existe uma pluralidade de soberanias. Entretanto, para efeitos didáticos se costuma falar em diversas espécies de jurisdição, como se fosse uma classificação. É nesse sentido que usaremos o termo jurisdição funcional.

Em um mundo no qual a proteção dos Direitos Humanos alcança limites nunca conhecidos, uma definição de jurisdição no âmbito internacional e para a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos deverá ser desenvolvida. É justamente a jurisdição funcional.

O termo *funcional* e a locução *jurisdição funcional* podem ser entendidos de várias formas. Entretanto, a pergunta que se faz é: que tipo de jurisdição se exerce? Deve-se deixar bem claro que não se está a falar de *competência funcional*, mas de *jurisdição funcional*. E essa expressão *jurisdição funcional* já se espalhou e se destina a responder às exigências modernas dos Direitos Humanos, embora não exclusivamente em relação a eles, sempre que houver necessidade de se ir mais além dos limites territoriais.

Sob o ponto de vista etimológico, o vocábulo jurisdição remete à sua origem latina *jus dicere* (dizer o direito) e a isso corresponde o poder de estabelecer, prescrever e fazer cumprir as normas jurídicas em geral. E a regra tem sido a do carácter territorial da jurisdição, ou seja: o juiz mandar cumprir no território do Estado. Uma exceção tradicional era a extraterritorialidade, segundo as leis do país que exerce a jurisdição.

Não deve ser identificada, entretanto, a *jurisdição funcional* com a *extraterritorialidade*. A ordem interna de um sistema não está em apreciação neste momento. A integridade do sistema que ora se apresenta está baseada em outra regra: a regra permissiva derivada de um costume internacional ou, mais propriamente, de uma convenção.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não permite uma interpretação limitada ou meramente extensiva do território nacional. Em verdade, o Estado pode ser responsável pelos atos e omissões de seus agentes, praticados ou que produzam efeito fora de seu território, certamente nas hipóteses que poderia agir.

A jurisdição funcional é uma outra perspectiva da jurisdição do Estado brasileiro, e não se baseia em fatores territoriais, como tradicionalmente tem sido estudada. Ela se baseia em compromissos firmados em convenções ou por costumes e são exercidas fora dos limites territoriais e circunscrevem os propósitos mais específicos da proteção dos Direitos Humanos, mais especificamente, em razão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Fundamentada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na qual o Brasil figura como Estado-parte, essa espécie de manifestação jurisdicional exige a presença de algum mecanismo juridicamente válido. Ela não é propriamente um caso de extraterritorialidade. É, entretanto, uma forma de se buscar uma ampla efetividade para a proteção contra violações de Direito Humanos e assim manter o Brasil integrado no contexto internacional e na vanguarda da tutela dos Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madri: Tecnos, 1990.
- ASENCIO MELADO, Jose Maria. *Derecho procesal civil*. Parte primera. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- AZCARRAGA Y Bustamente, José Luís de. *El dominio marítimo del Estado sobre la zona económica exclusiva*. Madri: Real Academia de Jurisprudencia, 1983.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BELLOCCHI, Márcio. *Jurisdição, juízes e árbitros*. São Paulo: RT, 2023.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UNB, 2006.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2001.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1983.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2009.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FIORAT, Jete Jane. *A disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das Nações Unidas sobre direitos do mar de 1982 e na jurisprudência internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. *Comentários a convenção americana sobre direitos humanos*. São Paulo: RT, 2013.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Instituciones de derecho procesal*. Tomo I. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1991.
- GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HEGARTHY, Angela; SIOBHAN, Leonard. *Direitos do homem*. Trad. João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LÓPEZ-CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *Reflexiones sobre el sistema interamericano de derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Rosário, 2020.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho Procesal Organico*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1989.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2023.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MATILLA ALEGRE, Rafael. *Internacionalidad del Derecho Marítimo y jurisdicción internacional*. Bilbao: Universidade de Deusto, 1999.
- MICHAEL. Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. V. 1. São Paulo: RT, 1971.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- REIS, Rossana Rocha. *Política de direitos humanos*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1º v. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SERENI, Angelo Piero. *La jurisdicción internacional*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1969.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Rodrigo Otávio Monteiro da. *Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Inter Saberes, 2021.
- SOUZA, André Pagani de, et alii. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 6ª ed. Barueri: Atlas, 2023.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I. São Paulo: RT, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WLASIC, Juan Carlos. *Convención Americana sobre derechos humanos*. Rosário: Editorial Juris, 1998.
- ZANELA, Tiago Vinicius. *Curso de Direito do Mar*. Curitiba: Juruá, 2013.

OS DESAFIOS DO REGISTRO DE MARCAS DE POSIÇÃO NO INPI: UMA ANÁLISE DO CASO LOUBOUTIN

Carolina Turnes Moreira¹

Resumo: A monografia explora as dificuldades enfrentadas no processo de obtenção do registro de marcas de posição no Brasil. Para isso, são analisados os critérios adotados pelo INPI para a concessão desses registros, assim como os impactos dos princípios que compõem a ordem econômica constitucional nesse contexto. Estudos de caso são apresentados para ilustrar a dificuldade em diferentes ordenamentos jurídicos de se deferir um exemplo comum de marca de posição. O trabalho conclui que a falta de regulamentação específica sobre a distintividade adquirida e a ausência de critérios mais detalhados representam obstáculos significativos para a existência de um maior número de registros de marcas de posição. Como consequência é possível estimar uma hipertrofia na judicialização da matéria com ações anulatórias que visam a reforma da decisão administrativa, assim como o atraso nas implementações de outras formas de apresentação marcária.

Palavras-Chave: Marcas Não Tradicionais; Marcas de Posição; Distintividade Adquirida; Secondary Meaning; Regulamentação de Marcas Proteção Jurídica; Mercado Concorrencial; Direito de Exclusividade.

INTRODUÇÃO

Existe, hoje, uma crescente onda de novas tecnologias que impactam as formas tradicionais de tutela dos direitos decorrentes da criação intelectual humana.

¹ Advogada no escritório Borba, Simões Barbosa, Bessone e Cristofaro Advogados (BSBC Advogados). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e pós-graduanda em Direito da Propriedade Intelectual pela mesma instituição.

No Brasil e no mundo afora, esses direitos são alvo de proteção jurídica por meio da Propriedade Intelectual, que se subdivide em Propriedade Industrial, Direitos Autorais e Proteções *Sui Generis*. Entre os ativos que integram a Propriedade Industrial estão as marcas, as quais, juntamente com alguns outros direitos industriais, são reguladas pela Lei de Propriedade Industrial.

Atualmente, já é possível observar um movimento internacional voltado à ampliação das modalidades de marcas passíveis de registro, incluindo as chamadas “marcas de posição” que constituem o foco deste texto.

Desse modo, o estudo é iniciado com a análise do panorama constitucional das marcas no Brasil. Em seguida, explora-se a atual ordem econômica, demonstrando o equilíbrio necessário entre a proteção das marcas e as forças mercadológicas, resguardadas pela livre iniciativa e livre concorrência.

Com os avanços tecnológicos, novas formas de identificar e distinguir produtos ou serviços surgem, fazendo com que o ordenamento jurídico busque a sua proteção. Todavia, o processo de obtenção desse direito, especialmente no caso das marcas não tradicionais, não é tão simples. Diante desse contexto, o segundo capítulo examina os critérios adotados pelo INPI na análise dos pedidos de registro de marcas de posição.

Por fim, o terceiro tópico se dedica à análise do Caso Louboutin. O icônico solado vermelho já é registrado em mais de 50 países, porém, no Brasil, o pedido foi indeferido em 2023 devido à alegada falta de distintividade do sinal. A partir disso, são revisadas as decisões emitidas no Brasil e realizada uma análise comparativa com decisões proferidas nos Estados Unidos e Japão.

A adoção de novos conceitos por parte do INPI representa um campo de estudo crucial para a adaptação do direito às novas formas de criação passíveis de registro no Brasil. Este estudo, portanto, não só visa contribuir para o debate acadêmico e jurídico sobre o registro de marcas de posição, como também ressaltar a importância da aceitação de novas teorias no cenário nacional.

1 O PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DOS REGISTROS MARCÁRIOS

1.1. Uma Breve Introdução sobre as Marcas e suas Funções

A utilização de signos remonta aos primórdios da humanidade, sendo essencial

para comunicação. Nesse sentido, Natália Figueiredo aponta que seu uso está relacionado à necessidade de acompanhar e registrar as atividades humanas².

No contexto empresarial, as marcas, espécie de signo distintivo, adquiriram múltiplas funções ao longo dos séculos. A doutrina, sem que haja consenso, elenca uma série delas.

Inicialmente, as marcas possuíam a *função de indicação de origem*, a capacidade de identificar determinado produto quanto ao local ou a empresa a que teria sido fabricado³. Todavia, hoje esta é considerada uma função acessória pela doutrina majoritária⁴, já que a titularidade das marcas pode ser transferida.

Já durante a Revolução Industrial, as marcas eram utilizadas para nomear produtos genéricos e, por isso, a distintividade de um produto era desenvolvida ao mesmo tempo em que ele era criado para venda⁵.

Assim, atualmente, as marcas registráveis no ordenamento jurídico brasileiro podem ser definidas como sinais capazes de *distinguir* produto, mercadoria ou serviço de outros idênticos, semelhantes ou afins, sejam eles de origem comum ou não. É o que se intitula de *função distintiva* das marcas, sendo forte na doutrina que esta é a sua função primordial⁶.

No mais, com o crescimento do comércio, as marcas passaram a compor um conjunto de elementos que constituem a imagem de um produto, serviço ou até mesmo de uma empresa, o que David A. Aaker intitula de *brand equity*⁷.

Por esta razão, é reconhecida uma *função econômica* das marcas, uma espécie de “segurança legal de retorno” do investimento feito pelo empresário⁸.

Por fim, as marcas também podem exercer a chamada *função publicitária*, por meio da qual criam um magnetismo proposital com consumidores através

² FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Marcas e Prática Antitruste*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 23.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *As funções da marca e os descritores (metatags) na internet*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 61, p. 44-52, nov./dez., 2002.

⁴ SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

⁵ KLEIN, Naomi. *Sem Logo: A Tirania das Marcas em um Planeta Vendido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Record, 2003. p. 29-30.

⁶ SIERVI, Amanda Fonseca de. *Marcas: secondary meaning e degeneração*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 8.

⁷ AAKER, David. A. *Marcas: Brand Equity, Gerenciando o Valor da Marca*. 10ª ed. São Paulo: Elsevier Editora, 1998. p. 16.

⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Simbiótica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 21.

de técnicas elaboradas, diferente da publicidade natural. Embora reconhecida, essa função enfrenta fortes críticas por potencialmente gerar desigualdades no mercado e influenciar escolhas de forma não racional⁹.

Diante dos dados apresentados, fica evidente a importância das marcas no cenário econômico, razão pela qual possuem *status* protetivo constitucional. Todavia, importante dizer que apenas a função distintiva gera efeitos jurídicos¹⁰, tendo em vista a importância de se compatibilizar a exclusividade com os princípios que regem a ordem econômica, analisada a seguir.

1.2. Ordem Econômica e Registro Marcário

A ordem econômica pode ser entendida como um conjunto de normas que define um determinado modo de produção econômica, diante de uma ordem jurídica estabelecida¹¹. Entre os princípios que a compõem, podem ser citadas a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada, em conjunto com sua cláusula finalística.

A livre iniciativa seria a liberdade de iniciativa econômica, isto é, uma liberdade pública que não se sujeita a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei¹². Assim, dentro de um contexto concorrencial, ela permite que a propriedade industrial seja utilizada como meio para que o empresário se distinga de seus concorrentes¹³.

Já a livre concorrência, para Grau originária da livre iniciativa, enquanto para Nunes Barbosa complementar dessa¹⁴, supõe uma desigualdade na competição a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal.

Dessa forma, é possível concluir que a livre concorrência está contida na livre iniciativa: a concorrência é uma possibilidade dentro da livre iniciativa, mas não uma regra, o que significa que existem atividades que não são concorridas¹⁵.

⁹ VIAGEM, Salomão Antônio Muressama. *Função distintiva da marca: alargamento ou redução do seu significado?* Revista Eletrônica de Direito (RED), Porto, v. 17, nº 3, p. 199, out., 2018.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *As funções da marca e os descritores (metatags) na internet*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 61, p. 46, nov./dez., 2002.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 70.

¹² *Ibidem*. p. 204-207.

¹³ FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Marcas e Prática Antitruste*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 49.

¹⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 287.

¹⁵ *Ibidem*. p. 288-289.

Além disso, dentro da referida ordem econômica, é possível encontrar algumas atividades que são praticadas em monopólio. À primeira vista, seria possível concluir que esse controle ocorre com as marcas, já que o titular de um registro obtém o direito de exclusividade no território nacional¹⁶.

O direito de exclusividade pode ser definido como o direito de fazer uso da marca no segmento marcário aduzido, podendo o titular repreender, impedir e ressarcir-se de reproduções indevida feitas por violadores¹⁷.

No entanto, conforme leciona Denis Borges Barbosa, a tendência predominante na doutrina é a de que a exclusividade da marca, por si só, não constitui um monopólio. Acontece que, como ocorre com qualquer forma de exclusividade na concorrência, é possível observar efeitos de monopólio nas marcas, tais como: (i) a diferenciação resultante do fato de que a marca pode criar um mercado, para cuja entrada desafia a fidelização do cliente; e (ii) a possibilidade de a marca gerar economias de escala, ensejando um monopólio natural¹⁸.

Assim, conclui-se que a exclusividade conferida pela concessão do registro de uma marca revela um caráter relativo das liberdades daqueles amparados pela ordem econômica. Isso pois, diante de um cenário onde a livre concorrência e a livre iniciativa são essenciais para ela, o titular do registro garante o direito de usar de todos os meios legais cabíveis para impedir que terceiros façam uso de marca similar para os mesmos fins, ou até mesmo do uso da marca para outra finalidade diversa¹⁹. Desse modo, a livre iniciativa e a livre concorrência são restringidas como forma de evitar danos ao consumidor, que poderá ser ludibriado pelo terceiro que usurpa da distintividade da marca.

Por isso, caso as diretrizes do sistema das marcas não sejam bem aplicadas, a marca poderá ser usada como forma de abuso de poder econômico²⁰,

¹⁶ “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu *uso exclusivo em todo o território nacional*, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.” BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei da Propriedade Industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm.

¹⁷ MULLER, Larissa Korff. *Publicidade Comparativa – O Embate entre a Exclusividade da Marca e o Interesse do Consumidor à Informação à Luz das Decisões do CONAR nos Últimos Dez Anos*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 140, p. 23-24, jan./fev., 2016.

¹⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Simbiótica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 202.

¹⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial: Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos*. Atualizado por SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Volume I. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231.

²⁰ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 149.

o que justifica a intervenção estatal no direito de propriedade conferido constitucionalmente ao titular. É o que se passa a dissecar.

1.3. Intervenção Estatal no Direito Marcário: Propriedade e Função Social do Registro

Para as marcas, a “intervenção” do Estado teve início ainda na Constituição Federal de 1891. Posteriormente, na Constituição Federal de 1988, essa proteção foi ampliada para outros signos distintivos, conforme artigo 5º, inciso XXIX²¹.

Desse mesmo dispositivo constitucional, se extrai o escopo de proteção almejada pelo legislador para as marcas, tal seja, proteger o titular via a atribuição da *propriedade*, esta adquirida por meio da concessão do registro pelo INPI. Do mesmo modo, objetivou preservar o cumprimento de sua *função social*, presente no inciso XXIII do mesmo artigo e no artigo 170 da Constituição Federal.

Disso se colhe que a marca registrada é uma *propriedade*: um direito real intelectual. Todavia, não se deve esquecer que essa é uma propriedade que recai sobre um bem imaterial, razão pela qual, por muito tempo, a doutrina civilista questionou a possibilidade de designar tal natureza às marcas.

A referida identificação, então, é certa, já que atende aos requisitos para o uso de uma propriedade: o titular tem o direito de usar, gozar e dispor dela, conforme determina o Código Civil²². Não por acaso, é possível a cessão e a licença da marca, de acordo com orientação dada em lei²³, assim como o direito de impedir que terceiros violem o registro.

Quanto ao seu uso, ele deve estar de acordo com a *função social*, conforme ditam os incisos XXIII e XXIX do artigo 5º da CRFB/88. Disso, se entende que

²¹ “Art. 5º. (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²² “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” BRASIL. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm.

²³ Vide Seção II, III e IV do Capítulo V da Lei de Propriedade Industrial (Lei Federal nº 9.279/1996).

a marca só merece ser tutelada quando funcionalmente útil²⁴, o que ocorre quando cumpre com sua essencial função de distinguir e proteger todo o aparato construído para identificar determinado produto ou serviço²⁵. Portanto, a legitimação de sua tutela depende do cumprimento de sua função distintiva.

Em contrapartida, o direito de exclusividade conferido pela concessão da propriedade é conformado pelo *princípio da especialidade*, isto é, a propriedade da marca está limitada ao gênero da atividade que designa. Todavia, o princípio da especialidade poderá ser relativizado quando constatada a plena convivência entre marcas idênticas ou semelhantes, desde que utilizadas para aferir produtos ou serviços distintos ou, ainda, dentro de um segmento mercadológico diferente²⁶.

Existe apenas uma exceção ao princípio da especialidade das marcas²⁷, as “marcas de alto renome”, que gozam de proteção especial para todas as atividades. Ou seja, embora elas estejam registradas para designar um ou mais produto ou serviço, elas ganham tamanho reconhecimento no mercado que passam a ser protegidas em todos os segmentos.

Disso se depreende que o direito de exclusividade conferido não é absoluto²⁸ e, por isso, só se aplica às atividades econômicas que apresentam risco de confusão ao consumidor ou prejuízo ao titular da marca. Isso se relaciona diretamente com os princípios que compõem a ordem econômica, anteriormente enunciados, já que eles devem ser preservados na defesa da ordem pública²⁹.

Assim, o registro marcário sofre limitação pelo Estado, em consonância com o princípio da especialidade, como forma de se preservar os princípios que regem a atual ordem econômica.

²⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *As Marcas de Alto Renome perante o Princípio da Função Social da Propriedade*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 110, p. 12, jan./fev., 2011.

²⁵ SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

²⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial: Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos*. Atualizado por SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Volume I. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 257.

²⁷ SKIBINSKI, Francielle Huss. *O fashion law no direito brasileiro*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 148, p. 58, mai./jun., 2017.

²⁸ MULLER, Larissa Korff. *Publicidade Comparativa – O Embate entre a Exclusividade da Marca e o Interesse do Consumidor à Informação à Luz das Decisões do CONAR nos Últimos Dez Anos*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 140, p. 24, jan./fev., 2016.

²⁹ BAIOCCHI, Enzo. *A proteção da marca notoriamente conhecida fora do campo de semelhanças entre produtos e serviços: a (não) aplicação do art. 16.3 do TRIPs no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 102, p. 23, set./out., 2009.

1.4. Os Tipos Marcários Quanto à Forma de Apresentação

Atualmente, diversos tipos de marcas individuais³⁰ - de produtos ou serviços³¹ - podem ser registradas perante o INPI. Isso ocorre porque o consumidor, imerso em um universo de diferentes sinais, pode identificar como marca uma variedade de elementos³².

No Brasil, este rol é definido pelo artigo 122 da LPI, que estabelece que são passíveis de registro as marcas *visualmente perceptíveis*. Assim, por opção legislativa, excluem-se as marcas olfativas, sonoras, gustativas e tácteis.

A primeira forma registrável são as chamadas *marcas nominativas*, aquelas limitadas ao uso de caracteres, letras e/ou algarismos.

Outro tipo de marca passível de registro são as chamadas *marcas figurativas*, constituídas de desenhos, imagens, símbolos ou figuras, algarismos, letras de diferentes alfabetos, emblemas ou outros sinais gráficos³³.

Em continuidade, como combinação dos dois tipos citados, surgem as *marcas mistas*: toda marca constituída por uma forma fantasiosa, ao mesmo tempo que de uma combinação de palavras e/ou algarismos.

Atualmente, um tipo de marca que vem ganhando destaque são as *marcas tridimensionais*. A referida forma de apresentação estaria classificada, pela doutrina majoritária, no grupo das *marcas não tradicionais*, assim elencadas por não serem tradicionalmente aceitas³⁴. Por sua vez, as *marcas tradicionais* - nominativa, figurativa e mista -, são aquelas amplamente reconhecidas nos sistemas jurídicos, em razão da facilidade de se reproduzir o sinal no papel³⁵.

Dessa forma, as marcas tridimensionais podem ser definidas como a *forma tridimensional distintiva de um objeto, capaz de se distinguir de outro, que não*

³⁰ SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

³¹ Aqui, não serão tratadas as demais marcas que se classificam quanto à sua destinação, as chamadas “marcas de certificação” ou das “marcas coletivas”.

³² SANTAELLA, Lucia. *Semiótica Aplicada*. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 33.

³³ DINIZ, Carolina Rodrigues. *A utilização do procedimento arbitral em demandas de nulidade marcária*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 183, p. 61, mar./abr., 2023.

³⁴ BARBAS, Leandro Moreira Valente. *Marcas Não Tradicionais: A Propriedade Intelectual dos Novos Tipos de Sinais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 10-15.

³⁵ *Ibidem*. p. 10.

seja comum ou necessário para o seu segmento de mercado e, ainda, que não esteja vinculada à função técnica do produto³⁶.

Por fim, merecem atenção as *marcas de posição*, também enquadradas como espécie de marca não tradicional. O seu conceito tem origem alemã, momento em que os europeus entendiam esse tipo marcário como uma forma diferenciada de se posicionar um determinado sinal em um produto³⁷.

Em âmbito nacional, as marcas de posição foram regulamentadas apenas em 2021, através da Portaria nº 37/2021, que foi posteriormente substituída pela Portaria nº 08/2022 e pela Nota Técnica INPI/CPAD nº 02/2021.

A marca de posição pode, então, ser definida como um conjunto distintivo formado pela junção de um *sinal* e sua *posição*, peculiar e específica, em um determinado suporte, os quais possam ser dissociados de função técnica e funcional do produto ou serviço que designa³⁸. Por “peculiar e específica” se entende que o local onde se aloca o elemento não pode ser considerado convencional naquele segmento mercadológico³⁹. Caso ocorra, resta descaracteriza a peculiaridade essencial da posição no pedido de registro de marca capaz de conferir-lhe distintividade.

No Brasil, apenas em 2023 foi concedido o primeiro registro de marca de posição à marca de vestuários e calçados, Osklen (Terras de Aventura Industria de Artigos Esportivos S.A.). Além disso, outro dado importante foi coletado pelo advogado Victor Jardim⁴⁰: entre os anos de 2021 e 2023, foram feitos apenas 269 pedidos de registros de marcas de posição em dois anos de regulamentação. Em complementação, Luciano Teixeira⁴¹ observou que em cerca de 250 desses

³⁶ VIEIRA, Flávia Côrrea. *Obras de arte aplicada em marcas tridimensionais para embalagens face ao direito brasileiro com dupla proteção ou sobreposição*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 174, p. 61, set./out., 2021.

³⁷ RIDEAU, Camille. *Position Mark: A Category of Signs Eligible for Trademark Protection? Different Standards of Examination, Different Scope of Protection?* Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle, Valorisation des Biens Immatériels, Masters 2. Strasbourg: Université de Strasbourg, 2010. p. 5.

³⁸ KRONEMBERGER, Victor Dreyssig. *A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 180, p. 24, set./out., 2022.

³⁹ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *O que são as marcas de posição*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 149, p. 26, jul./ago., 2017.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/marca-de-posi%2525C3%2525A7%2525C3%2525A3o-an%2525C3%2525A1lise-estat%2525C3%2525ADstica-ap%2525C3%2525B3s-dois-anos-brasil-jardim-/?trackingId=RmwHBGp0TRSr7qQ5t1kP%2525C3%2525D%3D>. Acesso em 13 mai. 2024.

⁴¹ TEIXEIRA, Luciano. *O que muda para o mercado jurídico no Brasil com a aprovação do primeiro registro de marca de posição para a Osklen?* LexLatin, 12 de jun. 2023. Disponível em: <https://br.lexlatin>.

pedidos, 48 deles foram objeto de exigências para mais informações e pelo menos 10 foram indeferidos.

Ou seja, aparenta haver uma predisposição injustificada para indeferir esses depósitos⁴². Mas isso não é benéfico para o nosso sistema. Como melhor explica Dinwoodie, o público identifica cada vez mais as formas visuais de comunicação, no lugar da maneira textual⁴³. Isso ressalta a importância da possibilidade de registro das marcas de posição, ao lado de outras marcas não tradicionais.

Acontece que as regulamentações nacionais citadas são extremamente rígidas, de modo que poucos pedidos têm condão de satisfazer os seus requisitos e conquistar o registro de marca de posição. É esta dificuldade de se passar pelo crivo do INPI que se passa a explicar e criticar.

2. OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO INPI NO DEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE REGISTRO DE MARCAS DE POSIÇÃO

Para que seja conferida a propriedade de uma marca, determinadas etapas devem ser cumpridas até a efetivação do registro. Dentre elas, o pedido deve passar pelo exame de mérito ou substantivo, que resulta ou não na decisão de deferimento do registro. É exatamente nele que as marcas de posição sofrem maior rigidez por parte do INPI, conforme análise dos critérios⁴⁴ adotados pela autarquia abaixo.

2.1. A Compatibilidade entre a Descrição dos Produtos/Serviços e a Ilustração do Suporte

O primeiro aspecto a ser analisado pelo INPI é a compatibilidade entre a especificação dos produtos ou serviços designados pela marca com a ilustração do suporte, conforme item 11 da Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021.

A especificação nada mais é do que a delimitação pelo titular dos serviços ou produtos que assinalam a marca que deseja registrar. Ou seja, *mutatis mutandi*,

com/reportagens/marcas-de-posicao-no-mercado-brasileiro-e-sua-importancia-para-pi.

⁴² BORBA, Ana Lúcia de Sousa. *Marcas de posição e sua regulamentação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 149, p. 35, jan./fev., 2022.

⁴³ DINWOODIE, Graeme B. *The death of ontology: a teleological approach to trademark law*. Iowa Law Review. Iowa, v. 84, n. 4, p. 641, maio/1999.

⁴⁴ KRONENBERGER, Victor Dreyssig. *A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 180, p. 31-35, set./out., 2022.

no registro da propriedade imobiliária a extensão entre titularidade e imóveis confinantes e adjacentes delineiam o âmbito proprietário.

Por sua vez, o suporte é a figura em que deve o elemento distintivo ser posicionado. Esse, portanto, não adquire proteção autônoma.

É por isso que, nas marcas de posição, a especificação estará visualmente representada por tracejados, como forma de limitar o direito de exclusividade eventualmente conferido⁴⁵ e permitir o cumprimento a este requisito.

Existe, porém, uma grande limitação pelo sistema brasileiro para que haja uma representação gráfica precisa do pedido. Na opinião de Cesário, isso deve ser alvo de mudança interna, de modo a permitir a inserção de mais informações, imagens, e até o envio de um exemplar do produto para exame do pedido⁴⁶.

Essencialmente, a permissão de uma descrição extremamente ampla na especificação, ainda mais quando em um ramo de atividades comum, poderá levar ao titular a conquistar uma exclusividade abusiva, já que não ocorrerá a análise do elemento distintivo posicionado em diferentes suportes.

Por isso, esse critério visa impedir a incompatibilidade entre o direito de exclusividade e os princípios que regem a ordem econômica. Assim, nesse ponto, o INPI não é irrazoável, visto que é devida a referida exigência procedimental como maneira de proteger as forças do mercado. Para tanto, contudo, o sistema registral brasileiro deverá passar por algumas mudanças, de modo a permitir um melhor envio das informações para análise do pedido de registro.

2.2. A Disponibilidade da Marca

A disponibilidade de uma marca é a busca pela confirmação se o sinal que se almeja registrar já foi apropriado por terceiro. Segundo o Manual de Marcas, devem ser apreciados os aspectos fonéticos, gráficos e ideológicos do conjunto marcário.

O aspecto fonético abarca a reprodução ou imitação fonética, considerando a sequência de sílabas, entonação, além do ritmo das expressões nos sinais.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 31.

⁴⁶ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 102.

Esse aspecto é essencialmente avaliado nas marcas nominativas, porém, nas marcas de posição, como o elemento distintivo poderá ser constituído por uma marca nominativa, esse ponto também deverá ser levado em conta para análise do critério pela autarquia federal. Já o aspecto gráfico leva em conta o uso das formas, imagens, cores, letras, número de palavras e estrutura das frases. Por fim, o aspecto ideológico aprecia as ideias que podem ser evocadas de determinada expressão ou grafia da marca, isto é, a imitação de um conceito.

Para as marcas de posição, o INPI não apresentou exemplos sobre a questão, se restringindo a Nota Técnica INPI/CPAD nº 02/2021 a elencar os itens 20 e 21 para afirmar que a avaliação se dará pela impressão geral do conjunto. Por esta razão, é extremamente incerto o rigor a ser utilizado pelo INPI na referida análise.

No mais, a autarquia garante que será avaliado o elemento distintivo em referência à outras marcas registradas sob outras formas de apresentação. Desse modo, é coerente que haja uma tentativa inicial pelo empresário em registrar o elemento distintivo como marca figurativa ou nominativa para que, em seguida, prossiga com o pedido de marca de posição⁴⁷.

Portanto, o critério acima é imprescindível na análise de qualquer pedido de registro, visto que objetiva evitar que os consumidores sejam levados à confusão naquele nicho específico de mercado. Entretanto, para a marca de posição, é importante que o INPI traga maior especificidade para a análise desse critério para uma melhor orientação ao depósito do pedido.

2.3. O Potencial Distintivo da Marca

A capacidade distintiva da marca, hoje, constitui sua função primordial como sinal. Por isso, o terceiro critério a ser analisado pelo INPI é o potencial distintivo da marca de posição.

A distintividade verifica, primeiramente, se o público reconhece ou não aquele sinal como uma marca propriamente dita, identificando-a frente a outros serviços ou produtos concorrentes⁴⁸.

Para isso, a LPI não determina um grau mínimo de distintividade, mas exige

⁴⁷ KRONENBERGER, Victor Dreyssig. *A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 180, p. 35, set./out., 2022.

⁴⁸ BASTOS, Luiz Felipe. *Marcas de Posição: A aquisição de distintividade pelo isso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 67.

que a marca possua alguma capacidade distintiva. Dessa forma, o grau de distintividade será proporcional à proteção conferida ao registro: marcas “fortes” apresentam elementos altamente distintivos, enquanto marcas “fracas” possuem baixa distintividade.

A distintividade pode ser considerada originária/intrínseca ou adquirida pelo uso, fenômeno conhecido como *secondary meaning* ou *acquired distinctiveness*.

A distintividade intrínseca é a noção clássica de que a marca, desde a sua concepção, possui características capazes de serem identificadas pelo público-alvo.

Por sua vez, o *secondary meaning* é um conceito originado nos países de *common law*, onde o registro da marca apenas declara um direito pré-existente adquirido pelo uso do sinal⁴⁹. Nesse caso, um sinal inicialmente comum, com o tempo, conquista uma nova significação capaz de conferir-lhe distintividade, sendo então passível de proteção como marca⁵⁰.

A comprovação dessa distintividade adquirida pode se dar por meio de pesquisas de percepção dos consumidores, análise da intensidade do uso da marca no mercado, volume de vendas e até mesmo testemunho dos consumidores⁵¹, uma vez que o fenômeno depende da percepção gerada ao consumidor⁵².

No Brasil, há grande resistência quanto a sua aplicação, o que impacta negativamente o registro das marcas de posição⁵³. Para o INPI, a incidência do *secondary meaning* só é possível para marcas estrangeiras que, como tal, teriam assim sido registradas no seu país de origem⁵⁴. Nesse sentido, o Manual de Marcas foi firme em afirmar que não fará a análise mercadológica para aferir se o signo adquiriu distintividade⁵⁵.

⁴⁹ MELLO, Fernanda Fujita de Castro. *Marca notória: um estudo sobre a aquisição e perda de distintividade de marcas decorrentes de sua notoriedade*. Orientador: Fábio Ulhoa Coelho. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 99.

⁵⁰ SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

⁵¹ SANTOS, Felipe Ferreira Simões dos. *Marca de Posição: Aplicabilidade da tutela proprietária ao sinal identificador de prestação de serviço*. 1ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2024. p. 41.

⁵² SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159-160.

⁵³ BASTOS, Luiz Felipe. *Marcas de Posição: A aquisição de distintividade pelo uso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 99.

⁵⁴ SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139.

⁵⁵ Manual de Marcas do INPI, atualizado em 24/08/2024, item 5.13.2, p. 240. Disponível em: <https://>

Por sua vez, a jurisprudência nacional⁵⁶ tem aceitado alguns casos de *secondary meaning*, mas também apresenta certo receio.

A doutrina⁵⁷, entretanto, vem defendendo que esse temor pela aplicação do fenômeno não é adequado, tendo em vista que não há qualquer incompatibilidade com o sistema marcário nacional, que confere a propriedade pelo registro.

Além disso, embora o instituto não tenha previsão legal, ele está previsto na Convenção da União de Paris - Art. 6º, *quinquies* B, C.(1) - e no Acordo TRIPS - Art. 15.1. - ambos documentos ratificados pelo Brasil. Isso demonstra certa contradição na resistência nacional, uma vez que os referidos tratados internacionais têm aplicação no solo brasileiro e reconhecem a importância do *secondary meaning*.

Assim, a relutância em aceitar a distintividade adquirida no Brasil gera grande obstáculo para as marcas de posição, cuja distintividade muitas vezes está vinculada ao seu uso prolongado no mercado. Não à toa, o primeiro registro de marca de posição no mundo⁵⁸, concedido à fabricante de tesouras alemã Zwilling J.A. Henckles AG, ocorreu após a comprovação do *secondary meaning*⁵⁹.

Desse modo, caso o INPI mantenha sua posição atual, será possível observar uma crescente demanda no Judiciário sobre o tema, seja com base na concorrência desleal ou outros meios que não a tutela do direito marcário.

manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Hist%C3%B3rico_de_alter%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 26 set. 2024.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.688.243/RJ. Recorrentes: IGP Eletrônica S.A. e INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Recorrido: Apple INC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 20 de novembro de 2018; RIO DE JANEIRO, Tribunal Federal da 2ª Região (1ª Turma Especializada). Apelação Cível nº 0009502-37.2013.4.02.5101. Apelante: INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Apelado: Beleza Natural Cabelereiros Ltda. Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié. Rio de Janeiro, RJ, 16 de março de 2017;

⁵⁷ Nesse sentido: BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Simbiótica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 105-107; BEYRUTH, Viviane. *Quando a marca fraca se torna forte: secondary meaning*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 126.

⁵⁸ Reg. UE 001777176. Disponível em: <http://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/018018470>. Acesso em 14 ago. 2024.

⁵⁹ SANTOS, Felipe Ferreira Simões dos. *Marca de Posição: Aplicabilidade da tutela proprietária ao sinal identificador de prestação de serviço*. 1ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2024. p. 49.

2.4. A Ausência de Relação entre o Sinal/Suporte e os Aspectos Técnicos/Funcionais do Produto

A referida limitação pode ser extraída do artigo 124, XXI da LPI, que veda o registro de marca que não pode ser dissociada de seu efeito técnico.

Essa norma abrange a chamada “doutrina da funcionalidade”, por meio da qual se exclui da possibilidade de registro a posição funcional, ainda que considerada distintiva e cumpridora das funções marcárias⁶⁰.

Dentro da conjuntura teórica, os bens imateriais criados pelo intelecto humano podem ser classificados quanto à sua funcionalidade em quatro categorias: utilitária, ornamental, distintiva e estética. Em cada tipo de criação predomina uma funcionalidade específica, que se revela no momento de sua exteriorização.

Nessa esteira, a funcionalidade utilitária se refere ao uso ou a finalidade do produto⁶¹, que é tutelada pela figura das patentes. A funcionalidade ornamental, por outro lado, vislumbra a decoração do produto, atraindo a incidência da Lei de Direitos Autorais⁶². A funcionalidade distintiva, como o nome sugere, garante a distintividade à criação em relação aos produtos e serviços que visa identificar, sendo esta a essência da proteção conferida pelo direito marcário. Por fim, a funcionalidade estética abrange tudo aquilo que implementa o bem imaterial de forma a facilitar a venda dos produtos ou serviços ao consumidor, sendo protegida como desenho industrial⁶³.

Esse critério, portanto, impede a concessão de proteção à título de marca quando, na realidade, o bem deveria ser protegido por outro direito industrial.

No mais, na crítica certa de Cesário quanto à funcionalidade estética em relação às marcas de posição, uma vez que elas são consideradas sinais de atração, há o interesse do empresário em atrair visualmente o consumidor para a marca

⁶⁰ BASTOS, Luiz Felipe. *Marcas de Posição: A aquisição de distintividade pelo isso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 87.

⁶¹ PONTES, Leonardo Machado. *Os limites à proteção do trade dress (conjunto imagem): funcionalidade, distintividade, perempção e probabilidade de confusão ou associação – aspectos do direito comparado*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 167, p. 21, jul./ago., 2020.

⁶² BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 162, p. 66, set./out., 2019.

⁶³ *Idem*.

que se almeja registrar⁶⁴. Assim, uma aplicação restrita da funcionalidade estética poderia impedir indevidamente o seu registro, sob argumento de que seria uma característica meramente decorativa.

Portanto, deve haver cuidado na aplicação desse critério, já que sua rigidez pode dificultar o sucesso do registro, especialmente considerando que a funcionalidade pode ser parte inerente dos novos tipos de marcas⁶⁵.

2.5. A Singularidade e Especificidade da Posição

As marcas de posição, por definição, são compostas por um sinal distintivo posicionado em um local peculiar e específico. Esse aspecto dual é o que se entende como os requisitos da singularidade e especificidade⁶⁶.

Inicialmente, a singularidade não exige uma unicidade absoluta da posição, mas sim a sua não habitualidade⁶⁷. Tal noção é vedada através do item 17 da Nota Técnica INPI/CPAD nº 02/2021 e inciso I do artigo 1º da Portaria nº 37/2021.

A especificidade, por sua vez, se refere à proporção do sinal em relação ao suporte onde é inserido. Por meio dela, o INPI busca impedir a colocação do sinal em múltiplos locais, ou até mesmo na sua integralidade, o que poderia confundir a identidade visual do produto ou serviço.

Caso se deseje registrar o elemento em mais de um local, o INPI exige a apresentação de pedidos distintos. Já aqueles que buscam o registro na totalidade do suporte, a tendência é de que a autarquia indefira o pedido por violar o requisito da especificidade. Isso pois, as empresas buscam o registro como forma de obter a propriedade sobre o “conjunto-imagem”⁶⁸ de seus produtos, o que não pode ser feito pela via do direito marcário.

⁶⁴ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *O que são as marcas de posição*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 149, p. 32, jul./ago., 2017.

⁶⁵ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 118.

⁶⁶ KRONEMBERGER, Victor Dreyssig. *A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 180, p. 33, set./out., 2022.

⁶⁷ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 87

⁶⁸ Também conhecido como *trade-dress*, o conjunto-imagem é definido como um sinal distintivo composto por elementos visuais e sensoriais, que possibilitam ao consumidor identificá-los ou distingui-los de outros concorrentes. Nesse sentido: MANZUETO, Cristiane. *Fixação de critérios objetivos para apuração da distintividade nos conflitos de trade dress de produto*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 149, p. 16-17, jul./ago., 2017; PIMENTA, Luiz Edgard Montauray; MENDONÇA, Marianna Furtado de. *Trade dress e a tutela dos websites*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 100, p. 20, mai./jun., 2009;

Portanto, a questão primordial relacionada à especificidade reside na falta de clareza dos parâmetros pelos quais o INPI define a proporção do sinal⁶⁹. O quanto do suporte coberto pela marca violará a especificidade? Essa é uma resposta que tende a ser definida caso a caso pelas decisões administrativas. Entretanto, é evidente que essa postura cria uma insegurança jurídica e aumenta o desinteresse por parte dos empresários em buscar o registro da marca de posição, temendo o indeferimento do pedido.

Por isso, apesar de extremamente pertinentes os critérios para a análise do registro das marcas de posição, fica clara a existência de uma insegurança jurídica quanto a sua aplicabilidade, ficando os depositantes *à mercê* do amadurecimento das decisões administrativas quanto ao tema.

3. OS CASOS LOUBOUTIN: ANÁLISES DE FEITOS NOS ESTADOS UNIDOS, JAPÃO E BRASIL

Após a análise dos critérios utilizados para o deferimento dos pedidos de registro das marcas de posição, resta abordar a sua aplicação prática.

Um dos casos de maior publicidade envolve a tentativa de registro da marca de posição do solado vermelho nos sapatos de Christian Louboutin, que apresentou desfechos distintos no Brasil e em outros países, como nos Estados Unidos e no Japão, escolhidos para comparação com o cenário nacional.

3.1. Estados Unidos: Christian Louboutin vs. Yves Saint Laurent

Inicialmente, é necessário apontar alguns fatos acerca do ordenamento jurídico norte-americano. Nos Estados Unidos, é possível o registro de uma marca cromática, um sinal composto por uma ou mais cores, dispostas de forma a identificar um produto ou serviço em relação aos seus concorrentes⁷⁰. Em 1995, a Suprema Corte norte-americana decidiu, no caso *Qualitex Co v. Jacobson Prods*, pela possibilidade do registro de uma marca cromática que consistisse em uma única cor, o que permitiu à Louboutin registrar o solado vermelho em 2008⁷¹.

⁶⁹ KRONENBERGER, Victor Dreyssig. *A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 180, p. 34, set./out., 2022.

⁷⁰ CASTRO, Beatriz Vergaça. *Sinais Distintivos Não Tradicionais: O Caso Louboutin*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 148, p. 40, mai./jun., 2017.

⁷¹ Red Sole Mark USPTO Registration No. 3361597.

Foi com base nesse direito adquirido que, em 2012, a Louboutin ajuizou uma ação contra a Yves Saint Laurent, que ficou intitulada como o caso "*Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holdings, Inc.*"⁷².

Em 2011, a Yves Saint Laurent lançou para uma coleção de inverno-primavera, sapatos femininos monocromáticos de salto alto. Entre os modelos, havia uma versão na cor vermelha, o que resultou em um solado também vermelho, entrando em conflito com a tonalidade registrada por Christian Louboutin.

Na primeira instância, o pedido autoral de cessação do uso da marca foi indeferido. O magistrado entendeu que a empresa francesa buscava o direito exclusivo sobre a cor vermelha, o que violaria a livre concorrência. Na mesma ocasião, determinou o cancelamento do registro nº 3.361.597 ("*Red Sole Mark*"), com a justificativa de que não havia distintividade na marca.

Em sede recursal, a Louboutin argumentou que o objeto de proteção não era a cor em si, mas sim a sua aplicação em um local específico do sapato. Com isso, a Corte de Manhattan reformou parcialmente a sentença, reconhecendo o *secondary meaning* do solado vermelho. Dessa forma, ficou estabelecido que a Louboutin apenas terá direito sobre o uso do solado vermelho quando este estiver em contraste com outra cor no exterior do sapato.

Assim sendo, foi possível manter o registro da *Red Sole Mark* e, ao mesmo tempo, permitir a comercialização dos sapatos monocromáticos de Yves Saint Laurent. Com esse desfecho, ambas as partes ficaram satisfeitas.

A conclusão do caso, apesar de proferida dentro do direito norte-americano que adota o sistema de uso para registro de marca, contém discussão relevante para este trabalho: o reconhecimento do solado vermelho como marca de posição.

3.2. Japão: O pedido de registro e a ação contra a Eizo

Ainda no plano internacional, é relevante analisar a decisão japonesa que negou o registro da marca de Christian Louboutin, bem como a ação promovida pela empresa francesa em face de uma concorrente japonesa em 2019.

⁷² ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals for the second circuit. *Christian Louboutin S.A. vs. Yves Saint Laurent American Holding*. No 11-3303. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-3303/11-3303-2012-09-05.html>. Acesso em 31 ago. 2024.

De início, cabe ressaltar que o Japão adota o sistema atributivo de registro marcário⁷³, sendo desnecessária a comprovação de uso da marca no mercado. Além disso, em 2015, o Japão passou a admitir o registro de formas não tradicionais.

Nesse contexto, a Louboutin depositou pedido de registro de uma marca cromática para o solado vermelho, que foi posteriormente indeferido pelo Examinador do Escritório de Marcas do Japão⁷⁴. Segundo ele, a cor vermelha é amplamente utilizada em sapatos para melhorar a aparência estética e atrair consumidores e, por isso, a cor, por si só, não teria adquirido distintividade como um indicador de origem da Louboutin entre os consumidores no Japão.

Esse entendimento foi reforçado pelo fato de que, desde antes da introdução dos sapatos de Christian Louboutin no mercado japonês, sapatos de salto com solados vermelhos já eram amplamente comercializados no país.

Administrativamente, a Louboutin recorreu, apresentando uma pesquisa de reconhecimento de marca pelos consumidores como prova da distintividade adquirida da marca. O estudo, conduzido com mais de 3 mil mulheres, revelou que mais de 50% das entrevistadas associaram a cor do solado à Louboutin. Apesar disso, a segunda instância administrativa japonesa manteve o indeferimento.

Considerando essas decisões, a ação promovida pela Louboutin contra a Eizo Collection Co., Ltd., em 2019, não teria como ter um desfecho diferente.

A Louboutin ingressou com uma ação em face da empresa japonesa, alegando a violação de seus direitos intelectuais e concorrência desleal na fabricação de solados vermelhos em sapatos de salto alto, o que poderia causar confusão entre os consumidores.

No continente asiático, a empresa japonesa era reconhecida por comercializar sapatos com solados vermelhos de borracha.

O Tribunal Distrital de Tóquio decidiu contra a Louboutin, argumentando que a empresa não havia conseguido registrar a marca no Japão. O julgador também destacou a existência de uma divisão clara no mercado de sapatos de salto alto, entre as categorias de luxo, acessíveis, de baixo custo e “sem nome”.

⁷³ JUNIOR, Waldemiro Francisco Sorte. *A baixa recorrência ao Judiciário e o uso de meios alternativos de resolução de conflito no Japão: Possíveis implicações para políticas públicas*. Revista Práticas de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 5, nº 01, p. 11, jan./abr., 2021.

⁷⁴ Pedido de Registro nº 2015-29921. Disponível em: <https://www.j-platpat.inpit.go.jp/t0302>.

Como a Louboutin pertence à categoria de luxo e a Eizo à de sapatos acessíveis, não haveria possibilidade de confusão entre os consumidores, especialmente devido às diferenças nos materiais utilizados, como borracha e couro.

Portanto, os magistrados japoneses tiveram conclusões diferentes para o mesmo sinal, quando em comparação com as decisões norte-americanas.

3.3. Brasil: A tentativa de registro da marca de posição

Em 2009, foi realizado o depósito do pedido de registro do solado vermelho⁷⁵ no Brasil.

Na época, não havia regulamentação específica sobre a marcas de posição. No entanto, com a entrada em vigor da Portaria nº 37/2021, o pedido foi republicado⁷⁶.

Contudo, por meio da RPI nº 2.734, o pedido foi indeferido. Na decisão, o INPI concluiu que a cor, mesmo aplicada em uma posição singular e peculiar de um suporte, não constitui um sinal distintivo para caracterização de marca de posição, baseando o indeferimento nos artigos 122 e 124, VIII, da LPI, no parágrafo único do artigo 84 da Portaria nº 08/2022 e no item 5.13.2 do Manual de Marcas.

Ou seja, a decisão foi fundamentada de forma semelhante aos casos ocorridos nos Estados Unidos e no Japão.

Com isso, a titular do pedido de registro ajuizou uma ação anulatória da decisão administrativa, que atualmente tramita na 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro⁷⁷. A empresa alegou que o INPI teria, entre outros pontos, (i) violado os artigos 122 e 124, VIII, da LPI, e (ii) desconsiderado a distintividade adquirida pelo uso prolongado da marca, uma vez que a Louboutin faria uso do solado vermelho em todos os seus calçados desde 1992, reconhecida mundialmente por sua singularidade, identidade, distintividade e exclusividade, características que a diferenciam dos concorrentes no mercado.

⁷⁵ Reg. nº 901514225. Disponível em: <https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController>. Acesso em 29 ago. 2024.

⁷⁶ Seguindo as orientações da Portaria nº 71/INPI.

⁷⁷ BRASIL, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação de Procedimento Comum nº 5082257-22.2023.4.02.5101. Autor: Clermon Et Associés. Réu: INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro, em tramitação.

Nos autos, a Louboutin reforçou a notoriedade e o reconhecimento pelo mercado consumidor da característica de seus sapatos, a partir de um parecer elaborado por Kone Prieto Fortunato Cesário e Gustavo Cesário, que demonstrou a distintividade por meio do conceito de *secondary meaning*, sustentada por uma pesquisa de mercado.

Não por acaso, em novembro de 2024, foi proferida sentença reconhecendo o *secondary meaning* da marca e, por esta razão, foi determinado ao INPI a efetivação do registro. Atualmente, aguarda-se o trânsito em julgado da decisão.

3.4. Análise Comparativa dos Casos

A questão da distintividade foi o denominador comum entre todos os casos analisados para que a Louboutin conseguisse os registros marcários almejados.

No caso norte-americano, em primeira instância, foi possível observar a aplicação da doutrina da funcionalidade estética, resultando no cancelamento do registro da *Red Sole Mark*, em desacordo com a jurisprudência consolidada da Suprema Corte, que admite a proteção de uma cor, *per se*, como marca.

Além disso, essa decisão desconsiderou os estudos sobre o *secondary meaning*, que permitiram a Louboutin obter o registro da cor naquela posição específica e singular do suporte.

Nesse sentido, a decisão final, após a reversão em segunda instância, foi enfática: os concorrentes podem usar a cor vermelha nos seus *designs*, mas não naquela posição específica e com contraste ao restante do sapato. Isso não fere o princípio da livre concorrência, pois o que impulsiona o consumidor a adquirir o produto é a associação mental entre ele a sua origem, ainda mais ao se cuidar de um segmento de luxo onde o *status* econômico desempenha um papel central⁷⁸.

Por outro lado, no Japão, a Louboutin não obteve sucesso em comprovar esse requisito. A decisão de indeferimento na primeira instância administrativa foi baseada na ausência de distintividade, interpretando o uso do solado vermelho como um mero atributo estético. Mais uma vez, foi aplicada a doutrina da funcionalidade estética, como nos Estados Unidos. Já em segunda instância e

⁷⁸ CASTRO, Beatriz Vergaça. *Sinais Distintivos Não Tradicionais: O Caso Louboutin*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 148, p. 48, mai./jun., 2017.

no Judiciário, a Louboutin não conseguiu demonstrar a distintividade adquirida, sobretudo em razão de uma prática mercadológica preexistente no Japão, onde sapatos de salto alto com solado vermelho já eram comercializados.

No Brasil, embora o INPI não tenha aplicado o fenômeno do *secondary meaning*, a juíza responsável reconheceu a sua existência, de modo a reverter a decisão administrativas proferida em negativa.

Inicialmente, seria possível entender o uso da cor como uma adequação estética por parte do designer francês, como ocorreu em primeira instância no caso americano e japonês (administrativamente). Entretanto, no Brasil, o uso publicitário e prolongado da marca⁷⁹ gerou uma identidade única e uma diferenciação dos produtos Louboutin em relação aos concorrentes, o que impede a aplicação da doutrina da funcionalidade estética.

No mais, em distinção ao Japão, no Brasil há uma percepção de distintividade dos saltos da Louboutin. A pesquisa apresentada por Kone e Gustavo Cesário demonstrou que mais de 80% dos consumidores associam o solado vermelho à marca Louboutin, um resultando significativamente superior ao reconhecimento de 50% obtido no Japão.

Esse contraste evidencia o impacto das práticas de mercado no Ocidente e no Oriente na aplicação da distintividade adquirida.

No Brasil, essa forte associação entre o produto e a marca pode ser explicada por uma análise sociológica. A pesquisa do SPC Brasil, realizada em 2023, revelou que quase 70% dos brasileiros buscam produtos falsificados ou réplicas⁸⁰, especialmente produtos de luxo. Esse mercado paralelo só existe porque há um desejo culturalmente enraizado por produtos de grandes marcas⁸¹, o que reflete os valores intangíveis atribuídos ao consumo de luxo. Essa idealização cultural facilita a associação do consumidor com a marca, contribuindo para a comprovação da distintividade adquirida.

Portanto, a questão da distintividade de uma marca, especialmente no caso

⁷⁹ LIM, Eugene C. *More than fifty shades of grey: single colors, position marks, and the self-containment criterion*. The Trademark Reporter – The Law Journal of the International Trademark Association, v. 109, nº 4, jul/ago, 2019.

⁸⁰ Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/release_falsificados1.pdf.

⁸¹ SALES, Gabriela Maroja Jales de. *O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces*. Orientador: Adriano de León. Dissertação de Pós-Graduação. Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2010. p. 28.

de marcas cromáticas e de posição, continua a ser um grande obstáculo para o registro dessas modalidades.

A análise comparativa dos casos envolvendo o solado vermelho da Louboutin ilustram como o *secondary meaning* pode ser difícil de comprovação, o que reforça a necessidade de uma uniformização do fenômeno nas diferentes jurisdições.

CONCLUSÃO

Na Constituição Federal, em seu artigo 3º, o legislador se compromete a agir em prol do desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Isso evidencia o intuito constitucional não só de incentivar as novidades no ordenamento jurídico, mas de protegê-las. Apesar disso, o que se observa é a dificuldade de se concretizar esse objetivo.

A busca por novas formas de se destacar no mercado competitivo inclui o registro de novas marcas. Por isso, as suas diferentes formas de apresentação se mostram como opção aos empresários para inovar no mercado.

Assim, permitir a efetividade para que diferentes formas de registro sejam devidamente exploradas – e consequentemente concedidas –, pode ser considerada uma maneira de incentivar e proteger a livre concorrência e livre iniciativa.

No mais, como explicitado, a distintividade é um dos requisitos mais importantes do registro marcário – se não o mais relevante –, considerando que traduz a função primordial da marca: distinguir.

Dessa forma, é possível dizer que um dos maiores empecilhos enfrentado pelo depositante de um pedido de registro de marca de posição no Brasil decorre da dificuldade em se comprovar esse requisito.

Como dito, a Lei de Propriedade Industrial pouco limitou se a distintividade deveria ser inerente ou adquirida, apenas exigindo que o sinal registrável seja visualmente perceptível e distintivo. No entanto, o INPI ainda carece de parâmetros e regulamentos para avaliar a *distintividade adquirida*, um conceito amplamente aceito no cenário internacional e previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Ao longo deste trabalho, ficou demonstrado que requerer das marcas de posição uma distintividade intrínseca nada mais é do que limitar essa forma de apresentação, bem como de outras marcas não tradicionais. Essa exigência, portanto, não reflete a realidade peculiar delas.

É importante dizer que as precauções adotadas pelo INPI não são despropositadas, especialmente considerando que a regulamentação das marcas de posição foi introduzida apenas em 2021.

Porém, considerando que diversos pedidos de registros acabam sendo indeferidos pela ausência de regulamentação desse fenômeno, os pedidos deveriam, ao menos, serem sobrestados para análise futura. Nesse cenário, o titular garante o direito de precedência com o depósito, previsto no art. 129 da LPI, preservando uma parte do seu interesse de registro.

Por outro lado, é possível dizer que a regulamentação do tema poderia gerar um *backlog* na análise administrativa dos pedidos de registro, aumentando o procedimento e prazo. Todavia, a sua ausência gera efeitos negativos fora da seara administrativa: hoje, muitos indeferimentos acabam levando ao ajuizamento de ações anulatórias, sobrecarregando cada vez mais o Judiciário.

Em conclusão, a relutância do INPI em aplicar o *secondary meaning* reflete um atraso administrativo significativo em comparação com outros países, contraditório, inclusive, com precedentes recentes do próprio Judiciário brasileiro e legislações internacionais a que o Brasil é signatário.

Com essa regulamentação, será possível tornar realidade os objetivos constitucionais, de modo a proteger as marcas de posição e, consequentemente, as novas marcas que cada vez mais ganham espaço no mercado concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAKER, David. A. Marcas: Brand Equity, Gerenciando o Valor da Marca. 10ª ed. Tradução: André Andrade. São Paulo: Elsevier Editora, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. As funções da marca e os descritores (metatags) na internet. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 61, nov./dez., 2002.

BAIOCCHI, Enzo. A proteção da marca notoriamente conhecida fora do campo de semelhança

- entre produtos e serviços: a (não) aplicação do art. 16.3 do TRIPs no Brasil. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 102, set./out., 2009.
- BARBAS, Leandro Moreira Valente. *Marcas Não Tradicionais: A Propriedade Intelectual dos Novos Tipos de Sinais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Simbiótica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *As Marcas de Alto Renome perante o Princípio da Função Social da Propriedade*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 110, jan./fev., 2011.
- _____. *A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 162, set./out., 2019.
- _____. *Curso de Concorrência Desleal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.
- BASTOS, Luiz Felipe. *Marcas de Posição: A aquisição de distintividade pelo uso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- BEYRUTH, Viviane. *Quando a marca fraca se torna forte: secondary meaning*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BORBA, Ana Lúcia de Sousa. *Marcas de posição e sua regulamentação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 149, jan./fev., 2022.
- CASTRO, Beatriz Vergaça. *Sinais Distintivos Não Tradicionais: O Caso Louboutin*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 148, mai./jun., 2017.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial: Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos*. Atualizado por SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Volume I. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *O que são as marcas de posição*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 149, jul./ago., 2017.
- _____. *Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2020.
- DINIZ, Carolina Rodrigues. *A utilização do procedimento arbitral em demandas de nulidade marcária*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 183, mar./abr., 2023.
- DINWOODIE, Graeme B. *The death of ontology: a teleological approach to trademark law*. *Iowa Law Review*. Iowa, v. 84, n. 4, maio/1999.
- FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Marcas e Prática Antitruste*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

- JUNIOR, Waldemiro Francisco Sorte. A baixa recorrência ao Judiciário e o uso de meios alternativos de resolução de conflito no Japão: Possíveis implicações para políticas públicas. *Revista Práticas de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 5, nº 01, jan./abr., 2021.
- KLEIN, Naomi. *Sem Logo: A Tirania das Marcas em um Planeta Vendido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Record, 2003.
- KRONEMBERGER, Victor Dreyssig. A proteção jurídica das marcas de posição no Brasil. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 180, set./out., 2022.
- LIM, Eugene C. More than fifty shades of grey: single colors, position marks, and the self-containment criterion. *The Trademark Reporter – The Law Journal of the International Trademark Association*, v. 109, nº 4, jul./ago, 2019.
- MANZUETO, Cristiane. Fixação de critérios objetivos para apuração da distintividade nos conflitos de trade dress de produto. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 149, jul./ago., 2017.
- MELLO, Fernanda Fujita de Castro. *Marca notória: um estudo sobre a aquisição e perda de distintividade de marcas decorrentes de sua notoriedade*. Orientador: Fábio Ulhoa Coelho. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- MULLER, Larissa Korff. Publicidade Comparativa – O Embate entre a Exclusividade da Marca e o Interesse do Consumidor à Informação à Luz das Decisões do CONAR nos Últimos Dez Anos. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 140, jan./fev., 2016.
- PIMENTA, Luiz Edgard Montauray; MENDONÇA, Marianna Furtado de. Trade dress e a tutela dos websites. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 100, mai./jun., 2009.
- PONTES, Leonardo Machado. Os limites à proteção do trade dress (conjunto imagem): funcionalidade, distintividade, perempção e probabilidade de confusão ou associação – aspectos do direito comparado. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)*, Rio de Janeiro, nº 167, jul./ago., 2020.
- RIDEAU, Camille. Position Mark: A Category of Signs Eligible for Trademark Protection? Different Standards of Examination, Different Scope of Protection? *Centre d'Études Internacionales de la Propriété Intellectuelle, Valorisation des Biens Immatériels, Masters 2*. Strasbourg: Université de Strasbourg, 2010.
- SALES, Gabriela Maroja Jales de. O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces. Orientador: Adriano de León. Dissertação de Pós-Graduação. Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2010.
- SANTAELLA, Lucia. *Semiótica Aplicada*. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- SANTOS, Felipe Ferreira Simões dos. *Marca de Posição: Aplicabilidade da tutela proprietária ao sinal identificador de prestação de serviço*. 1ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2024.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. A Distintividade da Marca: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIERVI, Amanda Fonseca de. Marcas: secondary meaning e degeneração. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SKIBINSKI, Francielle Huss. O fashion law no direito brasileiro. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 148, mai./jun., 2017.

TEIXEIRA, Luciano. O que muda para o mercado jurídico no Brasil com a aprovação do primeiro registro de marca de posição para a Osklen? LexLatin, 12 de jun. 2023. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/reportagens/marcas-de-posicao-no-mercado-brasileiro-e-sua-importancia-para-pi>.

VIAGEM, Salomão Antônio Muressama. Função distintiva da marca: alargamento ou redução do seu significado? Revista Electrónica de Direito (RED), Porto, v. 17, nº 3, out., 2018.

VIEIRA, Flávia Côrrea. Obras de arte aplicada em marcas tridimensionais para embalagens face ao direito brasileiro com dupla proteção ou sobreposição. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), Rio de Janeiro, nº 174, set./out., 2021.

FONTES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.688.243/RJ. Recorrentes: IGP Eletrônica S.A. e INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Recorrido: Apple INC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 20 de novembro de 2018. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação de Procedimento Comum nº 5082257-22.2023.4.02.5101. Autor: Clermon Et Associés. Réu: INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro, em tramitação.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the second circuit. Christian Louboutin S.A. vs. Yves Saint Laurent American Holding. No 11-3303. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-3303/11-3303-2012-09-05.html>. Acesso em 31 ago. 2024.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Federal da 2ª Região (1ª Turma Especializada). Apelação Cível nº 0009502-37.2013.4.02.5101. Apelante: INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Apelado: Beleza Natural Cabelereiros Ltda. Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié. Rio de Janeiro, RJ, 16 de março de 2017. Acesso em: 30 jul. 2024.

FONTES ADMINISTRATIVAS

BRASIL. Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021. Procedimentos referentes à análise de pedidos de registro de marcas de posição. Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/NTINPICAPD0221.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Portaria/INPI/PR Nº 8, de 17 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a recepção e o processamento de pedidos e petições de marca e sobre o Manual de Marcas. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/>

[servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_PR_08_2022_consolidada_agosto_2023.pdf](#). Acesso em: 10 abr. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Portaria/INPI/PR Nº 37, de 13 de setembro de 2021. Dispõe sobre a registrabilidade de marcas sob a forma de apresentação marca de posição, à luz do estabelecido pelo art. 122 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt/br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/copy2_of_PORT_INPI_PR_37_2021.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Portaria/INPI/PR Nº 71, de 07 de novembro de 2022. Dispõe sobre a disponibilização do peticionamento relativo a requerimentos de pedidos de registro de marca de posição no Sistema eINPI. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_71_2022.pdf. Acesso em: 30 ago. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Manual de Marcas: Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas. Atualizado em 24/08/2024, Rio de Janeiro: 2024. Disponível em: <https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki>. Acesso em: 10 jun. 2024.

GRATUIDADE NO PROCESSO CIVIL: LEGISLAÇÃO, APLICAÇÃO E REALIDADE DO BENEFICIÁRIO

Cleverson Martins Nolasco de Oliveira¹

Resumo: A gratuidade judiciária é um instrumento essencial para garantir o acesso à justiça, especialmente aos financeiramente hipossuficientes. Porém, o Código de Processo Civil não prevê requisitos objetivos para sua concessão. Diante do impacto econômico sobre o custo do processo e a possibilidade de haver abusos na concessão da gratuidade judiciária, questiona-se sobre a viabilidade da imposição de critérios objetivos para análise da hipossuficiência financeira, sobre quem teria legitimidade para trazê-los e sobre a forma como poderiam ser estabelecidos, sem que houvesse desprezo às reais condições do litigante que alega necessitar da gratuidade de justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Gratuidade judiciária. Hipossuficiência financeira. Custo do processo.

ACCESS TO JUSTICE IN CIVIL PROCEDURE: LEGISLATION, APPLICATION, AND THE REALITY OF BENEFICIARIES

Abstract: Judicial gratuity is a crucial mechanism for ensuring access to justice, especially for those who are financially disadvantaged. However, the Code of Civil Procedure lacks objective criteria for its allocation. Considering the economic implications of litigation costs and the potential for misuse in granting judicial gratuity, it is essential to explore the feasibility of establishing objective criteria to assess financial insufficiency. This raises questions about who would have the authority to define these criteria and how

¹ Doutorando e Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP (São Paulo/SP – Brasil). Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo/SP – Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Paulista – UNIP (São Paulo/SP – Brasil). Procurador do Município de Osasco/SP. Professor universitário. E-mail: cleversonnolasco@hotmail.com.

they could be implemented without overlooking the actual conditions of litigants who require free legal aid.

Keywords: Access to justice. Judicial gratuity. Financial insufficiency. Litigation costs.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um dos alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível para assegurar a proteção dos direitos e a resolução de conflitos de maneira legítima e equitativa. No entanto, na realidade brasileira, essa garantia enfrenta inúmeros obstáculos que comprometem sua efetividade, sobretudo no que concerne à capacidade de parte significativa da população de arcar com os custos associados ao processo judicial. Nesse contexto, a gratuidade judiciária desponta como um mecanismo de inclusão social e jurídica, viabilizando a participação de indivíduos e grupos economicamente vulneráveis no sistema de justiça.

Entretanto, a concessão da gratuidade judiciária não está isenta de controvérsias. Além de sua importância na promoção da igualdade de acesso ao Judiciário, surgem preocupações acerca do impacto econômico para o Estado e para o equilíbrio do sistema judicial. A inexistência de critérios objetivos claros para sua aplicação pode, supostamente, gerar decisões discrepantes e fomentar o uso abusivo do instituto, potencialmente ampliando o número de litígios de forma desnecessária. Assim, a análise da gratuidade judiciária não se limita ao âmbito jurídico, mas envolve também dimensões econômicas, políticas e sociais.

Este artigo examina os fundamentos da gratuidade judiciária no direito brasileiro, discutindo seu conceito, abrangência e perfil dos beneficiários. Em uma perspectiva crítica, o texto aborda os desafios decorrentes da subjetividade legislativa e jurisprudencial na aferição da hipossuficiência financeira, além de investigar os possíveis caminhos para aprimorar sua aplicação.

A pesquisa também analisa as implicações da gratuidade judiciária para a eficiência do sistema judicial, considerando tanto a necessidade de inclusão quanto a sustentabilidade econômica e administrativa do Poder Judiciário. Ao explorar o tema e investigar algumas premissas de seu tratamento acadêmico e jurisprudencial, desmistifica-se alguns aspectos relativos à legislação, à aplicação

do instituto e à realidade de seus beneficiários e, mais do que isso, busca-se contribuir para a construção de um entendimento equilibrado que alie a garantia de direitos ao uso responsável dos recursos públicos.

1. O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVIDADE DE ACORDO COM A REALIDADE DOS LITIGANTES

No Brasil, onde consagrou-se uma verdadeira cultura do litígio ou, nas palavras de Kazuo Watanabe, “cultura da sentença”, o processo tornou-se o instrumento de resolução de controvérsias mais utilizado². Isso porque, dentre outros fatores, já na formação dos profissionais do direito, há grande enfoque no processo judicial como principal método de resolução dos conflitos, no qual uma sentença proferida por uma figura externa ao conflito – um magistrado ou um tribunal, por exemplo – impõe uma solução imperativa, sem espaço para adequação da controvérsia através da preponderância da vontade das partes efetivamente envolvidas (WATANABE, 2005, p. 684-690).

Entretanto, apesar do largo aproveitamento das ações judiciais para tentativa de solução dos impasses que permeiam as relações sociais, diversos questionamentos podem ser realizados a respeito da concretização do acesso à justiça. Ou seja, em razão dos desafios, de naturezas diversas, enfrentados por considerável parcela da sociedade, o elevado número de processos não se reflete em um amplo acesso ao sistema judiciário pela população.

Dentre tais desafios, destaca-se o custo para se demandar em juízo, afinal, a propositura de uma ação, normalmente, exige o pagamento das custas judiciais e, dependendo do caso concreto, pode haver a necessidade de arcar com diversas outras despesas processuais, como no caso de diligências a serem realizadas, por exemplo, pelos oficiais de justiça e peritos judiciais. Desse modo, pode-se vislumbrar uma barreira de acesso que perpassa pela própria desigualdade socioeconômica que estrutura a sociedade brasileira.

² Essa constatação advém dos dados divulgados pelo próprio Poder Judiciário, segundo o qual “quase 84 milhões de processos em tramitação, distribuídos por 91 tribunais (mais de 80% na Justiça Estadual), passam nas mãos de 18 mil juízes e 275 mil servidores brasileiros para serem solucionados. Um índice de judicialização que não para de crescer e que chegou, em 2023, a 35 milhões de novos casos, um aumento de quase 9,5% em relação ao ano anterior”. **Justiça em números 2024:** Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/> Acesso em 08 de nov.2024.

Assim, diante de uma realidade social desigual, como definir o acesso à justiça? Qual acepção de justiça pretende-se acessar? De acordo com Ruiz (2021), “a locução ‘Acesso à Justiça’, no plano do direito, representa esse segundo sentido, ou seja, a possibilidade de alcançar algo, que é justamente o valor ‘Justiça’”.

Sem dúvida, determinar o que se entende por justiça ou por aquilo que é justo sempre foi um dos grandes desafios de pensadores, filósofos e juristas, em todas as épocas da humanidade. Para enfrentar essa tarefa, pode-se recorrer aos conceitos clássicos desenhados por Aristóteles acerca da Justiça e do justo, presentes no Livro V, da Ética a *Nicômaco*, cujos contornos influenciam o pensamento ocidental desde a Antiguidade.

Na concepção aristotélica, a justiça pode ser vista a partir de diferentes perspectivas. Para o filósofo, haveria a justiça geral, na qual estão compreendidas todas as virtudes e a justiça particular, que, por sua vez, se subdivide em justiça distributiva – revelada, por exemplo, na distribuição de honras, dinheiro ou outras coisas que podem ser divididas – e em justiça corretiva, identificada no exercício de uma função retificadora das transações entre particulares (ARISTÓTELES, 1991, p. 98 e 101).

Ao que parece, ambas as acepções da justiça particular trazidas por Aristóteles podem auxiliar na construção de um entendimento sobre o acesso à justiça. Com efeito, se a ideia é buscar um instrumento que possa corrigir os defeitos e/ou vícios existentes nas relações entre os particulares, a sentença proferida em um processo judicial trará em seu bojo comandos que farão valer a justiça corretiva. Desse modo, compreende-se que o acesso à justiça significa garantir que todos possam buscar a intervenção estatal para equacionar relações jurídicas controvertidas.

Por outro lado, concomitantemente à tal correção, é patente a necessidade de aplicação simultânea da ideia de justiça distributiva, que, segundo Aristóteles, consiste em atribuir a cada um o que é seu, de modo que a distribuição ocorrerá de acordo com as pessoas e com as coisas envolvidas *in concreto*. Logo, se as pessoas não são iguais, tampouco poderão receber coisas iguais.

Dessarte, a partir dessa premissa de justiça distributiva, o acesso à justiça vai além de garantir apenas a busca por uma sentença judicial que solucione um conflito. De fato, para que o acesso à justiça se concretize, tanto no campo corretivo quanto no campo distributivo, é preciso que a solução imperativa atribua solução ao conflito sem deixar de conferir a cada um o que é seu, devendo

o Estado tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Sob esse viés, considerando que o funcionamento do sistema judiciário gera custos inerentes à sua atividade, não há prejuízo ao acesso à justiça a previsão legal que exija o pagamento de custas e despesas processuais àquele que possui condições financeiras de pagá-las. No entanto, é também sob essa lógica que, para os desprovidos de condições financeiras - e, portanto, desiguais em relação àqueles que as possuem - deve ser reconhecido o direito à gratuidade para ingressar em juízo, sob pena de se infirmar o seu direito de acesso à justiça.

Não há como negar que o ingresso no sistema judiciário para buscar a salvaguarda de direitos está fortemente ligado à realidade dos litigantes, mas antes, sobretudo no período anterior ao surgimento do instituto da gratuidade judiciária, tal circunstância costumava ser ignorada. Nessa toada, durante o período dos Estados liberais burgueses, o direito de ação era entendido apenas como um direito formal de ajuizar uma ação e somente estaria em juízo aquele que pudesse arcar com as despesas do processo, sem qualquer preocupação estatal com fatores de inacessibilidade, como a desigualdade socioeconômica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2023).

Aliás, Cappelletti e Garth (1988, p. 10) alertam exatamente para o fato de que as diferenças entre os litigantes em potencial no acesso ao sistema e a disponibilidade de recursos financeiros para suportar o litígio são fatores que não podem ser negligenciadas nas ponderações sobre o assunto. Realmente, em muitos casos, ao analisar os dispêndios necessários para obter um provimento jurisdicional, muitas pessoas acabam não ingressando em juízo, já que as despesas começam muito antes, a começar pela própria contratação de um profissional que lhe dê assistência jurídica.

Consequentemente, nos ordenamentos contemporâneos, o direito de ação passou a sofrer novos questionamentos, uma vez que a fragilidade do exercício de ação diante dos desafios sociais e econômicos tornou-se cada vez mais evidente, abrindo espaço para a consciência de que, sem a garantia de um real acesso à justiça, não é possível concretizar os direitos tendentes a garantir uma forma de sociedade mais justa em todos os aspectos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2023).

A partir de então, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2023), “o direito de ação passou a ser pensado sob o slogan de “direito de acesso à justiça”, perdendo a característica de instituto indiferente à realidade social”. Nessa visão, não bastam apenas previsões normativas que reconheçam formalmente o direito de ingressar em juízo. É preciso ir além para criar e consolidar instrumentos que possibilitem o acesso à justiça de forma efetiva, como é o caso da concessão da isenção do pagamento das custas e despesas processuais aos mais necessitados, equilibrando tanto a relação entre os litigantes, dentro do processo, quanto entre os cidadãos em meio às desigualdades que estratificam suas relações no tecido social.

Assim, considerando sua imprescindibilidade para o exercício da cidadania, o direito de acesso à justiça pode ser assentido sob o *status* de um direito humano, fundamentado no “reconhecimento da dignidade humana do indivíduo, na medida em que é o pressuposto basilar para a tutela de todos os demais direitos” (RIBEIRO; MACHADO, 2018, p. 115).

Deveras, a ideia de acesso à justiça parece ser indissociável da ideia de direitos humanos na construção histórica dos Estados contemporâneos. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres Homem de 1948, em seu artigo XVIII, nesse sentido, estabelece que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos”. Na mesma toada, o tratado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também de 1948, em seu artigo 8.º dispõe que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Há quem entenda, inclusive, que no Brasil o acesso à justiça deve ser tratado sob o *status* de direito fundamental, porquanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da análise do dispositivo constitucional, pode-se extrair que o exercício do direito de ação é o que garante o acesso à justiça, visto que é ele o instrumento que permite ao interessado apresentar suas pretensões em juízo e receber, sobre estas, um pronunciamento judicial (GONÇALVES, 2022, P. 67).

Outrossim, além de ser categorizado ora como componente dos direitos humanos ora como direito fundamental, o acesso à justiça também pode ser

visto como “norma-princípio, garantidora de direitos violados ou ameaçados” (RUIZ, 2021). Nessa lógica, Ruiz (2021) defende a necessidade de que o acesso à justiça seja considerado um princípio, afinal, trata-se de um mandamento nuclear e fundamental que informa todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, ultrapassando a ideia de que não é suficiente buscar uma prestação jurisdicional por si só, Marinoni defende que o acesso à justiça pressupõe o acesso a um processo justo, a uma justiça imparcial, que permita às partes participarem efetiva e adequadamente do processo jurisdicional, com vistas à efetividade da tutela dos direitos (MARINONI, 1999, p. 28). Essa efetividade perfeita, para Cappelletti e Garth (1988, p. 15), “poderia ser expressa como completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas”.

Existem, todavia, diversos obstáculos que prejudicam a invocada paridade de armas e, conseqüentemente, infirmam a garantia do acesso à justiça, dando-se destaque para o custo do processo, fator que pode privar ou inibir as pessoas de exercerem o seu direito de ação. De fato, a utilização do processo judicial pode trazer aos envolvidos consequências de ordem patrimonial, que vão desde a contratação de um advogado, o pagamento das custas iniciais para o processamento da ação e, ainda, a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do patrono da parte contrária.

Em razão dos mais variados desafios enfrentados pelas pessoas que pretendem ingressar em juízo, Cappelletti e Garth (1988, p. 15) desenvolveram a teoria em que apontam soluções para garantir a efetividade do acesso à justiça. Dentre as três ondas de acesso à justiça trazidas pelos autores – assistência judiciária gratuita, proteção dos interesses metaindividuais e o enfoque de acesso à justiça como método de solução efetiva dos conflitos - dar-se-á destaque à primeira onda. Segundo esta, deve-se proporcionar serviços jurídicos para os socialmente vulneráveis, haja vista que o auxílio de um advogado é essencial para compreender a complexidade das leis, de tal sorte que “a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 15).

Baseando-se na ideia de que devem ser disponibilizadas as assistências jurídica e judiciária aos mais pobres, é possível entender que a primeira onda de acesso à justiça também engloba, ainda que tácita ou implicitamente, o direito

à dispensa do pagamento das custas judiciais e das despesas com o processo - obviamente para os considerados financeiramente hipossuficientes. Deveras, não haveria qualquer sentido na oferta, pelo Estado, de assistência jurídica gratuita à pessoa tida como hipossuficiente, mas, em contraposição, impor-lhe a responsabilidade de arcar com os custos do processo. Afinal, isso significaria um esvaziamento do seu direito de acesso à justiça.

Por outro lado, não há como ignorar o fato de que o processo é oneroso e traz despesas aos cofres públicos que são indiretamente suportadas pela sociedade, sobretudo quando são deferidos os benefícios da gratuidade judiciária. Portanto, há de se concordar que o uso abusivo do instituto precisa ser inibido, considerando que as concessões indevidas, ou seja, para quem delas não necessita e não tem direito, acarretam prejuízos para aqueles que, de fato, fazem jus ao benefício. Afinal, os recursos orçamentários, humanos e estruturais, inclusive do Poder Judiciário, são limitados e esgotáveis (OLIVEIRA, 2019, p. 323).

Desse modo, o julgador precisa ter cautela na análise dos pedidos de tal benesse, muito embora a legislação processual brasileira seja omissa em relação ao estabelecimento de critérios objetivos para sua concessão, conforme veremos adiante.

2. O CUSTO DO PROCESSO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em razão de seu uso supostamente excessivo e do consequente aumento do número de processos, bem como de todo o custo envolvido para a entrega da prestação jurisdicional, a gratuidade judiciária é um tema que gera discussões nas mais variadas esferas, sejam elas política, econômica, jurídica ou social. Isso porque o funcionamento do Poder Judiciário depende de elevado aporte orçamentário por parte do Estado, a fim de custear não somente a força humana de trabalho, como também as dependências dos fóruns, a aquisição de equipamentos eletrônicos e sistemas informatizados, entre outros.

Nesse contexto, acrescenta-se, ainda, que um relatório do Tesouro Nacional revelou que o custo do Judiciário brasileiro, no ano de 2022, foi de R\$116 bilhões. Contudo, apesar da soma aparentemente exorbitante, o atual Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luís Roberto Barroso, ressalta que o que deveria ser questionado é o quanto vale o Poder Judiciário ao Brasil. Afinal,

além de possuir a missão de solucionar os conflitos de maneira imparcial e sem ingerência política, trata-se do sistema judiciário mais produtivo do mundo e que julga mais de 30 milhões de processos por ano, arrecadando, ainda, cerca de 70% (setenta por cento) do que despende (BARROSO, 2024).

O crescimento do número de processos, contudo, pode provocar questionamentos acerca da possibilidade de que o aumento dos casos levados ao Judiciário também possa ser uma consequência da concessão massiva da gratuidade judiciária, sobretudo aos litigantes que eventualmente não fizessem jus à tal benesse. Contextualizando, o último relatório do CNJ (Justiça em Números), revelou que mais de 34 milhões de processos foram julgados no ano de 2023³, de modo que há plausibilidade em indagar se é o benefício da gratuidade da justiça o que colabora, diretamente ou indiretamente, com o avolumamento de processos.

Para auxiliar na compreensão dessa problemática, o emprego da análise econômica do Direito, cuja principal característica consiste no ato de “concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências” (FUX; BODART, 2020, p. 2), mostra-se valioso. Assim, à luz da análise econômica do Direito, deve-se perquirir quais são os efeitos causados pela norma jurídica que possibilita o ingresso em juízo pelos mais pobres, com a isenção do pagamento das custas e despesas processuais.

Portanto, questiona-se: as disposições constitucionais e legais que permitem a gratuidade judiciária têm como principal consequência a efetividade do acesso à justiça aos mais necessitados? Ou seria o aumento do dispêndio estatal para suportar a prestação do serviço judicial, em razão do acúmulo de processos, decorrente de uma suposta facilidade que o litigante tem de acessar o Poder Judiciário?

O fato é que os indivíduos agem conforme os incentivos ou desincentivos que a própria norma jurídica provoca, visto que “a regulação de condutas pelo direito é marcadamente alicerçada na previsão de regras indutoras de comportamento, por meio da utilização de estímulos e sanções” (MÜLLER, 2017). Apoiado nessa premissa, o exame das normas que garantem a gratuidade judiciária pode levar

³ **Justiça em números 2024:** Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. 28 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/#:~:text=Ao%20apontar%20o%20aumento%20do,%3A%20houve%20aumento%20de%207%25>. Acesso em 02 de nov.2024.

ao resultado interpretativo de que o Estado está incentivando a propositura de ações, afinal, a parte beneficiada não arcará com nenhuma despesa processual.

Nesse sentido, preocupando-se com o excesso de ajuizamento de ações infundadas, Marcellino Junior (2014, p. 45) explica que:

A gratuidade processual, em muitos casos, pode se tornar um estímulo ao interessado em propor uma demanda judicial. Como não irá sucumbir na ação com o pagamento de custas e honorários advocatícios, o proponente pode demandar em juízo mesmo quando suas chances são mínimas de alcançar sucesso em sua pretensão inicial.

Sem dúvidas, a propositura exagerada de ações não traz benefícios à sociedade, uma vez que tal comportamento pode tornar o Poder Judiciário ainda mais moroso, ante o acúmulo de processos, colocando em risco a razoável duração das ações e a efetividade do provimento jurisdicional. Essa realidade pode ser facilmente retratada com a figura dos grandes litigantes que, na verdade, não propõem ações judiciais, mas fazem com que estas sejam ajuizadas contra si. Para ilustrar, de acordo com os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é o maior litigante no polo passivo, cujas demandas ultrapassam a marca de 04 (quatro) milhões de processos, seguido imediatamente pela Caixa Econômica Federal, com mais de 02 (dois) milhões de casos pendentes.

A análise econômica do Direito, entretanto, também permite compreender o excesso de litigância, levando em consideração os estímulos econômicos existentes para ingressar em juízo, mormente quando isso não seja custoso ao litigante (BECKER; ROSA, 2016, p. 2). Nesse ponto, há quem entenda que o abuso do direito de litigar em juízo também decorre da forma como as custas judiciais são cobradas, haja vista que em alguns Tribunais do país os valores chegam a ser módicos se comparados com o custo efetivo de um processo judicial (BECKER, 2016, p. 2).

Quanto à cobrança das custas judiciais pelos Tribunais de Justiça no país, o documento denominado “Diagnóstico das Custas Processuais Praticadas nos Tribunais”, referente ao ano de 2023 e disponibilizado pelo CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023), revela que na Justiça Federal, por exemplo, as custas iniciais são fixadas e uniformizadas para todos os órgãos, garantindo-se um mínimo de R\$5,32 (cinco reais e trinta e dois centavos) e um máximo de R\$957,69 (novecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e nove centavos).

Em relação aos Tribunais estaduais, não há uniformidade e as políticas de cobrança das custas são extremamente díspares, em alguns casos. Exemplificando, o valor das custas iniciais e das taxas judiciárias mínimas do Tribunal de Justiça de São Paulo é de R\$159,84, enquanto no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o valor mínimo é de R\$795,43 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

Diante de tal cenário, Becker e Rosa apresentam uma interessante proposta, no sentido de que deveria haver um escalonamento na cobrança das custas judiciais para os litigantes habituais, para incentivar a realização de acordos (2016, p. 3). Consequentemente, tais figuras seriam estimuladas a analisar com cautela todos os recursos que seriam dispendidos em uma eventual demanda, principalmente o desembolso com as custas judiciais.

Por outro lado, sem afastar a constatação da existência do estímulo ao ingresso em juízo, depreende-se também, e de modo positivo, que a possibilidade da gratuidade judiciária mostra um Estado mais preocupado com a realidade das pessoas, pois nem todos possuem recursos suficientes para custear demandas judiciais. A discussão se prolonga, no entanto, no fato de não existirem critérios objetivos na norma para a concessão desse benefício e de pairar no ar a possibilidade de que seja deferido a quem, de fato, tem condições de arcar com as despesas do processo.

Assim, nos próximos itens, analisando aspectos jurídicos e trazendo questionamentos importantes, apresentar-se-á o atual regramento da gratuidade judiciária na lei processual civil brasileira, sem olvidar dos critérios usualmente utilizados pelo Poder Judiciário para sua concessão.

3. GRATUIDADE JUDICIÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CONCEITO, OBJETO E DISTINÇÃO ENTRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A gratuidade da justiça, em um primeiro momento, teve previsão no Código de Processo Civil de 1939, depois foi regulamentada pela Lei nº 1.060/1950 que, por força do artigo 1.072, III, do atual Código de Processo Civil, teve seus artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 revogados. De tal sorte, a matéria passou a ser tratada integralmente pela lei processual civil de 2015 e o legislador, como se percebe, não optou pela revogação total da Lei nº 1.060/1950. Contudo, outros dispositivos

foram revogados tacitamente em razão de o Código de Processo Civil de 2015 ter tratado inteiramente da matéria, como é o caso do artigo 5º, caput, da Lei 1.060/1950, flagrantemente incompatível com o artigo 99, § 2º, do CPC/2015 (MARCACINI, 2016, p. 187).

O benefício da justiça gratuita “consiste na dispensa do adiantamento das despesas processuais (em sentido amplo)” e tem por escopo “evitar que a falta de recursos financeiros constitua um óbice intransponível ao acesso à justiça” (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2016, p. 21). Nessa lógica, o artigo 98 do Código de Processo Civil dispõe que o benefício poderá ser concedido à pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, que não tenha recursos suficientes para pagar as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios.

A partir dessa definição, já é possível verificar que a gratuidade judiciária não se confunde com assistência jurídica integral e assistência judiciária. Com efeito, a assistência jurídica integral e gratuita, prevista no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, refere-se não apenas à possibilidade de o indivíduo ser assistido em juízo, mas também de receber orientação e fornecimento de informações necessárias à sua regularização jurídica (TARTUCE; DELLORE, 2014, p. 305). Por outro lado, a assistência judiciária consiste no patrocínio gratuito de uma demanda judicial, que pode ser realizado pela Defensoria Pública ou por advogado conveniado pelo Estado, e é direcionada aos mais necessitados (LOPES; GOUVÊA; et al., 2018, p. 261).

Em outra perspectiva, considerando que as custas judiciais possuem natureza de tributo (taxa), poder-se-ia imaginar que a concessão da gratuidade judiciária configuraria renúncia de receita fiscal, o que tornaria válido o questionamento sobre a aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), sobretudo nos casos em que houvesse deferimentos indevidos da benesse.

Seguindo essa lógica, Becker e Rosa (2016, p. 7) ponderam que “a causa mais importante de renúncia de receita tributária das custas judiciais consiste na não averiguação da capacidade econômica daquele que pleiteia a assistência judiciária gratuita, ou a gratuidade judiciária”. Nesse contexto, para os autores, a renúncia de receita caracteriza verdadeira isenção, que consiste “na dispensa legal do pagamento de determinado tributo ou obrigação fiscal para determinados fatos, circunstâncias ou pessoas abrangidas pela norma isentiva, fazendo com que a obrigação fiscal não se materialize” (ABRAHAM, 2020, p.176).

Contudo, indaga-se: está correta a premissa adotada - qual seja a de que o benefício da justiça gratuita, ao ser concedido, importa em isenção tributária nos termos da lei?

Em sentido oposto, Didier Junior e Oliveira (2016, p. 29) sustentam que a concessão da gratuidade judiciária não configura isenção tributária, tendo em vista que a lei processual não dispensa o beneficiário do pagamento, mas, sim, do seu adiantamento. Defendem, ainda, que lei federal não poderia impor isenção de taxa estadual, sob pena de violação do artigo 151, III, da Constituição Federal, razão pela qual só é possível a compreensão de que tal benefício dispensa tão somente do adiantamento das custas judiciais e, ainda, de maneira provisória (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2016, p. 29).

Abrindo parênteses na rigidez científica, é curioso pensar que, inicialmente, o autor do presente artigo possuía o entendimento de que todos os elementos da definição de isenção tributária encaixavam-se com perfeição à gratuidade judiciária, acreditando que haveria dispensa definitiva do pagamento.

Entrementes, refletindo melhor sobre a temática, acolhe-se agora o entendimento esposado por Didier Junior e Oliveira (2016, p. 29), uma vez que, de fato, o Código de Processo Civil, em seu artigo 98, § 2º, dispõe que “a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”. Ou seja, se as custas judiciais, em tese, devem ser arcadas pelo vencido ou por aquele que deu causa à demanda - ainda que seja beneficiário da justiça gratuita - não se trata, evidentemente, de hipótese de isenção.

Ademais, outra disposição do Código de Processo Civil corrobora o fato de que não há dispensa definitiva do pagamento das custas processuais. O artigo 98, § 3º, do diploma prevê que, havendo alteração da situação patrimonial do beneficiário que venha a lhe conferir suficiência de recursos, as verbas poderão ser cobradas, desde que observado o prazo de prescrição quinquenal, a ser contado do trânsito em julgado da decisão que o condenou ao pagamento das verbas de sucumbência.

Questiona-se também se a concessão indevida da gratuidade poderia ensejar na responsabilidade do julgador que a defere sem analisar as condições financeiras da parte que solicita o benefício. Essa indagação se justifica pelo fato de que as custas judiciais, enquanto tributos, são indisponíveis e integram

o patrimônio público, podendo ser aplicado aquilo que dispõe o artigo 10, II e X, da Lei nº 8.429/1992, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

(...)

X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

Da análise do dispositivo acima transcrito, observando-se, ainda, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Tema 1.199, até seria plausível sustentar que a concessão indevida do benefício da justiça gratuita configuraria ato de improbidade, desde que houvesse comprovação do elemento subjetivo do dolo na conduta do juiz que defere a gratuidade.

Contudo, com base na ideia de que a concessão da justiça gratuita não importa isenção tributária, entende-se que o debate sobre a caracterização de improbidade administrativa acaba se arrefecendo, em certa medida, pois, ainda que o deferimento fosse indevido, o juiz não estaria praticando renúncia de receita tributária, visto que o benefício não é renúncia.

Além do mais, outra discussão trazida pelo regramento do atual Código de Processo Civil diz respeito ao objeto e à abrangência da gratuidade judiciária, considerando que o artigo 98, § 1º, do CPC, lista uma série de situações que estariam contempladas com o benefício, como as taxas ou custas judiciais, selos postais, despesas com exame de DNA, emolumentos devidos aos notários e registradores, entre outros.

De acordo com Didier Junior e Oliveira (2016, p. 21), o dispositivo legal ora mencionado trata de despesas processuais em sentido amplo, sendo que o

entendimento mais consentâneo com a ideia de assistência jurídica integral prevista na Constituição Federal é afirmar que estamos diante de um rol exemplificativo. Com isso, permitir-se-á que a parte carente de recursos conte com os meios legais de transpor o ônus do custo do processo, garantindo-se, portanto, a plenitude do livre acesso à justiça.

3.1. O perfil do beneficiário da gratuidade judiciária e os critérios para aferição da hipossuficiência financeira

O artigo 98, *caput*, do CPC, estabelece que tanto a pessoa natural – brasileira ou estrangeira – quanto a pessoa jurídica, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, poderão ser beneficiárias da justiça gratuita. Apesar da aparente simplicidade do comando legal, há algumas controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca da sua aplicabilidade, em razão da omissão legislativa quanto à objetividade dos requisitos para concessão da gratuidade judiciária.

Nesse aspecto, para Tartuce (2014, p. 305), o legislador fez uma boa escolha normativa ao estabelecer essa carga de subjetividade para a concessão da justiça gratuita, certamente porque a tarefa de averiguar a insuficiência exige do magistrado o conhecimento da realidade da parte para que, assim, tenha mais segurança em decidir se é devido ou não o benefício. Por outro lado, Dellore (2014, p. 305) sustenta que, não obstante a existência de uma certa margem para que o juiz decida no caso concreto, a lei processual deveria trazer em seu bojo algum critério objetivo mínimo, para evitar as disparidades que são encontradas no dia a dia da prática jurídica.

Ressalte-se que o Código de Processo Civil, em seu artigo 99, § 3º, confere presunção de veracidade, mesmo que relativa, à declaração de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural. Assim, tratando-se de pessoa natural que afirme não ter condições de arcar com as custas e despesas do processo, em tese, o benefício deve ser concedido. Todavia, a própria Lei Processual Civil permite que o juiz, ao identificar a possibilidade de não estarem presentes os requisitos para concessão, antes de indeferir o pedido, dê oportunidade para a parte solicitante comprovar que faz jus ao benefício.

Como se percebe, a condição decretória para obter a justiça gratuita está na

identificação da insuficiência de recursos de quem a requer. No entanto, trata-se este de um mister deveras complexo, principalmente nos casos em que a pessoa até possui patrimônio, mas não tem condições de arcar com o custo do processo.

Nesse contexto, é preciso diferenciar a hipossuficiência econômica, que se configura pela inexistência de patrimônio, da hipossuficiência financeira, que decorre da ausência temporária de recursos para custear o processo (LOPES; GOUVÊA; et al., 2018, p. 262). Em relação à gratuidade judiciária, todavia, caso o juiz questione o preenchimento dos requisitos, o requerente deverá comprovar sua hipossuficiência financeira, demonstrando que não dispõe de recursos suficientes para arcar com as custas e despesas do processo.

O Tribunal de Justiça do Minas Gerais, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 10000190454157001, sob a relatoria do Desembargador Renato Dresch, analisou a situação de um espólio que ajuizou ação anulatória de débito fiscal, porém, teve negado o benefício da justiça gratuita, sob o fundamento de que o requisito da insuficiência de recursos não estava comprovado.

No caso em apreço, apurou-se que o monte mor era composto por bens móveis e imóveis, atingindo o valor total de R\$254.500,00 (duzentos e cinquenta e quatro mil reais), mas também possuía passivos, referentes à dívida ativa, no montante de R\$854.295,04 (oitocentos e cinquenta e quatro mil duzentos e noventa e cinco reais e quatro centavos).

Ocorre que, no corpo do seu voto, o Relator consignou que o que define o direito ao benefício da gratuidade judiciária “não é a condição patrimonial, mas a liquidez”, visto que o simples fato de o espólio possuir bens não significa, por si só, que o patrimônio tenha liquidez suficiente para o pagamento das custas e despesas processuais. Destacou, ainda, que não há razoabilidade em interpretar a garantia constitucional do acesso à justiça de forma restritiva e, com base nisso, indeferir a gratuidade judiciária respaldando-se em meras suposições.

Nesse ponto, andou muito bem o julgador, que adotou claramente os ensinamentos de Dinamarco (2002, p. 676-677), nos seguintes termos:

Aquele que tem bens, mas não dispõe de liquidez, é também merecedor dos benefícios da assistência judiciária; a Constituição Federal apóia esse entendimento, ao falar em insuficiência de recursos (art. 52, inc. LXXIV), sendo sabido que recursos significa

dinheiro. Mas não tem direito à gratuidade aquele que dispõe de recursos financeiros (rendimentos, poupança) ainda quando seu patrimônio ativo seja muito inferior ao valor das obrigações pelas quais responde (insolvência, desequilíbrio econômico) – do contrário, toda falência seria gratuita para o empresário sujeito a ela, pois o desequilíbrio econômico é requisito para que progrida. Melhor é falar em insuficiência financeira, no trato desse requisito da assistência judiciária.

Observa-se também que, para além das pessoas naturais e jurídicas, o julgador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ora analisado representa o entendimento jurisprudencial dominante que reconhece que os entes despersonalizados podem ser beneficiários da gratuidade judiciária, como é o caso do espólio. De acordo com Gomes (2019, p. 146), tais entes não são elevados à categoria de pessoas pela ordem jurídica, mas, apesar de não terem personalidade, podem agir por outros processos técnicos, como, por exemplo, atuarem como autores ou réus em ações judiciais.

Todavia, embora seja razoável o entendimento que reconhece a possibilidade de concessão da justiça gratuita aos entes despersonalizados, há de se preocupar com a seguinte questão: os entes sem personalidade devem comprovar previamente que não possuem condições de arcar com o custo do processo ou sua declaração de insuficiência de recursos também tem presunção de veracidade? Muito embora o Código de Processo Civil seja omissivo em relação a essa temática, já que tais figuras não são elevadas ao patamar de pessoas, não caberia aplicação analógica ou interpretação extensiva do artigo 99, § 3º, do CPC, de modo que a presunção de veracidade ali constante beneficia apenas as pessoas naturais.

A propósito, em se tratando de gratuidade judiciária à pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a sua concessão depende de comprovação prévia da impossibilidade de arcar com os encargos processuais. De fato, outro entendimento violaria diretamente o Diploma Processual Civil, uma vez que a presunção de veracidade de hipossuficiência financeira dirige-se apenas às pessoas naturais. Aliás, mesmo estas, na maioria dos casos, são provocadas pelo julgador a apresentar documentos comprobatórios de sua insuficiência financeira.

Encampando o entendimento firmado no verbete da Corte Superior, o

Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 0634682-21.2022.8.06.0000, negou o deferimento da justiça gratuita a um determinado condomínio, em uma ação de execução de título extrajudicial. No caso em comento, o ente condominial alegava não ter condições de arcar com as custas e despesas do processo, uma vez que tinha, em média, uma receita mensal de R\$26.000,00 (vinte e seis mil reais) e despesa mensal de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Após analisar os documentos juntados, sobretudo os balancetes financeiros, o Relator assinalou que, apesar de as despesas sobressaírem as receitas mensais, o condomínio continuava com quantia significativa em caixa, no caso, R\$27.836,18 (vinte e sete mil, oitocentos e trinta e seis reais e dezoito centavos) no mês de fevereiro/2022 e R\$18.518,08 (dezoito mil, quinhentos e dezoito reais e oito centavos) no mês de março/2022. Assim, concluíram, o Relator e os demais julgadores da Câmara, que o déficit financeiro era perfeitamente administrável e que poderia até ser equalizado com eventuais contribuições extraordinárias a serem cobradas dos condôminos.

Veja que, nesse caso, o Tribunal de Justiça do Ceará parece ter julgado corretamente, sem que houvesse violação do direito ao acesso à justiça em prejuízo do condomínio litigante, visto que todas as provas apresentadas foram devidamente valoradas e levaram os julgadores à conclusão de que não havia insuficiência financeira a justificar a dispensa do adiantamento do pagamento das custas. Ademais, a análise aprofundada do conjunto probatório conforma-se com o modelo adotado pelo atual Código de Processo Civil, que, no lugar de estabelecer critérios objetivos, optou por utilizar um conceito jurídico indeterminado, mantendo vaga ou imprecisa a expressão “com insuficiência de recursos”, para dar ao magistrado o ônus de analisar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a existência do direito à gratuidade judiciária.

Seguindo na análise do perfil do beneficiário da justiça gratuita, outra questão que merece reflexão é relativa à concessão da gratuidade à parte que seja menor incapaz e que, portanto, esteja sob o poder familiar dos pais. A relevância dessa problemática está no critério a ser utilizado para apurar a insuficiência financeira: deve-se levar em conta a situação financeira do menor ou dos seus representantes legais? Poder-se-ia afirmar que o pagamento das custas e despesas processuais da ação movida pelo menor é uma obrigação dos pais que decorre do exercício do poder familiar?

Esse questionamento tem a sua devida pertinência, tendo em vista que, na

maioria dos casos, a pessoa menor de idade não costuma auferir renda própria e depende economicamente dos seus representantes legais de maneira exclusiva. Nessa toada, se for levado em consideração apenas as condições financeiras do menor, não há exagero em afirmar que em quase todos os casos a gratuidade será deferida, mesmo que os pais do infante tenham liquidez patrimonial suficiente para arcar com os custos do processo.

No entanto, tem prevalecido na jurisprudência a ideia de que a análise do preenchimento do requisito relativo à insuficiência financeira deve recair exclusivamente sobre a pessoa do menor, não só em razão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas, principalmente, pelo argumento de que o benefício da gratuidade possui caráter personalíssimo.

Assim, somente poderia ser exigida a hipossuficiência da própria parte, pois, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 2.055.363/MG, *in verbis*:

O direito ao benefício da gratuidade de justiça possui natureza individual e personalíssima, não podendo ser automaticamente estendido a quem não preencha os pressupostos legais para a sua concessão e, por idêntica razão, não se pode exigir que os pressupostos legais que autorizam a concessão do benefício sejam preenchidos por pessoa distinta da parte, como o seu representante legal.

A posição do Superior Tribunal de Justiça parece se dar no sentido de assegurar proteção aos menores cuja incapacidade é notória e, também, de garantir a efetividade do amplo acesso à justiça. Afinal, com tal entendimento, dificilmente tais pessoas terão a justiça gratuita indeferida, salvo nas hipóteses em que houver comprovação de que o menor possui rendimento próprio e incompatível com o benefício.

Todavia, deferir a gratuidade ao menor que depende economicamente dos seus representantes legais, sem analisar a condição financeira destes, poderá provocar não só injustiça em relação aos menores e respectivos representantes que de fato fazem jus à benesse, mas, principalmente, abuso na utilização do instituto, sobretudo nos casos em que os pais forem abastados.

Provavelmente, a solução para evitar esse cenário seria a proposição de uma alteração legislativa, de modo a incluir na Lei Processual a previsão de que a análise do direito à gratuidade do menor incapaz levará em conta tanto a sua

condição financeira quanto a de seus pais. Por conseguinte, uma vez apurado que o pagamento das custas e despesas do processo não prejudicará a subsistência da parte, não sendo também o caso de insuficiência de recursos dos genitores ou representantes legais, a obrigação de pagar as custas e despesas do processo poderia ser imposta com fundamento no poder familiar.

Relativamente aos pedidos de gratuidade judiciária, por mais numerosos que sejam, costuma-se afirmar, principalmente no ambiente prático, que há abusividade daqueles que a requerem, como se a presunção de má-fé fosse a regra. Nesse aspecto, Tartuce (2014, p. 305) alerta sobre a necessidade de estudos consistentes para apurar, por exemplo, quantas pessoas pleiteiam a justiça gratuita e/ou quanto das concessões são devidas ou indevidas. Fora da comprovação estatística e factual, manifestações baseadas apenas na experiência pessoal de juristas, advogados ou juízes deixam o campo científico para esbarrar no senso comum, campo no qual o embate entre as alegações favoráveis ou contrárias é vencido não por argumentos sólidos, mas por aqueles que melhor afagam os posicionamentos pessoais prévios.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça realizou um estudo denominado “O Perfil dos Jurisdicionados na Gratuidade de Justiça e da Isenção de Custas Processuais”, referente ao ano de 2022, por meio do qual procedeu-se à entrevista de 2.370 (dois mil trezentos e setenta) cidadãos, com o objetivo de apurar qual é o perfil das pessoas que pedem a gratuidade da justiça e qual a frequência em que tais pedidos são deferidos ou deferidos.

De acordo com o referido relatório, o primeiro ponto que chama atenção é a constatação de que 58,7% das pessoas que foram entrevistadas e obtiveram o deferimento da gratuidade são pretas, dados que corroboram a pesquisa do IBGE que aponta que os(as) brancos(as) possuem, em média, melhores condições financeiras. Os estudos também revelaram que as pessoas que mais se beneficiaram com a gratuidade, seja pelo seu deferimento ou pela inexistência de custas no processo, correspondem a 72,4% daqueles com renda inferior a R\$1.100,00 e 71,3% dos que possuem renda entre R\$1.100,00 e R\$3.300,00.

Por outro lado, não houve cobrança de custas para 54,2% das pessoas com renda média entre R\$ 5.500 e R\$ 11.000 e para 35,3% dos respondentes que possuem renda acima de R\$11.000. Ademais, daqueles que recebiam acima de R\$11.000,00, apenas 19,5% pediram e conseguiram a gratuidade judiciária.

Portanto, a análise dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, parece apontar que é precipitado afirmar que há abusividade na maioria dos pedidos de gratuidade, tendo em vista que a maior parte das concessões beneficiou quem realmente precisava, sobretudo as pessoas que possuem renda de até R\$3.300,00. Já em relação aos outros casos nos quais, aparentemente, a renda parecia ser incompatível com o pedido de gratuidade, há de se considerar que as porcentagens de deferimento são significativamente menores comparando com os casos em que não há dúvidas sobre a necessidade do benefício.

Sendo assim, há fortes indícios de que o benefício da gratuidade judiciária está sendo deferido, em ampla maioria dos casos, a quem realmente necessita. Vale lembrar que o Código de Processo Civil dá liberdade ao julgador para investigar a real condição do potencial beneficiário, determinando a juntada de documentos que possam demonstrar sua insuficiência de recursos para o pagamento das custas e despesas processuais. Ou seja, ainda que não existam critérios objetivos para a concessão, não há que se falar em impossibilidade da análise, pelos julgadores, da necessidade ou não do benefício por aqueles que o requerem.

De outro lado, não se ignora o fato de que um modelo aberto para análise do direito à gratuidade, de acordo com cada caso, pode gerar insegurança e disparidades na utilização do instituto. Em razão disso, está afetado junto ao Superior Tribunal de Justiça o Tema 1178, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, no qual referido tribunal decidirá se é possível que o magistrado, ao analisar a suposta existência do direito à gratuidade de justiça de pessoa natural, estabeleça critério objetivo para aferir a hipossuficiência e, apenas com base nele, decidir sobre a concessão do benefício. E, ainda, caso seja legal a utilização de tais critérios, qual seria o melhor parâmetro a ser utilizado.

Por fim, como se percebe, a principal controvérsia acadêmica e jurisprudencial que gira em torno da gratuidade judiciária refere-se à possibilidade de imposição de critérios objetivos para a comprovação da hipossuficiência financeira. Nessa toada, caso prevaleça o entendimento que afaste a subjetividade contida no artigo 98, *caput*, do CPC, ter-se-á outro dilema a ser resolvido: cabe ao Poder Judiciário estabelecer, de maneira objetiva, quais são os pressupostos ou trata-se de matéria reservada ao Poder Legislativo?

Diante da costumeira morosidade do Congresso Nacional, acredita-se que, muito em breve, com o julgamento do Tema 1178 pelo STJ, teremos a imposição de critérios objetivos para concessão da gratuidade de justiça, tendo em vista os diversos estudos existentes que apontam para um crescimento desenfreado do número de processos, o que onera a prestação jurisdicional. Isso sem contar os mecanismos que vêm sendo utilizados pelo Poder Judiciário para conter os casos de litigância abusiva, conforme pode-se inferir da Recomendação nº 159, editada pelo CNJ em 23 de outubro de 2024.

De todo modo, ainda que, futuramente, os critérios objetivos para a concessão da gratuidade venham a ser estabelecidos, seja por determinação do Poder Judiciário, seja por produção legislativa, é evidente que a necessidade de conhecer a realidade daquele que solicita o benefício não pode ser suplantada por uma análise fria de pressupostos previamente definidos, sob pena de haver deferimentos ou indeferimentos indevidos e até mesmo o uso abusivo do instituto por meio de manobras para burlar as normas.

CONCLUSÃO

A gratuidade judiciária cumpre uma função essencial no fortalecimento do acesso à justiça, ao permitir que pessoas em situação de vulnerabilidade econômica não sejam excluídas da possibilidade de pleitear a defesa de seus direitos. Tal benefício transcende sua natureza estritamente jurídica, assumindo um papel de relevância social e humanitária, por se tratar de um forte mecanismo que garante a efetividade do acesso à justiça, sobretudo àqueles reconhecidamente hipossuficientes financeiros. No entanto, o estudo realizado evidencia que, embora o instituto seja indispensável, sua aplicação carece de ajustes que minimizem as incertezas e controvérsias associadas à sua concessão.

Um dos principais desafios reside na subjetividade dos critérios utilizados para aferir a hipossuficiência financeira dos beneficiários, o que pode resultar em decisões díspares e, em alguns casos, na concessão indevida do benefício, causando insegurança jurídica. Isso não apenas representa um ônus para os recursos públicos, mas também compromete a eficiência do Poder Judiciário, sobrecarregado pelo volume crescente de demandas.

Sob o prisma da análise econômica do Direito, que traz uma perspectiva

pragmática sobre os efeitos das normas jurídicas, aliado aos dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, percebeu-se que a principal consequência da gratuidade judiciária é a garantia o efetivo acesso à justiça para as pessoas que não possuem condições de arcar com os custos do processo.

Por outro lado, não se despreza o fato de que seja inevitável a ocorrência de deferimentos indevidos, ainda que em menores proporções. Essa circunstância é gerada, provavelmente, pela ausência de regulamentação clara sobre os critérios para concessão de gratuidade de justiça, podendo até criar incentivos à litigância excessiva, desviando a função primordial do Judiciário de atuar como solucionador de conflitos legítimos.

Apesar de todo esse cenário, questiona-se se a formulação de critérios mais objetivos para a concessão da gratuidade judiciária seria realmente benéfica à garantia do acesso à justiça aos economicamente vulneráveis, uma vez que tal modelo poderia limitar demasiadamente a livre convicção fundamentada do julgador sobre a real condição financeira do litigante. De toda forma, ainda que se estabeleça critérios objetivos, seja pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, o deferimento da gratuidade judiciária não poderá desprezar a real condição econômica dos litigantes e o impacto sistêmico dos benefícios que foram indevidamente concedidos.

Assim, tais critérios que porventura surjam não deverão ignorar a necessidade de um olhar atento à realidade social, pois a mera padronização pode desconsiderar situações de vulnerabilidade que não se enquadrem rigidamente nos parâmetros estipulados.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.176. ISBN 9788530992248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992248/>.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. [E-Book]
- BARROSO, Luís Roberto. **Quanto vale o judiciário?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/artigo-quanto-vale-o-judiciario/#:~:text=Recente%20relat%C3%B3rio%20do%20Tesouro%20Nacional,1%2C6%25%20do%20PIB.>

- BECKER, Fernanda Elisabeth Nöthen; ROSA, Alexandre Morais da. **As custas judiciais como mecanismo de desincentivo à litigância abusiva**. Disponível em: https://www.enajus.org.br/2018/assets/sessoes/056_EnAjus.pdf. Acesso em 03 de nov.2024.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais**: 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/diagnosticos-das-custas-processuais-v2-2023-05-05.pdf> Acesso em 03 de nov.2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. 28 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/#:~:text=Ao%20apontar%20o%20aumento%20do,%3A%20houve%20aumento%20de%207%25>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O perfil dos jurisdicionados na gratuidade de justiça e da isenção de custas processuais**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-gratuidade-nos-processos-v6-2023-04-17.pdf>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel dos grandes litigantes**. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2002.
- FERNANDES DE OLIVEIRA, Lupércio Paulo. **Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso à justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG**. Revista Amagis Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 14, ago. 2019. ISSN 2674-8908. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/59>>.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.2. ISBN 9788530991999. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991999/>.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p.146. ISBN 9788530986810. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986810/>.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; GOUVÊA, José R F.; FONSECA, João F. Naves da; et al. (Coord.). **Comentários ao código de processo civil – volume II (arts. 70 a 118)**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978853600199/>.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **As inovações do CPC de 2015**: da propositura da ação até a sentença. São Paulo: A. Marcacini, 2016.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil** - Vol.1 - Ed. 2023. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-processo-civil-vol1-ed-2023/1916545288>.

MÜLLER, Julio. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [E-book] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/negocios-processuais-e-desjudicializacao-da-producao-da-prova/1251088227>.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. **Assistência jurídica gratuita**: notas comparativas entre a França e o Brasil. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 34, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/229>.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. **Gratuidade da justiça no novo CPC**. Revista de Processo, Vol. 236/2014, Out/2014.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA 347 DO STF E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Flávia Dantas Soares¹, Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado² e Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira³

Resumo: Para o exercício adequado de suas funções, em muitas oportunidades é necessário que as Cortes de Contas realizem controle de constitucionalidade sobre o caso concreto. Tal atuação, em princípio legitimada pela Súmula do STF nº 347, tem sido questionada de forma recorrente, suscitando debates doutrinários e jurisprudenciais. O presente artigo propõe uma reflexão crítica sobre a postura exclusivista do STF e, com base na obra de Peter Häberle, apresenta a relevância de uma hermenêutica constitucional aberta e pluralista, refletindo sobre necessidade de uma interpretação que considere a diversidade e a dinâmica social.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica Constitucional.

¹ Major do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro. Assessora Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro. Graduada no Curso de Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM.. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: flaviadantassoares@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6238243219399333>.

² Promotora de Justiça – MP RJ. Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: marcela_amaral@id.uff.br. Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=CFAD4449BC550AB5E845B0CD81ECE2E1#

³ Delegada de Polícia Civil. Diretora do Departamento-Geral de Contratações e Convênios da Secretaria de Estado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email:renatab@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8705441487674096>

Abstract: In order to properly exercise their functions, the Courts of Auditors often need to carry out constitutional review of a specific case. Such action, in principle legitimized by STF Summary nº 347, has been repeatedly questioned, giving rise to doctrinal and jurisprudential debates. This article proposes a critical reflection on the STF's exclusivist stance and, based on the work of Peter Häberle, presents the relevance of an open and pluralistic constitutional hermeneutics, reflecting on the need for an interpretation that considers diversity and social dynamics.

Keywords: Courts of Auditors. Constitutionality Control. Constitutional Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

De vaquejada⁴ a aborto de feto anencéfalo⁵; de cotas raciais em concursos públicos⁶ a descriminalização do uso da cannabis⁷, a variedade e relevância das matérias que têm sido postas à decisão do Supremo Tribunal Federal impressiona os estudiosos e aplicadores do Direito, e mediatiza o exercício da jurisdição constitucional.

Para além das discussões a respeito do ativismo judicial e da politização da justiça, surge espaço para discussão a respeito do protagonismo e exclusividade do Poder Judiciário, mormente do STF, no exercício do controle de constitucionalidade.

A Corte Maior revela uma tendência comedida nas decisões que abordam a atuação dos Tribunais de Contas no exercício da função de controle concreto de constitucionalidade, afastando ou restringindo⁸ a aplicação da Súmula nº 347.

O presente artigo tem por objetivo conduzir reflexões a respeito do exercício da interpretação constitucional e do controle difuso de constitucionalidade. Com este escopo, utilizou-se o método qualitativo de revisão bibliográfica, com utilização de artigos correlatos ao tema, tendo por marco teórico a obra de Peter Häberle⁹.

⁴ ADI 4983/CE

⁵ ADPF 54/DF

⁶ ADC 41/DF

⁷ Repercussão Geral no RE 635659/SP

⁸ MS 25.888/DF

⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, o jurista alemão, especialista em Direito Constitucional. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997.

Para tanto, inicia-se com uma exposição a respeito dos aspectos introdutórios do controle de constitucionalidade, partindo da ideia de norma hipotética fundamental veiculada por Hans Kelsen.

Em seguida, são exemplificadas situações que, no ordenamento jurídico atual, permitem a realização do controle de constitucionalidade por órgãos que não integram o Poder Judiciário, tais como o veto por inconstitucionalidade e a recusa no cumprimento da lei inconstitucional por parte do Chefe do Poder Executivo.

Adiante, realiza-se uma abordagem a respeito da Súmula nº 347 do STF, que legitima a atuação dos Tribunais de Contas no controle concreto de constitucionalidade, viabilizando o exercício de suas funções, de notória relevância no controle externo da atuação administrativa. Em prosseguimento, são enumeradas algumas decisões do STF, elencando-se os argumentos que atualmente vem sendo utilizados pela Corte Suprema Brasileira para afastamento do referido enunciado sumular, em que pese o mesmo não ter sido cancelado até o momento.

Por fim, esmiuçando os capítulos I a IV da obra, “Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, avalia-se postura exclusivista do STF no exercício do controle de constitucionalidade.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PROPEDÊUTICAS

Uma reflexão a respeito do controle de constitucionalidade pode partir da ideia de norma hipotética fundamental veiculada por Hans Kelsen, cujos estudos, em linhas gerais, buscavam trazer parâmetros científicos mais precisos para o Direito, como ciência. Ao tratar do fundamento de validade do ordenamento jurídico, Kelsen (2009, p. 215) questionou:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?

Para o jusfilósofo, haveria uma norma que fundamenta a validade de todo o ordenamento jurídico imposto; uma norma mais elevada, superior. Neste contexto, o conteúdo da norma fundamental sustenta o ordenamento jurídico. Kelsen assevera a norma fundamental (2009, p. 217):

Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm).

Importante trazer a lume que, para Kelsen a norma fundamental é uma norma antecedente, pressuposta, que se opõe às demais as quais são postas pelo Estado. Desta forma, a Constituição, criada pelo Estado, não seria em si a norma fundamental, mas veicularia a mesma. Assim sendo, Kelsen faz uma distinção entre constituição no sentido lógico-jurídico e Constituição em sentido jurídico-positivo (2009, p. 222)

Nesse sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de outra norma, posta por uma autoridade superior.

Partindo das premissas estabelecidas por Kelsen, assim como da ideia de que o controle de constitucionalidade, em linhas propedêuticas, é a avaliação de compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição, tem-se que, para que o referido controle seja operacionalizado, a Constituição deve ser dotada de supremacia material, assim entendida a veiculação de um conteúdo superior às demais leis, a saber direitos e garantias, organização e estrutura do Estado e dos Poderes; formalismo e rigidez, traduzidos como a exigência de um processo mais solene e dificultoso para a alteração das normas constitucionais.

A doutrina constitucionalista, utilizando-se da didática das classificações, diferencia o controle difuso e o controle concentrado¹⁰; consoante modelos de controle concreto e o abstrato¹¹; e aponta que o Brasil dispõe de um controle de constitucionalidade eclético ou híbrido, uma vez que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas no Direito Comparado. Neste sentido, esclarece Moraes (2008, p.146-147):

Com referência às espécies, a ordem constitucional disponibiliza o controle preventivo-político, assim como o controle repressivo-judicial. O controle preventivo, implementado por órgãos de natureza política, permite a apreciação da constitucionalidade de proposta de emenda à Constituição e projeto de lei pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, tal como o veto por inconstitucionalidade (...). O controle repressivo, implementado por órgão de natureza judicial, propicia a declaração de inconstitucionalidade der emenda à Constituição ou lei pelo Poder Judiciário, tal como nas modalidades de controle de constitucionalidade enumeradas retro.

Com relação às modalidades, o ordenamento constitucional distingue o controle difuso-incidental, bem como o controle concentrado-principal. O controle difuso, instrumentalizado pela via de exceção, permite a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, suscitada como objeto incidental da atividade cognitiva, por qualquer órgão judicial, como por exemplo, a arguição de inconstitucionalidade (art. 97). O controle concentrado, instrumentalizado pela via de ação direta, proporciona a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, suscitada como objeto principal da atividade cognitiva, por dois órgãos judiciais, consistentes no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça, consoante a inconstitucionalidade for declarada em face da Constituição da República ou da Constituição do Estado, respectivamente (...)

Observa-se, assim, que a sistemática de controle de constitucionalidade no Brasil pautada, em regra, na apreciação judicial. Todavia, tal constatação não

¹⁰ “Sob o prisma do número de órgãos, há diferenciação entre controle difuso, exercido por todos juízos e tribunais, e controle concentrado, exercido por um órgão judicial.” (Moraes, 2008, p.145).

¹¹ “Como se sabe, os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil seguem de um lado, a inspiração norte-americana, de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade das normas em tese ou em abstrato”. (Willeman, 2012).

afasta a admissão de situações em que o controle será realizado por órgãos não jurisdicionais, conforme se demonstrará adiante.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORA DO PODER JUDICIÁRIO?

Uma abordagem tradicional do Controle de Constitucionalidade avalia a atuação dos órgãos do Poder Judiciário na tarefa de aferir a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Lei Maior.

Todavia, não se pode olvidar das hipóteses da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na realização do juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional¹².

Em primeiro lugar, é possível citar a tramitação regular do projeto de Lei, no qual, em duas oportunidades, ocorre o que doutrina constitucionalista denomina de controle de constitucionalidade preventivo. São elas: a avaliação pelas Comissões de Constituição de Justiça, e a remessa do projeto de lei discutido e votado pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, para sanção ou veto.

A respeito do veto, discorre Willeman:

No contexto brasileiro, embora predomine a concepção de que o veto é ato de natureza estritamente política, existem, em realidade, dois fundamentos para a sua aposição e consequente recusa a uma deliberação legislativa: (i) contrariedade ao interesse público e (ii) inconstitucionalidade. No primeiro caso, não restam dúvidas de que a recusa do Poder Executivo funda-se em razões de mérito e que, portanto, a decisão pela obstrução do processo legislativo é, em sua essência, uma decisão política. Daí porque bastante coerente a previsão de sua submissão tão somente a um controle de índole igualmente política, por meio da apreciação parlamentar qualificada, que poderá rejeitar o veto e encaminhar o projeto de lei para promulgação.

O veto que se fundamenta na inconstitucionalidade do projeto de lei, ao contrário, é um veto jurídico, que não se baseia, absolutamente, em razões de conveniência e oportunidade. O veto por inconstitucionalidade reflete o exercício de uma fiscalização jurídica de conformidade constitucional a proceder a própria criação da lei e,

¹² Moraes, 2008, p. 133.

como tal, não pode traduzir uma resistência unilateral imotivada ao projeto de lei.

Por oportuno, mencione-se que ambas as modalidades de veto possuem ampla e inquestionável sindicabilidade política¹³. Todavia, discute-se a viabilidade do controle judicial do veto jurídico.

Na doutrina, Willeman advoga pelo cabimento de Mandado de Segurança, a ser impetrado por parlamentar, considerando-se o devido processo constitucional pertinente à produção legislativa, o qual buscará tutelar o seu direito líquido e certo de não ter um projeto de lei, aprovado pela maioria constitucionalmente exigida, simplesmente recusado por veto infundado ou inconsistente¹⁴. Na jurisprudência, em que pese o entendimento tradicional do STF, no sentido do descabimento de revisão judicial do veto seja por meio de Mandado de Segurança¹⁵, seja por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, neste caso com fundamento na separação de poderes, o que se tem observado é um processo de revisão de jurisprudência, tendo em vista a admissão da ADPF 893-DF para revisão de veto presidencial, restabelecendo-se a vigência do art. 8º, da Lei nº 14.1838/2021¹⁶.

Em prosseguimento, cabe trazer à colação o debate que se instaura a respeito de qual deve ser a postura do Estado-Administração diante da aplicação de lei que reputada como inconstitucional.

Quando sob a égide da Constituição de 1967/1969, era majoritária a tese de que a Administração dispunha de legitimidade para, diante do caso concreto, recusar aplicar a lei motivadamente considerada como inconstitucional, fundamentando-se tal concepção na supremacia da Constituição e na nulidade da lei inconstitucional, assim como no fato de que todos os Poderes da República têm a obrigação de zelar pela Constituição, não havendo que se falar em monopólio do Poder Judiciário no tocante à interpretação e aplicação das normas constitucionais¹⁷.

¹³ CRFB/1988, art.66, §4º.

¹⁴ Willeman, 2012, p.7.

¹⁵ STF, MS 29361/DF. Relator Dias Toffoli, julgado em 28/10/210; STF, MS 24.675/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 09.03.2004.

¹⁶ Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6281983>>. Acesso em: 21/08/2023.

¹⁷ Willeman, 2012, p.8.

Com o advento da CRFB/1988, com inclusão do Presidente da República e dos Governadores dos Estados no rol de legitimados para questionar as leis em abstrato, por meio da propositura de Ação Direita de Inconstitucionalidade, ganhou força na doutrina¹⁸ a tese de que não haveria mais justificativa apta a embasar a atuação do Estado-Administração no afastamento de normas tidas por inconstitucionais.

A doutrina que acolhe a possibilidade de exercício de verdadeiro controle de constitucionalidade concreto por parte da Administração Pública aponta que, neste caso, a atividade administrativa encontra no texto constitucional fundamento direto e imediato de sua decisão, fazendo surgir para a Administração Pública o dever de recusar a execução da lei incompatível com a Constituição¹⁹.

Outro órgão fora do Poder Judiciário que tem questionada sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade é o Tribunal de Contas.

3. A SÚMULA 347 DO STF E SEU PAPEL NA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A competência para exercício do controle de constitucionalidade difuso e incidental tradicionalmente foi reconhecida aos Tribunais de Contas. Ao discorrer sobre o tema, Miranda (1970), exemplificou:

Imaginemos ainda que, sem lei do Congresso Nacional, o Presidente da República expedisse decreto, que tivesse que ser invocado perante o Tribunal de Contas. Fora de tolerar-se que tal Tribunal se abstinisse do exame constitucional do ato do Presidente da República? De modo nenhum.

¹⁸ Idem, p.9.

¹⁹ Neste sentido, Willeman sistematiza as hipóteses permissivas de atuação da Administração no exercício do controle concreto: “Assim, um primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem* – mas segundo a Constituição – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar. Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – *de vinculação direta e imediata da Administração Pública* – impõe-se a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração. Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB), deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.” Willeman, 2012, p.14.

Tanto a matéria era incontroversa que sua pacificação foi objeto da súmula nº 347 do STF, segundo a qual “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

De acordo com Farias (2003):

O controle de constitucionalidade que exerce o Tribunal de Contas insere-se na sua missão institucional e na sua competência constitucional de fiscalizar, a tempo, a aplicação de recursos públicos e a gestão do patrimônio público. Consiste em alertar ao Chefe do Poder Executivo que, caso pratique atos com espreque em norma considerada verticalmente incompatível pelo Tribunal de Contas, a Corte considerará irregular o ato.

De fato, a retromencionada súmula, que fundamenta o controle de constitucionalidade difuso, incidental, repressivo e com efeitos restritos às partes, relativo a processos submetidos à apreciação dos Tribunais de Contas, encontra-se em vigor, não tendo sido objeto de regular processo de cancelamento por parte do STF.

Tratando do tema, Lima (2023, p.152) acrescenta:

Outra perspectiva conclui que atuação dos Tribunais de Contas nesta matéria consiste em apreciar a compatibilidade constitucional dos atos administrativos e normativos *sub examine*, como preliminar ao exame de sua legalidade, legitimidade e economicidade.

No mesmo sentido, ensina Willeman (2012):

Assim, os Tribunais de Contas, no exercício de sua atividade finalística de controle externo, vinculam-se, direta e imediatamente à Constituição e, como resultado, têm poder-dever de apreciar concretamente a constitucionalidade de leis e atos normativos subjacentes a atos e ajustes submetidos à sua apreciação.

Observa-se, desta forma, grande utilidade no reconhecimento da competência dos Tribunais de Contas na interpretação da norma, à luz da Constituição, e seu afastamento, no caso concreto.

No entanto, nos últimos anos, diversas decisões do STF revelam uma mudança de entendimento sobre o tema, denotando-se uma tendência

de recusa de incidência da súmula²⁰, em uma postura aparentemente concentradora quanto ao exame da constitucionalidade de leis ou atos normativos.

4. STF VERSUS SÚMULA 347

O anacronismo da referida súmula, editada em 1963, é um dos argumentos de Mendes (2018)²¹ para a necessidade de que a mesma não seja mais aplicada. Neste sentido, foi a decisão proferida pelo referido constitucionalista e Ministro do STF, no bojo do MS 25.888 MC/DF:

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal (STF), operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao STF mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula n.º 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição Federal de 1988.

²⁰ MS 27.344/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 26/5/2008; MS 27.232/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 14/5/2008; MS 25.986/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22/6/2006; MS 26.783/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 9/7/2007; MS 26.808/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 25/7/2007; MS 35.410 MC / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 15/12/2017; MS 35490 MC / DF, Rel. Alexandre de Moraes, j. em 7/2/2018; MS 36.879 MC / RO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 8/1/2020.

²¹ “Ocorre que o referido enunciado foi aprovado na sessão plenária de 13/12/1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual. Com efeito, até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, de aplicação de lei considerada inconstitucional.” (Mendes, 2018, p.2)

O que se observa é que desde 2019, o Supremo Tribunal Federal, inclusive por decisões plenárias, ao julgar mandados de segurança²² impetrados contra o Tribunal de Contas da União, tem adotado a postura de afastar a súmula nº 347 – que repise-se, não foi cancelada ou revogada, e tem reconhecido a impossibilidade do Tribunal de Contas, como autoridade coatora, realizar controle difuso de constitucionalidade que importe em transcendência dos efeitos²³.

Em uma sucinta avaliação dos argumentos trazidos à colação nos julgados, observa-se destaque para um deles: a violação da competência do STF de declarar a constitucionalidade ou não de leis de forma genérica e vinculante, assim como violação da competência do Senado para ampliar a inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente. É o que se revela do trecho abaixo transcrito:

Exatamente como na presente hipótese, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal. A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido

²² CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004” (STF, Tribunal Pleno, MS 35500, Rel. min. Alexandre de Moraes, j. em 13/04/2021).

²³ MS 36.190 AgR, 1.ª T., Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 14/6/2019; MS 35.410, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13/4/2021; MS 35.812, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13/4/2021; MS 35.824, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13/4/2021.

de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X)" (STF, Tribunal Pleno, MS 35500, Rel. min. Alexandre de Moraes, j. em 13/04/2021).

A decisão mais recente envolvendo o tema foi proferida no bojo do Mandado de Segurança 25.888/DF, em agosto do ano de 2023. Naquela oportunidade, firmou-se o entendimento segundo o qual o afastamento incidental da aplicação das leis e atos normativos, em julgamento no âmbito de um Tribunal de Contas, condiciona-se a existência de jurisprudência do STF sobre a matéria.

De acordo com o relator da ação, a referida Súmula 347 jamais poderia ser interpretada como uma licença genérica para atuação de Cortes de Contas na seara do controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que:

o verbete confere aos Tribunais de Contas – caso imprescindível para o exercício do controle externo – a possibilidade de afastar (incidenter tantum) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria)²⁴.

Em que pese o caráter restritivo das decisões mais recentes do STF, o tema ainda suscita grandes discussões no meio doutrinário²⁵, abrindo-se espaço para reflexões a respeito de quem deve interpretar a constituição e realizar o controle concreto de constitucionalidade.

²⁴ MS 25.888/DF

²⁵ “A inconstitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, posto que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade de atos administrativo pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle que se negarão a aprova-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se coma lei e a Constituição (...). A declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle de legitimidade.” (TORRES, 1991)

5. AFINAL, A QUEM CABE INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONAIS

Nos capítulos I a IV da obra “Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, o jurista alemão, especialista em Direito Constitucional, Peter Häberle defende que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto²⁶.

O autor inicia a obra apontando dois questionamentos relevantes para a teoria da interpretação constitucional: a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional; e a indagação sobre os métodos (processo de interpretação constitucional, regras de interpretação).

Em seguida, ele afirma que o processo de interpretação constitucional tem se demonstrado mais amplo, pluralista e difuso, exigindo métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral. Para Häberle, essa tendência se afasta do modelo fechado, que concentra a interpretação constitucional nos juízes e nos procedimentos formais²⁷.

Neste sentido, o jurista propõe a tese fundamental, segundo a qual no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível o estabelecimento estanque ou fixo de intérpretes da constituição.

²⁶ Trecho de entrevista concedida por Peter Häberle ao site Consultor Jurídico, no ano de 2012. Na ocasião, o jurista sintetizou o espírito de sua obra: “Sim, essa ideia também é proposta pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trata-se de um livro que escrevi em 1975 e que foi excelentemente traduzido e comentado pelo ministro Gilmar Mendes. Poderíamos dizer, no sentido filosófico, que a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição significa que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto. Essa ideia é a expressão da teologia no protestantismo alemão. Eu só adquiri consciência disso mais tarde, e o paradigma da sociedade aberta hoje pode ser estendido na direção da comunidade internacional, da comunidade de entes do Direito Internacional Público, do *Jus Gentium*. Coloca-se aqui a pergunta: Quem cria o Direito das Gentes e quem o interpreta? Não são apenas os Estados e não são apenas os grandes doutrinadores. Nesse contexto, os mais importantes intérpretes são organizações não-governamentais, como, por exemplo, o Greenpeace e a Anistia Internacional. O Direito das Gentes é, na minha perspectiva, o Direito Constitucional da Humanidade. Por isso, os 196 membros da ONU são sujeitos imprescindíveis do Direito das Gentes. Mas o Direito das Gentes é também co-desenvolvido por relações pela internet, por tribunais constitucionais de grande qualidade ou também pela Corte Penal Internacional e pelos Tribunais Especiais das Nações Unidas, como os que existem na Holanda e na Iugoslávia.”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/peter-haerberle-constitucionalista-alemao-constituicao-e-declara>>. Acesso em: 22/08/2023

²⁷ Häberle, 1997, p. 11-12

Assim, haveria uma transição de uma sociedade fechada de intérpretes (intérpretes jurídicos vinculados a corporações) para uma sociedade aberta de intérpretes (na qual os critérios de interpretação constitucional não ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade)²⁸.

Esclarecendo a tese proposta, Häberle aduz que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou ao menos por co-interpretá-la. Desta forma, toda atualização da Constituição por meio de um indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.

Quanto à epistemologia, o autor destaca que, originariamente, a interpretação/hermenêutica é a atividade consciente e intencional, que se dirige à compreensão e explicitação do sentido da norma – conceito delimitado. Assim sendo, em um conceito amplo, a hermenêutica, cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistemas público, e opinião pública são forças produtivas de interpretação (intérpretes constitucionais em sentido lato).

E prossegue, pontuando que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática (democratização da interpretação constitucional). Neste contexto, quem vive no contexto regulado por uma norma é intérprete da norma, de forma que o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.

Importante conclusão alcançada por Häberle é no sentido de que os intérpretes jurídicos não detêm o monopólio de interpretação da Constituição. O autor exemplifica, assim, que na interpretação de direitos fundamentais, pode haver auxílio das organizações religiosas de opinião, na norma relativa à liberdade artística, é fundamental visão do artista.

Logo, na ideia de uma sociedade aberta, há uma complexa participação do intérprete, em sentido lato e em sentido estrito, de forma que experts e pessoas interessadas da sociedade se tornam intérpretes do direito estatal. Isso viabiliza democracia não só na construção da norma, mas também em sua aplicação²⁹.

O autor alemão propõe, ainda, que o processo de interpretação constitucional não é exclusivamente estatal, mas é um processo ao qual tem acesso potencial toda as forças da comunidade e forças políticas. Para ele, embora os órgãos

²⁸ Häberle, 1997, p. 12-13

²⁹ Häberle, 1997, p. 13-18

estatais oficiais exerçam um papel importante na interpretação constitucional, esta atividade potencialmente diz respeito a todos. E neste ponto, além dos outros órgãos (Legislativo e Executivo), incluem-se pessoas concretas: cidadãos, parlamentares e os funcionários públicos³⁰.

Häberle afirma que uma eventual objeção pode ser levantada: dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “*dissolver-se*” num grande número de interpretações de intérpretes, fragilizando a unidade da constituição. Todavia, refuta a objeção ao afirmar a utilização de regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas³¹.

Logo, o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto, e esse raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional³².

A aplicação das ideias defendidas por Peter Häberle em sua obra devem servir para democratizar a jurisdição constitucional para além da ampliação da participação de *amici curie*, ou mesmo da realização mais frequente de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação das ações no controle concentrado de constitucionalidade.

Uma sociedade aberta dos intérpretes é incompatível com a centralização de poder e exclusividade interpretação das normas constitucionais. Do contrário, deve permitir que, sobretudo no âmbito das instituições democráticas, de assento constitucional, dentre as quais os Tribunais de Contas, seja reconhecida a legitimidade para que quem vive a norma seja capaz de interpretá-la.

No exercício de sua missão constitucional de auxiliar o Poder Legislativo nas tarefas afetas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, atende ao princípio da razoabilidade³³

³⁰ Häberle, 1997, p. 23-28

³¹ Häberle, 1997, p. 29-33

³² Häberle, 1997, p. 40-44

³³ Ao tratar sobre a aplicação da razoabilidade nesta questão, discorre Willeman: “Demais disso, é importante destacar, novamente, que os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados no Texto Constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Não parece razoável admitir que uma Corte de Contas, ao examinar

e parece adequar-se à Teoria dos Poderes implícitos que os Tribunais de Contas possam realizar controle difuso de constitucionalidade, afastando normas reputadas por inconstitucionais, quando da apreciação do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo propõe a reflexões a respeito da postura restritiva do Supremo tribunal Federal no tocante à interpretação constitucional e efetivo exercício do controle de constitucionalidade, o que se evidencia das sucessivas decisões que, nos últimos tempos, têm afastado a aplicação da Súmula nº 347, com objetivo de impedir que o Tribunal de Contas exerça o controle concreto de constitucionalidade.

Com efeito, em que pese o fato de o STF exercer o relevante e inquestionável papel de guardião das normas constitucionais, o que se verifica, partindo da análise da obra de Peter Häberler, é que a democracia demanda uma atuação pluralista, de forma que quem vive a norma tenha oportunidade de influir eficazmente na interpretação constitucional.

Se o Direito Constitucional contemporâneo defende que cidadãos, organizações não governamentais, e diversas outras entidades tenham meios que viabilizem sua participação ativa na interpretação constitucional, que dirá órgãos de assento constitucional, de tamanha relevância no accountability das instituições públicas, como é o caso dos Tribunais de Contas que, mencione-se, por oportuno, não dispõem de legitimidade para ingresso com ação do controle concentrado de constitucionalidade.

Não se pretende, todavia, defender o afastamento da atuação do STF, ou mesmo banalizar o exercício do controle de constitucionalidade. Entretanto, em um contexto de sociedade aberta de intérpretes, evidencia-se que a atuação dos Tribunais de Contas (e outros órgãos não integrantes do Poder Judiciário) no controle difuso de constitucionalidade, além de encontrar legitimidade nas funções institucionais do órgão, é medida de reforço da democracia e não afasta a última palavra do Poder Judiciário.

determinado ato e constatar sua inconstitucionalidade da lei sobre a qual se funda, esteja impedida de aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas compatíveis para fazer valer a norma constitucional.” (Willeman, 2012, p. 31)

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25888 AgRG. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás. Relator: Min Gilmar Mendes. Brasília, 22 de agosto de 2023. DJe. 11 de setembro de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro de 2016. DJe. 27 de abril de 2027.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Min Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. DJe. 30 de abril de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 jun. 2017. DJe 17/08/2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26 de junho de 2024. DJe. 27/07/2024.
- FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas. Revista Interesse Público, nº 18, 2003, p.201-206.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, o jurista alemão, especialista em Direito Constitucional. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. 2ª ed. Ver. São Paulo: RT, 1970, t. III, p. 249.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. v.13,=, nº 22, jul.1991. pp.37-47.
- WILLEMANN, Mariannna Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. nº30. Salvador/Bahia. Junho/julho/agosto 2012.

A TEORIA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES DO MERCADO DE INFLUÊNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Maria Eduarda Bandeira Vecchiati da Silva¹

Resumo: O artigo analisa a Teoria da Confiança no mercado de influência digital, destacando sua relevância nas relações jurídicas e comerciais. Explora como a confiança molda decisões de compra e a importância de transparência, ética e regulamentação para proteger expectativas legítimas no comércio eletrônico.

Palavras-chave: Teoria da Confiança, Influenciadores Digitais, Mercado de Influência, Direito do Consumidor.

Abstract: The article examines the Theory of Trust in the digital influence market, highlighting its relevance in legal and commercial relationships. It explores how trust shapes purchasing decisions and the importance of transparency, ethics, and regulation to protect legitimate expectations in e-commerce.

Keywords: Theory of Trust, Digital Influencers, Influence Market, Consumer Law

INTRODUÇÃO

A crescente influência dos avanços tecnológicos sobre as relações sociais e econômicas é um fenômeno que reflete no comportamento de consumo e na estrutura dos mercados. O meio digital apresenta as possibilidades de disseminação ampla de informação e comunicação instantânea.

¹ Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Advogada.

Segundo Paula Sibília, o desejo de espionar e consumir vidas alheias é uma vontade geral do público contemporâneo. Com inúmeras opções como Facebook, Twitter, Youtube, entre outras, que não param de se multiplicar, o acesso à fama se tornou democrático.² Nesse contexto, as redes sociais, cada vez mais utilizadas, tem mostrado possuir tremendo poder no comportamento dos consumidores.

Essas plataformas têm se tornado o “palco principal” para a interação entre influenciadores e seus públicos, amplificando seu impacto na formação de opiniões e hábitos de consumo. É inegável que os influenciadores digitais assumiram um papel em que moldam opiniões, ditam tendências e decisões de compra de maneira nunca vista, principalmente em um país como o Brasil, onde 78% dos consumidores afirmam que influenciadores fornecem recomendações confiáveis.³

Por meio de um estudo acerca do conceito de confiança e sua relevância nas relações jurídicas, especialmente no contexto digital e da dinâmica entre influenciadores digitais e seus seguidores, é possível compreender de maneira mais precisa o surgimento de uma relação de confiança. Tais relações acabam por gerar expectativas. Os influenciadores não apenas recomendam produtos ou serviços, mas também “vendem” um estilo de vida e valores. Isso cria uma conexão pessoal e, muitas vezes, um sentimento de confiança por parte dos seguidores e consumidores. A falha em honrar essa percepção pode trazer consequências e decisões polêmicas fundamentadas na teoria da confiança.

Resumidamente, é explorado como a confiança é estabelecida entre influenciadores e seguidores e por meio de uma análise da evolução do conceito de confiança e sua adaptação às novas formas de comunicação digital. Ainda, é discutida a importância da confiança para a credibilidade dos influenciadores e a lealdade dos seguidores, além dos fatores que podem vir a comprometer essa relação.

A teoria da confiança e sua aplicação no contexto dos influenciadores digitais representam um campo de estudo crucial para a adaptação do direito às novas formas de interação social e comercial. Este artigo, portanto, pretende não apenas

² SIBILIA, Paula. *Celebridade para todos: um antídoto contra a solidão?*. Cienc. Cult., São Paulo, v. 62, n. 2, p. 38-44, 2010. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252010000200022&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 mai. 2024.

³ Disponível em: https://www.ey.com/pt_br/insights/consumer-products/futuro-do-consumo-e-varejo-sera-mais-sobre-posicionamento Acesso em: 19 nov. 2024

contribuir para o debate sobre a teoria da confiança no mercado de influência digital, mas também destacar a importância de um ambiente digital mais seguro e confiável, a partir de uma compreensão aprofundada das expectativas e realidades de cada um dos envolvidos.

1. TEORIA DA FIDÚCIA

1.1. A confiança nas relações consumeristas pós-modernas

A confiança mútua é um pilar fundamental nas relações de comércio eletrônico, estabelecendo a base para a interação entre comprador e vendedor no cenário digital. Não obstante, o valor jurídico da confiança tem adquirido relevância à medida que as mudanças antropológicas instigadas pelos avanços tecnológicos ganham proeminência, emergindo como elemento essencial para o futuro. Segundo Claudia Lima Marques⁴, os contratos firmados eletronicamente geram a desumanização destes, iniciando a “segunda crise do contrato”.

Nos contratos de consumo eletrônicos, a transparência é essencial, pois, ao contrário do mundo físico, a teoria da aparência praticamente se desintegra no cenário digital.⁵ Nesse contexto, os consumidores são constantemente atraídos pela infinidade de ofertas do comércio virtual, enfrentando um dilema no compartilhamento de informações em um ambiente que aparenta ser impessoal. É aqui que a confiança se torna alicerce, não apenas para facilitar transações, mas para estabelecer uma ligação emocional entre comprador e vendedor⁶.

Assim, as relações comerciais digitais tornaram-se interações complexas moldadas pela confiança, que não apenas valida a autenticidade das partes, mas promove a integridade e a responsabilidade na economia digital. Em um mundo onde a confiança é frágil, o comércio eletrônico requer, além de um ambiente seguro e regulamentado, a construção contínua da fidúcia por meio de práticas transparentes e éticas. Ao nutrir essa confiança, também é fortalecida a base do comércio eletrônico global, pavimentando o caminho para um futuro digital confiável e próspero para todos os envolvidos.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵ MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A diminuição da importância dos anúncios veiculados nos meios de comunicação em massa, tais como televisão, jornais e rádio, evidencia a democratização progressiva do setor publicitário. A obra “*A Riqueza das Redes*”⁷ destaca como o novo processo produtivo de riquezas que se consolidou no planeta em conjunto com o impacto social da Internet nele desafia e rompe com praticamente todas as crenças anteriores. Se, anteriormente, os anúncios eram restritos a plataformas que cobravam valores altos para a publicidade, impedindo que estabelecimentos de menor porte adentrassem esse cenário, as redes sociais facilitam a disseminação de informações.

Quando o consumidor vê um anúncio na TV, é comum recorrer às redes sociais para obter informações, evidenciando a interconexão sinérgica entre esses meios.⁸ Da mesma forma, ao ver um produto em loja física, o consumidor busca avaliações e preços em seu dispositivo móvel, demonstrando a influência do conteúdo acessado por celular nas suas decisões.⁹

Merece destaque a possibilidade de o anunciante influenciar o consumidor a efetivar a compra imediatamente após a visualização do anúncio. As plataformas possibilitam a divulgação de produtos e/ou serviços conjuntamente com *hyperlinks* que direcionam o usuário aos *marketplaces*, espécies de *shoppings* virtuais com um nível de acesso para os consumidores e outro para os lojistas¹⁰, culminando na concretização da transação comercial¹¹.

⁷ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. [S. l.: s. n.], 2006. 357 p. Disponível em: https://web.archive.org/web/20080107193248/http://www.jus.uio.no/sisu/the_wealth_of_networks.yochai_benkler/portrait.pdf. Acesso em: 1 out. 2023.

⁸ “A internet não se opõe às experiências anteriores, apenas traz novas condições para a comunicação, permitindo uma relação mais individual, mais pessoal entre as pessoas.”. GÓMEZ, Guillermo Orozco. *Os meios de comunicação de massa na era da internet. Comunicação & Educação*, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 373-378, 2006. DOI: 10.11606/issn.2316-9125.v11i3p373-378. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/37600>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁹ “No ponto de venda, onde tradicionalmente se dizia que 80% das decisões de compra são feitas, o consumidor agora pode, por meio do seu celular, saber mais sobre o produto que está diante dele, participar de promoções ou ver as avaliações que outros consumidores fizeram. Ou seja, sua decisão foi tomada na loja, mas o caminho para chegar até ela foi feito em grande parte no mundo digital.” LONGO, Walter. *Marketing e comunicação na era pós-digital: as regras mudaram*. São Paulo: HSM do Brasil, 2014, p. 174

¹⁰ FELDMAN, J. *Aspectos Jurídicos do Marketplace – Uma análise da Responsabilidade Civil*. Tese (Pós-graduação em Relações de Consumo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 82. 2016.

¹¹ “Estar on-line deixou de ser uma vantagem competitiva e se transformou em uma necessidade para a sobrevivência da organização. Utilizar as ferramentas digitais para interagir com os clientes, descobrir suas necessidades, esclarecer suas dúvidas oferecer vantagens e demonstrar preocupação com eles permite que a empresa crie uma boa reputação, fator que resultará em negócios mais lucrativos.” FERREIRA JUNIOR, Achilles Batista; AZEVEDO, Ney Queiroz de. *Marketing digital: uma análise do mercado*. [livro eletrônico] Curitiba: InterSaberes, 2015, p. 61.

Com o avanço da *cibercultura*¹², a publicidade tem tomado novos rumos. Diversos estabelecimentos direcionaram parte ou a totalidade de suas operações para o ambiente digital, reconfigurando por completo os padrões de consumo.

A digitalização acompanha a iminente ameaça à preservação da experiência tátil no ato da concretização do acordo jurídico junto ao consumidor. Ou seja, o juízo de valor do cliente é alterado com tais mudanças. Cabe ao estabelecimento comercial e à personalidade que o promove a tarefa de transmitir informações e confiança, a fim de facultar ao consumidor a capacidade de decidir por celebrar o negócio jurídico sem ser enganado. A confiança em questão é a credibilidade que o consumidor deposita no vínculo contratual visando alcançar os fins por ele esperados e prestigiando, na prática, as legítimas expectativas do consumidor.

1.2. A Teoria da Confiança e a Teoria da Aparência¹³

Nesse contexto, a teoria da confiança surge justamente visando proteger a legítima expectativa. Ora, o vínculo contratual quando criado gera o pacto de obrigações que, por sua vez, trazem expectativas das partes.¹⁴

Tal conceito se baseia na ideia de que outrem agirá de determinada forma. Seria uma espécie de premissa de realização de uma atividade, crendo que o outro agente se comportará de forma esperada.¹⁵

A teoria da confiança compartilha diversas características com a segurança jurídica em si, sendo ambas conectadas por conceitos como atos do poder transparentes, clareza de ideias e racionalidade. Na esfera jurídica, enquanto

¹² Termo definido por Pedro Marcos Nunes Barbosa como “conjunto de técnicas, a práxis, as formas de pensamentos e os valores empregados na Internet por seus usuários”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento: Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação patrimonial, Trade Dress Eletrônico, Concorrência Online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016. p. 56-57.

¹³ Esta menção à Teoria da Aparência é relevante para diferenciar conceitos que costumam ser objeto de confusão. Apesar disso, a Teoria da Aparência não é objeto de análise do artigo.

¹⁴ CATALAN, Marcos Jorge. “Princípios aplicáveis à formação e adimplemento dos contratos no Código de Defesa do Consumidor”. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24796-24798-1-PB.pdf> Acesso em 24 nov. 2024.

¹⁵ SOUZA, Patrícia A. de. O que é o Princípio da Confiança acolhido pelo Moderno Direito Penal?. LFG. mai, 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/2009052622063268_o-que-e-o-principio-da-confianca-acolhido-pelo-moderno-direito-penal-patricia-a-de-souza.html>. Acesso em: 25 nov. 2024

elementos de ordem objetiva estão relacionados com a segurança jurídica, os elementos de ordem subjetiva da segurança estão relacionados com o princípio da confiança.¹⁶

Segundo Zaffaroni, a teoria da confiança configura um dos critérios determinantes da medida do dever de cuidado em atividades compartilhadas.¹⁷ Ele define o “princípio da confiança” como atribuidor do dever de cuidado a conduta de quem confia que outra pessoa vai se comportar de maneira prudente, contanto que não exista motivos para dúvidas

Apesar disso, cabe ressaltar que existe debate acerca do enquadramento como “princípio” de tal conceito, tendo em vista que possui critério interpretativo, criado pela jurisprudência alemã e desenvolvido em doutrina, e não é abordado em legislação.

Além disso, alguns juristas entendem a crescente valorização da confiança como um ponto negativo. Tal entendimento deve-se à falta de rigor teórico ou dogmático. Sendo a teoria da confiança comentada frequentemente pela doutrina, na jurisprudência percebe-se outro cenário. Alguns juristas entendem que a teoria configura “zona cinzenta do direito”, ainda rudimentar.¹⁸

Além da teoria da confiança, a teoria da aparência também é um conceito fundamental no Direito do Consumidor, desempenhando papel crucial na proteção dos consumidores no contexto do mercado de influência. Ambas se concentram na maneira como as informações disponibilizadas pelos fornecedores são percebidas, mas têm abordagens distintas.

A teoria da confiança traz a ação do consumidor justificada pela fidúcia que ele deposita na informação fornecida por uma celebridade, garantindo a responsabilização do anunciante por possíveis danos decorrentes de informações falsas, enganosas ou omissas. No contexto do mercado de influência, tal conceito pode ser aplicado nas situações em que celebridades fazem parcerias com

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3a ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general - volume - 3*. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 402

¹⁸ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Direito do Consumidor* n°. 58. São Paulo: Editora RT, 2006.

empresas visando a promoção de seus produtos ou serviços. Os consumidores muitas vezes confiam na opinião desses “influenciadores” e tomam decisões de compra com base nela. Se um influenciador faz uma afirmação falsa ou enganosa sobre um produto, os consumidores que confiaram nessa afirmação podem sofrer prejuízos, gerando responsabilização ao influenciador e a empresa responsáveis pela campanha.

Por outro lado, a teoria da aparência concentra-se na percepção razoável do consumidor em relação às ações do fornecedor ou influenciador, independentemente das intenções dele. Isso significa que, se um consumidor, com base nas ações do fornecedor ou influenciador, acreditar que um produto ou serviço possui certas características, o fornecedor pode ser responsabilizado por não cumprir essa expectativa, mesmo que não tenha agido com má-fé.

A teoria da aparência pode ser observada quando um influenciador não faz publicidade direta de um produto, mas seu comportamento leva os consumidores a acreditarem que ele o utiliza em seu cotidiano. Se isso cria uma percepção razoável de que o influenciador endossa o produto, o consumidor pode esperar que ele tenha as qualidades associadas à imagem do influenciador. Se isso não for o caso, o fornecedor pode ser responsabilizado por não cumprir as expectativas criadas.

A título de exemplo, considere uma influenciadora com público voltado ao ramo da beleza. Ela promove uma linha de maquiagem em suas redes sociais. Se ela fizer afirmações diretas sobre a qualidade dos produtos, a teoria da confiança será aplicada. Por outro lado, caso ela simplesmente exiba os produtos sem fazer afirmações diretas, mas seu público perceber que ela os usa regularmente, a teoria da aparência pode ser relevante.

Muitas vezes, inclusive, o mercado de influência utiliza métodos em que uma celebridade não aparece publicamente anunciando um produto, mas sim utilizando o mesmo repetidamente. A influenciadora Bianca Andrade trabalhou com divulgação intensa de seus produtos enquanto dentro do Big Brother Brasil 20, chegando a triplicar seu número de vendas¹⁹. A participante não tinha

¹⁹ REDAÇÃO QUEM. Bianca Andrade, a Boca Rosa, faturou R\$ 120 milhões em 2020: Influencer disse que participar do BBB20 a fez aumentar ainda mais a venda de produtos de beleza. Revista Quem, [S. l.], 25 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/02/bianca-andrade->

permissão da emissora para anunciar seus produtos diretamente na casa, mas apenas através de seu uso frequente e menção em conversas e dicas dadas aos colegas, a influenciadora foi capaz de chamar a atenção dos telespectadores.

Tal caso é um exemplo da possibilidade de associações subliminares entre as celebridades e os produtos, determinando preferências de consumo de formas não percebidas conscientemente²⁰. O cérebro humano forma associações entre estímulos subliminares, emoções, experiências e valores que influenciam escolhas. A exposição subliminar ao logotipo de uma marca pode aumentar a familiaridade e a preferência por ela em relação a outras opções, sem que seja sequer compreendido o motivo por trás dessa preferência.

Cabe ressaltar que a estratégia pode ser arriscada se utilizada de maneira que viole o princípio da aparência. A teoria da aparência se baseia na premissa de que terceiros que agem de boa-fé, enganados pela aparência de uma situação jurídica, devem ser amparados. As relações sociais são baseadas tanto na regularidade do direito do cidadão quanto em sua confiança legítima, cabendo a todas as pessoas a obrigação de não iludir outrem e, caso o faça, suportar as consequências do ato. O jurista aponta a boa-fé como requisito indispensável nas relações interpessoais visando compromissos assumidos seguramente²¹.

1.3. Princípios Oriundos da Boa-Fé

Na formação do nexo obrigatório entre as partes, a boa-fé desempenha um papel central. Segundo Judith Martins-Costa, ao examinar-se a funcionalidade da boa-fé, torna-se evidente que as funções atribuídas a ela não são inerentes, mas sim construídas pela sociedade. Isso quer dizer que elas não existem por si só, mas refletem os propósitos práticos de uma sociedade complexa. A dogmática da boa-fé tem sua utilidade proporcional à compreensão dos seus objetivos, funções, desenvolvimento e contexto em que é destinada a cumprir seu papel.²²

boca-rosa-diz-ter-faturado-r-120-milhoes-em-2020.html. Acesso em: 2 set. 2023.

²⁰ MLODINOW, Leonard. *Subliminar: Como o inconsciente influencia nossas vidas*. Nova York, Estados Unidos da América: Pantheon Books, 2012. 194 p. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/subliminar_como_o_inconsciente_influencia_nossas_vidas.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Mar. no 24, v. 9, 1982.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito*

Inquestionavelmente, o princípio da confiança mantém relação intrínseca com o princípio da informação, visto que configura incumbência das celebridades transmitir informações autênticas e não omissas aos consumidores, garantindo a transparência. Essa relação é sustentada na afinidade subjacente entre esses princípios e o conceito de boa-fé, que permeia as relações jurídicas, especialmente nas práticas comerciais.

A título de exemplo, veja-se uma situação em que uma celebridade endossa um produto ou serviço. Devido à sua credibilidade, o consumidor decide confiar e, assim, formaliza o negócio jurídico. Nesse contexto, se a celebridade, de maneira irresponsável, levar o consumidor a uma falsa interpretação das características do produto, causando um descompasso entre as expectativas criadas e a realidade, tal conduta configura uma afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

Já a exposição de informação incompleta por celebridades que influenciam o consumidor a formalizar um negócio jurídico, de acordo com o Ministro Humberto Martins do Superior Tribunal de Justiça, é ilícita.²³ No julgamento do EREsp 1.515.895, evidenciou-se que a simples oferta da informação no direito do consumidor não é suficiente. Pelo contrário, é crucial saber transmiti-la por completo e adequadamente, inclusive, ainda quando a informação é completa e verdadeira, pode haver defeito na forma como é compreendida pelo consumidor.

Ao tratar do “*puffing*”, modo de publicidade que gera controversas no mundo jurídico, cabe lembrar que se trata de formato que usa de excessos nas qualidades para atrair o consumidor. De acordo com Luiz Antonio Rizzatto Nunes, se o anúncio diz que uma pilha é “a que mais dura”, ou que um isqueiro é “o que pode ser aceso mais vezes”, tem de poder provar.²⁴

Por sua vez, parte da doutrina defende que o *puffing* não gera obrigação de cumprimento ao fornecedor. Ou seja, que o uso de palavras que podem se tratar

Privado Brasileiro. In: DE AZEVEDO, Antonio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 387-421.

²³ Decisão no sentido de que o direito à informação tem relação direta com a liberdade de escolha de quem consome. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Embargos em Divergência em Recurso Especial nº 1.515.895/MS. Embargante: Associação Dos Aposentados Pensionistas E Idosos De Campo Grande E Do Estado Do Mato Grosso Do Sul. Embargado: Panificadora Pão Bento LTDA - Microempresa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 20 de setembro de 2017.

²⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo.

de exageros, como “melhor”, “mais veloz” e “mais duradouro”, não são vinculantes se não trazem precisão. Conforme entendimento do TJMG²⁵, com o exame de situações do tipo diante da boa-fé objetiva, fica evidente que as informações publicitárias apresentadas como “melhor preço”, “melhores condições” e “melhor serviço” sofrem influência da técnica publicitária conhecida como *puffing*. Nessa abordagem, é comum que seja utilizada linguagem exagerada para ressaltar as características positivas de um produto.

Segundo Antônio Herman Benjamin²⁶, quando a prática do *puffing* é utilizada em relação ao preço do produto ou serviço oferecido, ela impõe, em regra, a obrigatoriedade do cumprimento. O autor também menciona o aspecto pré-contratual do marketing, em que o efeito vinculante da oferta garante ao consumidor o que foi ofertado, da maneira que foi publicizado.

Conforme o artigo 35 do CDC, o consumidor tem o direito de (i) exigir o cumprimento forçado da obrigação nos exatos termos da oferta, apresentação ou publicidade; (ii) aceitar produto ou serviço equivalente; ou, ainda, (iii) rescindir o contrato, com o direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, devidamente atualizada monetariamente, além de receber compensação por perdas e danos.²⁷

Cabe a menção ao “*dolus bonus*”, a prática aceitável de exagero no discurso publicitário, tendo em vista que o consumidor não interpreta tais exageros de

²⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (10. Câmara Cível). Apelação Cível no 10027100069775001. Apelante: José Rodrigues De Oliveira Filho. Apelado: TNL PCS S/A. Juiz Relator: Cabral da Silva, julgado em: 02/10/2012, data de publicação da Súmula: 16/10/2012. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=8E9EE709DD152486A1991B1175420AD3&juri_nodeId?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0027.10.006977-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 mar. 2024.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de V. e. Capítulo V: das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V. e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*: volume único. 13. ed. rev. atual. e reform. Colaboração de Vicente Gomes de Oliveira Filho e de João Ferreira Braga. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. E-book. Plataforma Minha Biblioteca.

²⁷ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

forma literal. Muito se discute acerca do limite dos exageros para que não se tornem enganosos. Conforme Pedro Marcos Nunes Barbosa, a jurisprudência brasileira tem adotado uma posição tolerante com exageros em afirmações publicitárias, em conformidade com a doutrina civilista clássica.²⁸ O autor destaca o intenso debate existente no que tange o limite entre o “*dolus bonus*” e a concorrência desleal. Apesar dos tribunais pátrios terem analisado a capacidade de discernimento dos consumidores diante de afirmações exageradas e rejeitado a ideia de que a utilização do “*dolus bonus*” seria suficiente para caracterizar concorrência desleal, cada situação merece análise individual diante dos possíveis impactos da publicidade no público consumidor.

Conforme José de Oliveira Ascensão, “quanto mais vasta a afirmação, menos perigosa é”. Se uma publicidade indica que a marca X é a melhor do bairro, ela é mais perigosa do que a que afirma que a marca Y é a melhor do mundo. Um indivíduo leigo não interpretaria literalmente a afirmação feita pelo mecanismo publicitário de uma empresa que ela é a melhor do mundo.²⁹

No cenário contemporâneo, com diversas formas para influenciar o consumidor a efetuar transações comerciais, a busca por segurança jurídica é constante. Conforme a sociedade evolui tecnologicamente, os aspectos negativos e as vulnerabilidades passam a ter maior força. É recorrente a ocorrência de fraudes eletrônicas, muitas vezes perpetradas através de links enganosos e perfis fictícios, bem como por meio de práticas publicitárias fraudulentas. Desse modo, é mediante o compartilhamento de informações íntegras que um estabelecimento pode manter relações de confiança com seus clientes.

Observa-se que, em virtude do papel desempenhado pelas mídias digitais na sociedade, a obrigação de fornecer informações precisas é observada com uma ótica cada vez mais rigorosa. No entanto, essa obrigação ainda não é cumprida da forma que deveria. É comum encontrar anúncios em plataformas virtuais que carecem de informações para uma tomada de decisão justamente informada por parte do consumidor.³⁰ Diante dessa realidade, é necessário reconhecer

²⁸ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Hamburger, ketchup e o STJ: Publicidades exageradas e concorrência desleal*. AGIRE | Direito Privado em Ação, [s. l.], ed. 67, 29 maio 2023. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire67>. Acesso em: 9 out. 2023.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 533.

³⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (4º Juizado Especial Cível

devidamente o impacto da inobservância dos princípios basilares do direito do consumidor, nas relações que podem nascer da publicidade realizada por celebridades nas redes sociais e as expectativas dos consumidores influenciados.

1.4. A Tutela Jurídica da Confiança

A informação disseminada por um influenciador ou celebridade durante uma campanha publicitária mantém uma relação intrínseca com a confiança que tanto ele quanto a empresa anunciante irá inspirar em sua audiência. A doutrina já tem firmado o entendimento de que ao celebrar contrato que envolve confiança em terceiro, a fidúcia merece tutela jurídica, não sendo cabível ao Direito a indiferença diante de casos em que essa confiança é frustrada.³¹

Segundo Denis Borges Barbosa, as chamadas “celebridades” são artistas, pessoas públicas famosas ou especialistas em determinada área que possuem influência sobre certo grupo de consumidores.³² Tais consumidores sentem segurança nos aspectos descritos por elas, o que os faz crer em suas recomendações. Em relação ao consumidor, as celebridades que vinculam seus nomes ou imagens a determinados produtos ou serviços, acabam funcionando como “garante”.

Além dos influenciadores, existem os “microinfluenciadores”, que, embora não sejam celebridades, têm um impacto significativo e muitas vezes maior que influenciadores mais conhecidos.³³ Eles possuem seguidores em nichos específicos e sua autenticidade e expertise conferem-lhes uma influência sólida e baseada em confiança. Essa confiança os torna valiosos para empresas que buscam campanhas direcionadas. A relação de confiança com seus seguidores é um ativo crucial, e entender como ela é construída e mantida é essencial para

de Brasília). Apelação Cível do Juizado Especial nº 20140110195716. Apelante: Ignacio Jose Kornowski. Apelada: Gol Linhas Aéreas Inteligentes. Relator: Marco Antonio do Amaral.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos teoria geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

³² BARBOSA, Denis Borges. *Do direito de propriedade intelectual das celebridades*. PIDCC: Aracaju, Ano I, ed. 01/2012, p. 1-99, 30 out. 2012. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/direito_pi_celebridades.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023.

³³ WHITE, Katherine. *The Difference Between Mega, Macro, Micro and Nano Influencers. Insights For Professionals (IFP)*, 2019. Disponível em: < <https://www.insightsforprofessionals.com/marketing/social-media/difference-mega-macro-micro-nano-influencers> >. Acesso em: 01 set. 2023.

o sucesso das estratégias de marketing e publicidade.

Existem diversas maneiras encontradas para que o direito garanta a proteção da confiança envolvida no negócio jurídico, sendo esta o paradigma necessário para a adaptação do direito do consumidor ao comércio eletrônico.³⁴ Algumas das maneiras são a imposição da obrigatoriedade da transparência, a redução da assimetria de informações, a necessidade de conformidade com o CDC e de maior atenção e cuidado no tratamento de dados coletados de consumidores.

Neste íterim, cabe citar que, de acordo com a professora Caitlin Mulholland, no que tange a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, existem implicações relevantes na proteção da confiança nos negócios jurídicos.³⁵ A responsabilidade civil objetiva da LGPD aumenta a confiança dos consumidores em plataformas digitais, impondo indenização aos titulares de dados sem a necessidade de comprovar culpa dos agentes. Isso cria um sistema mais transparente para o consumo virtual, incentivando as empresas a adotarem práticas mais seguras.

Ao estabelecer responsabilidade objetiva, a lei cria um ambiente mais seguro para transações online e aumenta a confiança dos consumidores em empresas que tratam seus dados pessoais, o que é fundamental para o sucesso dos negócios em um mundo digitalizado. Fábio Coelho esclarece que, de acordo com o princípio da transparência, o empresário não deve apenas não omitir a verdade, mas também transmitir, sem exceções, todas as informações necessárias ao apoio da escolha de consumir ou não o produto oferecido.³⁶ O direito à informação clara e adequada sobre os produtos e serviços ofertados é garantido ao consumidor pelo CDC, sendo prerrogativa inalienável.

No tocante à redução da disparidade de informações entre fornecedor, anunciante e consumidor, a adoção desse princípio visa a mitigar a vulnerabilidade

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: RT, 2004. p. 32-35.

³⁵ MULHOLLAND, Caitlin. *A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?* Migalhas de Responsabilidade Civil, [S. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 4 out. 2023.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *O crédito ao consumidor e a estabilização da economia brasileira*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 01, p. 97-104, set./dez. 1996.

do consumidor. Na atual era do *e-commerce*³⁷, a ocultação de informações sobre os produtos é frequente. Essa omissão, além de colocar o consumidor em posição mais desfavorável e arriscada, cria certo desequilíbrio contratual.

No CDC, o princípio da fidúcia pode ser observado no artigo 30³⁸, por exemplo, que vincula o fornecedor à oferta, criando obrigação antes mesmo do contrato de compra e venda ser efetivado. Essa obrigação visa evitar que a expectativa criada pelo consumidor no momento de captação seja frustrada. Já o artigo 37³⁹ proíbe a publicidade enganosa, que é a que transmite informações errôneas propositalmente e omite fatos importantes, e a publicidade abusiva, que possui discriminação intrínseca a ela.

Dessa forma, no caso de um anúncio falso ou omissivo, todos os envolvidos na divulgação podem ser responsabilizados em resposta a uma demanda do consumidor. Além disso, a celebridade é corresponsável junto ao fornecedor por eventuais defeitos no produto ou serviço, podendo ser alvo de uma ação regressiva contra o fornecedor no futuro. Com isso, é de se esperar que a celebridade tenha cautela ao vincular seu nome e sua imagem à alguma atividade publicitária.

Na prática, muitas celebridades licenciam o uso de suas imagens para produtos ou serviços que desconhecem. O valor monetário, em vezes, prevalece sobre o compromisso com o consumidor. Além de violar o CDC, a celebridade pode responder solidariamente com o fornecedor em casos de vício no produto ou serviço, podendo responder judicialmente pela dívida total e depois ajuizar ação regressiva em face do fornecedor.

³⁷ “termo normalmente utilizado para designar a atividade de compra e venda de produtos, prestação de serviços ou licenciamento de bens intangíveis, dentre outros, ofertados em ambiente virtual” BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. *Comércio eletrônico*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, São Paulo, Tomo Direito Comercial, Edição 1, julho de 2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/258/edicao-1/comercio-eletronico>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

³⁸ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

³⁹ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

Conforme entendimento do TJDFT na Teoria do Risco-Proveito da Atividade Negocial⁴⁰, qualquer indivíduo que obtenha lucro perante envolvimento no fornecimento de produtos ou serviços aos consumidores pode responder pelos danos causados por este, independentemente de comprovação de culpa ou dolo.

Em 2021, Leonardo Ferreira ajuizou ação contra diversas celebridades em decorrência de publicidade enganosa.⁴¹ O estudante comprou dois celulares do modelo *iPhone* após ser influenciado por celebridades como Rafa Kalimann, Mc Guimê, Cleo Pires, Carla Diaz e Luisa Sonza. No entanto, os produtos adquiridos não foram entregues. Ele citou mais de vinte celebridades na ação, além da empresa fornecedora dos produtos. O jovem afirmou⁴² que efetivou o negócio jurídico por sentir confiança nos nomes envolvidos na campanha, ressaltando que jamais teria adquirido os produtos se não fosse pela divulgação das celebridades.⁴³

2. O MERCADO DE INFLUÊNCIA

O mercado de influência no ambiente digital é caracterizado pela colaboração, pecuniária ou em forma de permuta, entre anunciantes e influenciadores com o fim conjunto de atingir um público-alvo.⁴⁴ O perfil de um influenciador utiliza

⁴⁰ Teoria do Risco-Proveito da Atividade Negocial. In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. [S. l.], 1 jun. 2021. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/teoria-do-risco-proveito-da-atividade#:~:text=Tema%20disponibilizado%20em%202%2F6,culpa%20\(risco%20da%20atividade\)](https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/teoria-do-risco-proveito-da-atividade#:~:text=Tema%20disponibilizado%20em%202%2F6,culpa%20(risco%20da%20atividade).). Acesso em: 15 out. 2023.

⁴¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro (4ª Vara Cível). Procedimento Comum n. 0013015-57.2021.8.19.0014. Autor: Leonardo Timossi Ferreira. Réu: Mileide Mirraily Oliveira Lima e outros. Campos dos Goytacazes, 4ª Vara Cível 22 mai. 2021.

⁴² PINHEIRO, Felipe. *Estudante explica ação na Justiça contra Rafa Kalimann e mais 20 famosos*. UOL, São Paulo, 27 de maio de 2021. Disponível em: < <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/27/estudante-explica-acao-contr-rafa-kalimann-e-mais-20-famosos-enganado.htm?cmpid=copiacao> >.

⁴³ Esta menção à jurisprudência é relevante para contextualizar a repercussão jurídica da tutela da confiança. No entanto, é importante observar que este artigo não se aprofundará na análise de julgados.

⁴⁴ Cabe ressaltar que publicações de influenciadores feitas sobre produtos recebidos de uma empresa, chamados de “recebidos” ou brindes, não configuram necessariamente relação comercial entre eles, descaracterizando a publicação como publicidade. No entanto, esses “recebidos” podem fazer parte de uma relação comercial baseada em permuta, prevista no artigo 533 do Código Civil. A permuta “é um mecanismo em que o influenciador ganha o serviço ou produto em troca de divulgação em suas redes sociais. Ainda, pode não ter caráter publicitário e somente ser uma postagem sem ganhos financeiros.” CARRION, Anna Carolina Zanella Machado. *A Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais e Veiculação de Procedimentos Estéticos e Cirúrgicos nas Redes Sociais*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 4, ano 8 (2022), p. 475. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/4/2022_04_0457_0490.pdf. Acesso em: 17 maio 2024.

seu número de seguidores, sua credibilidade em determinado nicho e/ou seu apelo mercadológico para negociar com anunciantes.⁴⁵

Nesse contexto, vale mencionar que o “aviamento” pode ser entendido como a capacidade de um estabelecimento atrair clientela e produzir lucros.⁴⁶ Se trata da expectativa de lucros futuros, tendo como base, inclusive, as práticas tradicionais de confiança.⁴⁷ Segundo Oscar Barreto Filho, o aviamento é um atributo do estabelecimento, sendo como a saúde é para o humano ou como a fertilidade é para o solo.⁴⁸

O crescimento da clientela devido à publicidade de um influenciador costuma ser proporcional ao seu número de seguidores. Assim como o aviamento de um estabelecimento reflete sua capacidade de gerar lucros, o número de seguidores mede o potencial de retorno financeiro gerado por um influenciador.

A relação de confiança com os seguidores é um aspecto fundamental nas negociações com influenciadores. Ao pensar a questão pela ótica consumerista, vale citar o artigo 6º, III, do CDC, que traz o Princípio da Transparência.⁴⁹ Através do fornecimento de informações claras e adequadas acerca do produto ou serviço ofertado e de uma postura ética durante as fases do contrato, a relação contratual se torna mais sincera entre as partes.⁵⁰

No mercado de influência, é possível relacionar a transparência e a correta exposição de produtos em formato de publicidade com a confiança entre seguidores e influenciadores. A influência sobre o poder de compra de seus

⁴⁵ RAMOS, Pedro Henrique; ANDRADE, Andressa Bizutti; VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. Contratos de Influenciadores Digitais: Aspectos Teóricos e Práticos. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *Influenciadores Digitais e seus Desafios Jurídicos*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. cap. 7, p. 99-113.

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 104.

⁴⁷ VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. Volume III. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935. p. 2.

⁴⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969. p. 36.

⁴⁹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 594-595.

seguidores tem relação direta com a fidúcia. A confiança pode ser estimulada por interações e boas práticas diante do público, além de constância e tempo de mercado. Apesar disso, o número de seguidores de um influenciador em determinada rede social nem sempre reflete diretamente a confiança deles em seu conteúdo.

Muitas vezes, o número de seguidores de um influenciador pode ser manipulado. A compra de seguidores e a utilização de “bots” para aumentar esses números são práticas comuns. Ou seja, mesmo que um influenciador tenha milhões de seguidores, nem todos necessariamente confiam no conteúdo veiculado por ele. Além disso, a compra de seguidores pode comprometer a credibilidade do influenciador, minando sua relação de confiança com seus seguidores e, conseqüentemente, com seus contratantes. Por isso, o engajamento funciona como um medidor mais efetivo da capacidade de influência dos influenciadores.

O engajamento em relação ao número de seguidores de um influenciador é um fator decisivo no estabelecimento de um negócio jurídico com o titular da marca, além de funcionar como medidor de desempenho de uma campanha. O cálculo da taxa de engajamento pública, um dos valores utilizados no mercado para avaliar a performance publicitária de um perfil, é feito através da soma da quantidade de curtidas, comentários, posts salvos e menções, esse valor deve ser dividido pelo número total de seguidores do influenciador e multiplicado por cem.⁵¹

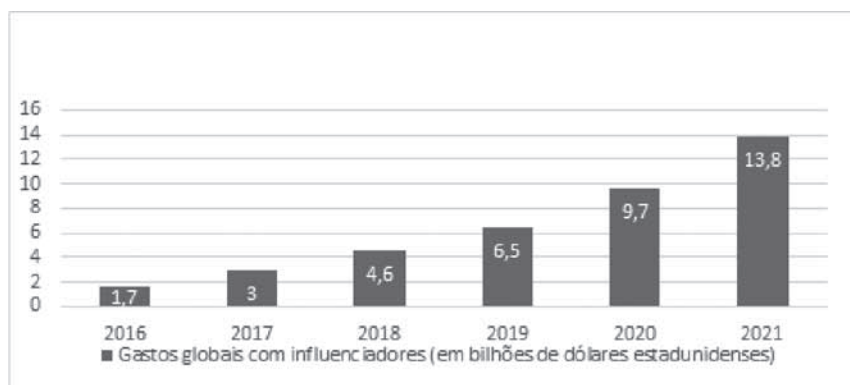
Ao contrário do senso comum, o mercado de influência não é originado do uso das redes sociais. O uso de imagens conhecidas de celebridades na divulgação de produtos e serviços já era uma atividade comum do meio publicitário em meios como a televisão e as revistas. Atualmente, em um contexto em que as redes sociais passaram a ser o principal meio de comunicação, a celebridade faz uso de sua fama, abrangência, penetração e engajamento para impulsionar a empresa

⁵¹ PILLAT, Valdir Gil; PILLAT, Vilson Gil. *Comparação entre duas fórmulas utilizadas para o cálculo da taxa de engajamento utilizando como base a porcentagem de visualizações e o total de fãs*. Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia, São Paulo, ano 2017, v. 10, n. 3, p. 298-309, set.-dez. 2017. Disponível em: https://revistapmkt.com.br/wp-content/uploads/2022/01/2-Comparac_o-entre-duas-formulas-utilizadas-para-o-calculo-da-taxa-de-engajamento-utilizando-como-base-a-porcentagem-de-visualiz.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

contratante. Ao mesmo tempo, Martha Gabriel destaca que o consumidor que recebia a mensagem através da TV, jornais e revistas, passou a compartilhar suas opiniões e ganhou relevância na comunicação publicitária.⁵²

Em 2019, o mercado global de plataformas de marketing de influência foi avaliado em US\$148 milhões e a estimativa é de que esse valor passe de US\$337 milhões em 2027.⁵³ Segundo a *Influencer Marketing Hub*, o investimento mundial em marketing de influência de 2016 a 2021 decolou de 1,7 bilhão para 13,8 bilhões, vide gráfico abaixo. Além disso, 60% das empresas questionadas em 2023 admitiram ter utilizado o mercado de influência.

Gráfico 1 – Gastos globais com influenciadores ao longo dos anos (em bilhões de dólares estadunidenses)



Fonte: Influencer Marketing Hub⁵⁴

O rápido crescimento do mercado de influência se deu com a percepção de que os *blogs* — páginas da internet que recebem atualizações frequentes — tinham poder de influência em consumo e comportamento da população.

⁵² GABRIEL, Martha; KISO, Rafael. *Marketing na Era Digital: conceitos, plataformas e estratégias*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. 576 p.

⁵³ Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1036560/global-influencer-marketing-platform-market-size/> Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵⁴ Disponível em: <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report/> Acesso em: 22 ago. 2023.

Foi quando o “cidadão comum” começou a expor sua vida online e passou a ser acompanhado pelas pessoas. Como por exemplo, o popular termo “OOTD - *Outfit Of The Day*” ou “*Look do dia*”, que não passa de um reporte de um momento da história pessoal daquele cidadão que acaba por ditar tendências comportamentais ou consumeristas.

Os estabelecimentos, por conseguinte, perceberam que as menções orgânicas em *blogs* conferiam vantagens significativas em seus números de vendas. Isso resultou na iniciativa por parte deles de fornecer produtos, serviços e experiências a esses indivíduos. Com isso, os influenciadores deram início à prática de estabelecer remuneração pela veiculação desse tipo de publicidade.

No Brasil, um dos países líderes no mercado de influência, em 2019, 52% dos usuários da internet seguiam influenciadores digitais nas redes sociais.⁵⁵ O mesmo levantamento apurou que metade dos internautas brasileiros tem por hábito adquirir produtos e serviços recomendados por tais influenciadores.⁵⁶

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno, existem três “personagens” na mensagem publicitária. O primeiro deles é o anunciante ou fornecedor.⁵⁷ O segundo é o agente publicitário, responsável pela produção da publicidade em si. No caso de publicidades realizadas por influenciadores digitais, eles seriam os agentes. Por fim, as mensagens publicitárias precisam de um meio de comunicação para serem propagadas e atingirem os potenciais consumidores, esse é o veículo publicitário, que figura como terceiro personagem.⁵⁸

Segundo a Teoria do Fornecedor Equiparado⁵⁹, desenvolvida pela doutrina, mas ainda não aplicada pelo Poder Judiciário, os influenciadores podem ser vistos como fornecedores equiparados, tendo em vista a influência deles na formação

⁵⁵ Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵⁶ Cabe ressaltar que esses valores correspondem aos cidadãos brasileiros antes da pandemia COVID-19, que trouxe enormes mudanças ao cotidiano, inclusive tangentes à forma que se vê e pratica o consumo.

⁵⁷ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

⁵⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁵⁹ Esta menção à Teoria do Fornecedor Equiparado é relevante para trazer hipóteses de entendimento doutrinário. Apesar disso, a Teoria do Fornecedor Equiparado não é objeto de análise deste artigo.

do negócio jurídico. Afinal, na ausência de credibilidade e confiança no conteúdo transmitido pelo influenciador, o consumidor não seria vinculado ao anúncio e poderia, inclusive, não comprar o produto ou serviço em questão.⁶⁰

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente legislação específica destinada a disciplinar a utilização das redes sociais como veículo publicitário. Tendo em vista a crescente relevância do mercado de influência na sociedade, a regulamentação específica desse mercado seria capaz de solucionar conflitos atípicos e cada vez mais frequentes. A atual regulamentação desses meios é pautada segundo as orientações do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária), cuja natureza não possui imperatividade legal. As partes envolvidas, que podem assumir as feições de criadores de conteúdo, anunciantes contratantes, agências de publicidade intermediadoras, veículos de comunicação, plataformas, redes sociais ou mesmo usuários individuais, reclamam a adoção de uma abordagem jurídica criteriosa, tendo em vista a configuração desta exponencial indústria, marcada por contínuo desenvolvimento.

O CONAR, inclusive, publicou um Código de Ética Publicitária para Influenciadores, buscando orientar de forma mais efetiva os anunciantes e agências. Um ponto relevante abordado é a obrigatoriedade de identificação de conteúdo publicitário, por meio de sinalizações, como os termos “publi”, “publicidade” ou “publipost”. Ou seja, o influenciador deve mencionar explicitamente até que fique evidente que o conteúdo se trata de publicidade.⁶¹

Além das orientações do CONAR, boa parte da regulamentação aplicada nas redes sociais no que tange as formas publicitárias vem do CDC. Isso deve-se ao fato de que os seguidores se comportam como potenciais consumidores⁶², visto que são os destinatários finais da mensagem publicitária veiculada pelo influenciador. Além disso, as regras aplicadas nas redes sociais podem vir dos termos de uso de cada uma delas. Eles estão disponíveis dentro de cada rede

⁶⁰ MARTINS, Vanessa Brodt. *Consumidores e Influenciadores Digitais: O caso das lives de cantores de música sertaneja alcoolicamente embaladas ao longo de 2020*. 1. ed. Londrina: Editora Thoth, maio 2023. 168 p.

⁶¹ Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR). *Guia de Publicidade Por Influenciadores Digitais*. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 05 mar. 2024.

⁶² “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm .

e buscam estar em constante atualização para garantir um ambiente saudável para todos os utentes.⁶³ Atualmente, a confiança se mostra um aspecto cada vez mais importante no mercado de influência. Segundo Pedro Neiva, metade da população brasileira consulta a opinião de influenciadores digitais em quem confiam antes de realizar compras.⁶⁴

É a confiança do público no influenciador que pode tornar uma campanha de publicidade bem-sucedida. A relação entre eles é construída por meio do compartilhamento de rotinas e pode ser quebrada com publicidades abusivas ou enganosas⁶⁵. A confiança precisa de tutela jurídica devido ao fato de que os influenciadores usam da relação que tem com seu público, com influência e poder de persuasão para incentivar compras, hábitos e comportamentos.⁶⁶ O fomento dessa relação origina a legítima expectativa de segurança dos produtos e serviços ali anunciados⁶⁷.

A obra “O Pequeno Príncipe”, conta com a afirmação de que a responsabilidade de alguém sobre aquilo que cativou é eterna⁶⁸. No contexto aqui explorado, tem-se que o público cativado precisa que o influenciador mantenha sua honestidade. Assim, quem cativou possui dever e responsabilidade de não induzir ao erro.

CONCLUSÃO

A divulgação de produtos e serviços desconhecidos em troca de quantias pecuniárias deve ser desencorajada, valorizando personalidades que se

⁶³ Esta menção aos Termos de Uso é relevante para contextualizar as regras e normas às quais os influenciadores se submetem nas redes sociais. Apesar disso, termos de uso não são objeto de análise deste artigo.

⁶⁴ NEIVA, Pedro. *A responsabilidade civil do influencer digital e a vulnerabilidade do consumidor*. Migalhas, [S. L.], 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324535/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor>. Acesso em: 10 maio 2024.

⁶⁵ ODY, Lisiane Feiten Wingert; D'AQUINO, Lúcia Souza. *A responsabilidade dos influencers: uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais aconteceu*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/700>. Acesso em: 10 maio, 2024.

⁶⁶ SQUEFF, Tatiana Cardoso; BURILLE, Cíntia; RESCHKE, Ana Júlia de Campos Velho. *Desafios à tutela do consumidor: a responsabilidade objetiva e solidária dos influenciadores digitais diante da inobservância do dever jurídico de informação*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 140, v. 31, p. 315, mar./abr. 2022.

⁶⁷ GASPARATTO, Ana Paulo Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antonio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 19, nº 1, p. 78, jan./abr. 2019.

⁶⁸ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. 48. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009. Tradução de: Dom Marcos Barbosa. p. 72.

comprometem com a transparência e a confiança estabelecida com seu público. Ao mesmo tempo em que as consequências para o influenciador que participa de campanhas de publicidade enganosa devem ser mais severas, existe a necessidade de incentivo à pesquisa, testes e análises do produto ou serviço antes de indicá-los ao seu público.

Tais medidas não apenas buscam a preservação da confiança entre o influenciador e seu público, mas também visam a proteção ao consumidor, que, hoje, inevitavelmente, lida com um mundo digital em constante expansão e merece ser protegido dos perigos que o desconhecido pode trazer, promovendo um meio digital justo e seguro.

A falta de posicionamento por parte das plataformas de redes sociais, por onde as campanhas publicitárias normalmente são veiculadas, também preocupa. Neste cenário, seria desejável que houvesse uma mobilização para conscientização dos influenciadores sobre a temática, com o fornecimento de orientações, diretrizes e acompanhamento jurídico.

Sobre a ética e transparência na publicidade feita por influenciadores, não se entende como um mero favor que fazem ao seu público, mas sim como uma obrigação decorrente de sua atividade profissional. Por enquanto, o CONAR tem divulgado documentos sobre o assunto, como o Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. Contudo, cabe uma fiscalização mais incisiva para que a profissão do influenciador não se torne uma atividade baseada apenas em lucros obtidos através do aproveitamento da confiança de seu público com atividade enganosa. A confiança não pode passar a ser enxergada meramente como um facilitador econômico. Ela deve representar integridade ética, preservando seu poder de influenciar diretamente na decisão do consumidor de efetuar ou não uma compra.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 533

BARBOSA, Denis Borges. Do direito de propriedade intelectual das celebridades. **PIDCC – Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, Ano I, ed. 01/2012, p. 1-99, Outubro/Dezembro 2012. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/9328/2/PIDCC-n1.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **E-Stabelecimento**: Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Trade Dress Eletrônico, Concorrência Online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, Outono 2016. 351 p.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Hamburger, ketchup e o STJ: Publicidades exageradas e concorrência desleal**. AGIRE | Direito Privado em Ação, [s. l.], ed. 67, 29 maio 2023. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire67>. Acesso em: 9 out. 2023.
- BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. e. Capítulo V: das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V. e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo**: volume único. 13. ed. rev. atual. e reform. Colaboração de Vicente Gomes de Oliveira Filho e de João Ferreira Braga. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. E-book. Plataforma Minha Biblioteca.
- BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. [S. l.]: Yale University Press, 2007. 528 p. Disponível em: https://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.
- BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Comércio eletrônico**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, São Paulo, Tomo Direito Comercial, Edição 1, julho de 2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/258/edicao-1/comercio-eletronico>>. Acesso em: 30 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm . Acesso em: 14 out. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Embargos em Divergência em Recurso Especial nº 1.515.895/MS. Embargante: Associação Dos Aposentados Pensionistas E Idosos De Campo Grande E Do Estado Do Mato Grosso Do Sul. Embargado: Panificadora Pão Bento LTDA - Microempresa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 20 de setembro de 2017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3a ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.
- CARRION, Anna Carolina Zanella Machado. **A Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais e Veiculação de Procedimentos Estéticos e Cirúrgicos nas Redes Sociais**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, n. 4, p. 457-489, ano 8 (2022). Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/4/2022_04_0457_0490.pdf. Acesso em: 17 maio 2024.
- CATALAN, Marcos Jorge. **"Princípios aplicáveis à formação e adimplemento dos contratos no Código de Defesa do Consumidor"**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24796-24798-1-PB.pdf> Acesso em 24 nov. 2024.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **O crédito ao consumidor e a estabilização da economia brasileira**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 01, p. 97-104, set./dez. 1996.
- Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR). *Guia de Publicidade Por Influenciadores Digitais*. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 05 mar. 2024.
- Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). *Representação n. 204/06*. [2006]. Grupo Polenghi; Família Publicidade. Julgamento out. 2006. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 04 maio 2024.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (4º Juizado Especial Cível de Brasília). *Apelação Cível do Juizado Especial nº 20140110195716*. Apelante: Ignacio Jose Kornowski. Apelada: Gol Linhas Aéreas Inteligentes. Relator: Marco Antonio do Amaral.
- FELDMAN, Juliana de Sousa. **Aspectos Jurídicos do Marketplace**: Uma análise da responsabilidade civil. Orientador: Vitor Moraes de Andrade. 2017. 82 p. Monografia Jurídica (Pós-graduação em Direito, na área de Relações de Consumo) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/27551/1/Juliana%20de%20Sousa%20Feldman.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.
- FERREIRA JUNIOR, Achiles Batista; AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Marketing digital: uma análise do mercado**. [livro eletrônico] Curitiba: InterSaberes, 2015.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GABRIEL, Martha; KISO, Rafael. **Marketing na Era Digital: conceitos, plataformas e estratégias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. 576 p.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
- GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, p. 65-87, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493> . Acesso em: 23 ago. 2023.
- GÓMEZ, Guillermo Orozco. **Os meios de comunicação de massa na era da internet**. *Comunicação & Educação*, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 373-378, 2006. DOI: 10.11606/issn.2316-9125.v11i3p373-378. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/37600>. Acesso em: 15 set. 2023.
- LONGO, Walter. **Marketing e comunicação na era pós-digital: as regras mudaram**. São Paulo: HSM do Brasil, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro**. In: DE AZEVEDO, Antonio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 387-421

MARTINS, Vanessa Brodt. **Consumidores e Influenciadores Digitais: O caso das lives de cantores de música sertaneja alcoolicamente embaladas ao longo de 2020**. 1. ed. Londrina: Editora Thoth, maio 2023. 168 p.

MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (10. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 10027100069775001*. Apelante: José Rodrigues De Oliveira Filho. Apelado: TNL PCS S/A. Juiz Relator: Cabral da Silva, julgado em: 02/10/2012, data de publicação da Súmula: 16/10/2012. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?sesionid=8E9EE709DD152486A1991B1175420AD3&juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0027.10.006977-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 mar. 2024.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: Como o inconsciente influencia nossas vidas**. Nova York, Estados Unidos da América: Pantheon Books, 2012. 194 p. Disponível em: https://lotuspicanalise.com.br/biblioteca/subliminar_como_o_inconsciente_influencia_nossas_vidas.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** Migalhas de Responsabilidade Civil, [S. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 4 out. 2023.

NEIVA, Pedro. **A responsabilidade civil do influencer digital e a vulnerabilidade do consumidor**. Migalhas, [S. L.], 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324535/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor>. Acesso em: 10 maio 2024.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018

ODY, Lisiane Feiten Wingert; D'AQUINO, Lúcia Souza. **A responsabilidade dos influencers: uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais aconteceu**. *Civilitica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1–18, 2021. Disponível em: <https://civilitica.emnuvens.com.br/redc/article/view/700>. Acesso em: 10 maio. 2024.

PILLAT, Valdir Gil; PILLAT, Vilson Gil. Comparação entre duas fórmulas utilizadas para o cálculo da taxa de engajamento utilizando como base a porcentagem de visualizações e o total de fãs. **Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia**, São Paulo, ano

2017, v. 10, n. 3, p. 298-309, set.-dez. 2017. Disponível em: https://revistapmkt.com.br/wp-content/uploads/2022/01/2-Comparac_o-entre-duas-formulas-utilizadas-para-o-calculo-da-taxa-de-engajamento-utilizando-como-base-a-porcentagem-de-visualiz.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

PINHEIRO, Felipe. **Estudante explica ação na Justiça contra Rafa Kalimann e mais 20 famosos**. UOL, São Paulo, 27 de maio de 2021. Disponível em: < <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/27/estudante-explica-acao-contra-rafa-kalimann-e-mais-20-famosos-enganado.htm?cmpid=copiaecola> >. Acesso em: 5 out. 2023

RAMOS, Pedro Henrique; ANDRADE, Andressa Bizutti; VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. **Contratos de Influenciadores Digitais: Aspectos Teóricos e Práticos**. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *Influenciadores Digitais e seus Desafios Jurídicos*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. cap. 7, p. 99-113.

REDAÇÃO QUEM. Bianca Andrade, a Boca Rosa, faturou R\$ 120 milhões em 2020: Influencer disse que participar do BBB20 a fez aumentar ainda mais a venda de produtos de beleza. Revista Quem, [S. l.], 25 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/02/bianca-andrade-boca-rosa-diz-ter-faturado-r-120-milhoes-em-2020.html>. Acesso em: 2 set. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro (4ª Vara Cível). Procedimento Comum nº 0013015-57.2021.8.19.0014. Autor: Leonardo Timossi Ferreira. Réu: Mileide Mirraily Oliveira Lima e outros. Campos dos Goytacazes, 4ª Vara Cível 22 mai. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Teoria da Aparência**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Mar. no 24, v. 9, 1982.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. 48. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009. 92 p. Tradução de: Dom Marcos Barbosa.

SIBILIA, Paula. **Celebridade para todos: um antídoto contra a solidão?** Cienc. Cult., São Paulo, v. 62, n. 2, p. 38-44, 2010. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252010000200022&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 mai. 2024.

SOUZA, Patrícia A. de. **O que é o Princípio da Confiança acolhido pelo Moderno Direito Penal?**. LFG. mai, 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/2009052622063268_o-que-e-o-principio-da-confianca-acolhido-pelo-moderno-direito-penal-patricia-a-de-souza.html>. Acesso em: 25 nov. 2024

SQUEFF, Tatiana Cardoso; BURILLE, Cíntia; RESCHKE, Ana Júlia de Campos Velho. **Desafios à tutela do consumidor: a responsabilidade objetiva e solidária dos influenciadores digitais diante da inobservância do dever jurídico de informação**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 140, v. 31, p. 313-332, mar./abr. 2022.

Teoria do Risco-Proveito da Atividade Negocial. In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. [S. l.], 1 jun. 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/>

teoria-do-risco-proveito-da atividade#:~:text=Tema%20disponibilizado%20em%202%2F6,culpa%20(risco%20da%20atividade). Acesso em: 15 out. 2023.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 13. ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2022. 720 p.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Volume III. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935.

WHITE, Katherine. **The Difference Between Mega, Macro, Micro and Nano Influencers. Insights For Professionals (IFP)**, 2019. Disponível em: < <https://www.insightsforprofessionals.com/marketing/social-media/difference-mega-macro-micro-nano-influencers> >. Acesso em: 01 set. 2023

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general: volume - 3**. Buenos Aires: Ediar, 1996. 664 p.

ZANCHET, Marília. **A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista do Direito do Consumidor nº. 58. São Paulo: Editora RT, 2006.

O PAPEL DO ESTADO COMO ELEMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO

Reis Friede¹

Resumo: O presente artigo analisa o Direito como uma realidade ficcional desprovido de qualquer efetividade própria. O Direito somente se transforma em uma realidade efetiva na presença de elementos de concreção que são estranhos à realidade jurídica. Neste sentido, o artigo tece considerações sobre o papel do Estado como Elemento de Concreção do Direito, através da Efetivação da Soberania Nacional.

Abstract: This article examines the law as a fictional reality devoid of any own effectiveness. The law only becomes an effective reality in the presence of concretion elements that are foreign to the legal reality. In this sense, the article reflects on the role of the State as an Element of concretion of the law, through the Enforcement of National Sovereignty.

Palavras-chave: Direito. Efetividade. Realidade Jurídica e Soberania.

keywords: Law. Effectiveness. Legal Reality and Sovereignty.

1. INTRODUÇÃO

Sobre o *Direito*, transcendendo sua noção, conceituação e finalidade social, deve ser assinalado, - em sublime ratificação à doutrina mais abalizada sobre o tema -, que o mesmo, isoladamente considerado, se constitui em uma inexorável e singela *realidade ficcional*, posto que, reconhecidamente, desprovido de qualquer *efetividade* inerente ao *mundo fático*.

¹ Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com.

Por efeito, é cediço concluir que o *Direito* somente se transmuda em uma *realidade efetiva* na presença de indispensáveis *elementos de concreção* que, em princípio, são completamente estranhos à *realidade jurídica*.

Tais *elementos*, de nítido caráter instrumental, revelam-se como autênticos *mecanismos de conversão*, permitindo que o *Direito*, a partir de sua inerente *percepção abstrata originária*, possa se exteriorizar através de uma consequente *percepção concreta derivada*, que viabilize, em última análise, a imprescindível *sinergia* à sua própria previsão teórica de *sanção*, provendo-lhe o seu indispensável *fator de credibilidade*.

2. ESTADO COMO PRINCIPAL ELEMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO

Muito embora o *Estado* não seja o único *elemento de concreção* do *Direito*, - considerando que, em princípio, toda a forma de exteriorização de poder efetivo seja, em tese, capaz de fazer valer *previsões abstratas de ordenação* -, é, sem dúvida, o *Estado* (e, em particular, o *Estado forte*) a principal geratriz de *produção* e *efetivação* do *Direito*, o que é realizado, em última instância, através do elemento componente da *soberania*, na qualidade de virtual *instrumento de vinculação político-jurídica* e *parcela*, por excelência, de *formação* e *irradiação de poder político* e, neste diapasão analítico, responsável pela necessária concreção do próprio *Estado*.

2.1. Soberania como Pressuposto de Existência do Estado e do Direito

Soberania, em termos objetivos, se traduz através de um conceito extremamente complexo. Trata-se de uma expressão que pode ser traduzida simultaneamente por intermédio de duas diferentes classes gramaticais, ou seja, a classe substantiva e a adjetiva. No *sentido material* (substantivo) é o poder que tem a coletividade humana (povo) de se organizar jurídica e politicamente (forjando, em última análise, o próprio *Estado*) e de fazer valer no seu território a universalidade de suas decisões. No *aspecto adjetivo*, por sua vez, a soberania se exterioriza conceitualmente como a qualidade suprema do poder, inerente ao *Estado*, como Nação política e juridicamente organizada.

“O primeiro aspecto importante a considerar é o que se refere ao *conceito de soberania*. Entre os autores há quem se refira a ela como um *poder do Estado*, enquanto outros preferem concebê-la como *qualidade do poder do Estado*, sendo diferente a posição de Kelsen, que, segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para HELLER e REALE ela é uma qualidade essencial do Estado, enquanto JELLINEK prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado. RANELLETTI faz uma distinção entre a soberania, com o significado de poder de império, hipótese em que é *elemento essencial do Estado*, e soberania com o sentido de *qualidade* do Estado, admitindo que esta última possa faltar sem que se desnature o Estado, o que, aliás, coincide com a observação de JELLINEK de que o Estado Medieval não apresentava essa qualidade” (DALMO DE ABREU DALLARI, 1994, p. 67).

No sentido substantivo (que alguns autores salientam como o principal), a *soberania* é também concebida, em *termos políticos*, como o *poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar competências* (soberania como elemento de expressão última da plena eficácia do poder); em *termos jurídicos*, como o *poder de decidir em última instância sobre a eficácia da normatividade jurídica*; e, em *termos culturais* (que alguns autores, como MIGUEL REALE, preferem denominar *concepção política*, mas que, em essência, é uma tradução mista político-jurídica), como o *poder de organizar-se política e juridicamente e de fazer valer, no âmbito de seu território* (princípio da aderência territorial), a *universalidade de suas decisões* no “limite dos fins éticos de convivência” (REALE, 1960, p. 127) ou, como preferimos, *no limite da legitimidade (consensus) imposta pela coletividade humana originária* (povo).

Na expressão básica, de caráter material, a *soberania* pode ser ainda considerada como o pressuposto fundamental do Estado: é o *poder de império* (poder sobre todas as coisas no território pátrio) e o *poder de dominação* (poder sobre todas as pessoas no território pátrio), geradores, por sua vez, de um autêntico corolário de direitos e obrigações. É, por fim, o poder máximo do Estado, efetivando-se na organização política, social e jurídica de um Estado.

Para alguns autores em particular (como CALMON, 1942, p. 177 e MALUF, 1995, ps. 29-30), o *conceito de soberania* está intrinsecamente relacionado ao conceito

de *Estado perfeito*, como qualidade inerente ao mesmo (Estado soberano). Todavia, o mais correto é entender o fenômeno em questão como inconteste elemento de formação (ou caracterização) do Estado, que possui, desta feita, dois âmbitos distintos de atuação: o *interno* (de caracterização institucional) e o *externo* (de projeção no cenário internacional). *Internamente*, é o direito de criar o governo, as instituições e a própria Constituição (por intermédio do denominado *Poder Constituinte*). *Externamente*, é o poder absoluto aderente ao território que propiciou forjar; no direito internacional público, o conceito basilar de não-intervenção entre os Estados (soberanos) no contexto mundial.

Diagrama 1: Soberania (Concepções Política, Jurídica e Cultural)

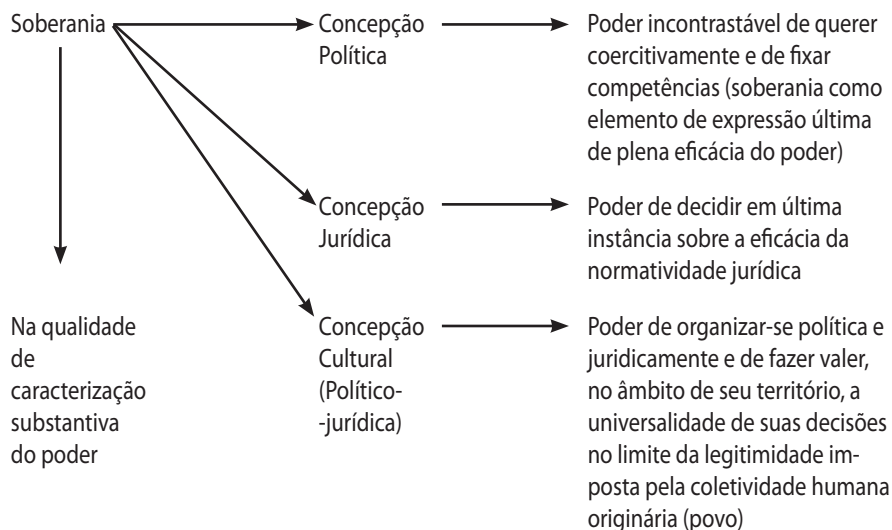
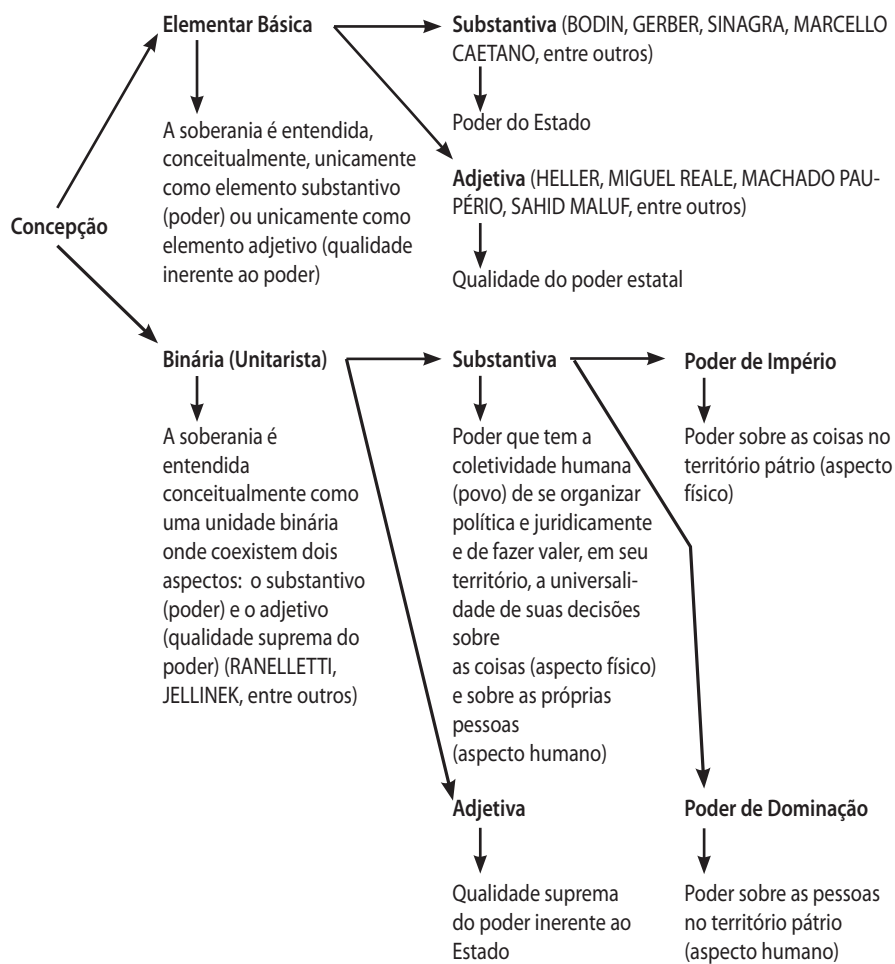


Diagrama 2: Concepção Substantiva e Adjetiva de Soberania

2.2. Significado do Termo

Soberania, do latim *super omnia* ou de *superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus), significa, vulgarmente, o poder supremo e, neste aspecto, incontestável do Estado, acima do qual nenhum outro poder se encontra, ou mesmo tangencia.

2.3. Os Variáveis Conceitos de Soberania

A *soberania*, como bem observa PAUPÉRIO (1997, ps. 3-4), “é a causa formal do Estado; o que não impede, no entanto, que existam outras formas menores de associações humanas, como, por exemplo, a que se observa na família, com sua *potestas dominativa* ou *econômica*. É preciso convir, porém, que a *potestas dominativa* do pai de família é fundamentalmente privada, enquanto a *potestas política* do Estado é, por sua essência, pública”.

A soberania “constitui, assim, para muitos, verdadeira *diferença específica* do Estado, a característica histórica e racional que distingue o poder político” (MACHADO PAUPÉRIO, ob. cit., p. 3).

GERBER definiu-a como um poder de dominação (GERBER *apud* ADOLF POSADA, 1915, ps. 76 e 213). Já ORBAN define-a como a plenitude do poder público, a *suprema potestas* (*apud* VIVEIROS DE CASTRO, 1924, p. 47). SANTI ROMANO diz ser “o caráter que distingue o Estado de todas as pessoas territoriais que constituem o seu gênero próximo” (1931, p. 53), e CALMON conceitua a soberania como caracterização do Estado perfeito (ob. cit., p. 177).

No sistema da técnica jurídica, diz CHIMIENTI que “a soberania é qualificada como fonte da capacidade jurídica do Estado” (1932, p. 27).

MALUF conceitua soberania como “uma autoridade superior, que não pode ser limitada por nenhum outro poder” (ob. cit., p. 29).

SINAGRA afirma: “Concebido o Estado como pessoa jurídica, a soberania pertence-lhe como um direito subjetivo, mas a soberania, antes de ser um direito, é um poder de fato, força material constringente” (*apud* PAUPÉRIO, ob. cit., p. 5).

Segundo HAURIUO, o conceito de soberania, sob o ângulo da concepção política, consiste na ideia da independência fundamental do poder do Estado. A soberania-independência é o conceito negativo, pois limita-se a afastar do poder toda e qualquer ideia de limites, sem atender ao conteúdo positivo do poder (1993, ps. 16-17).

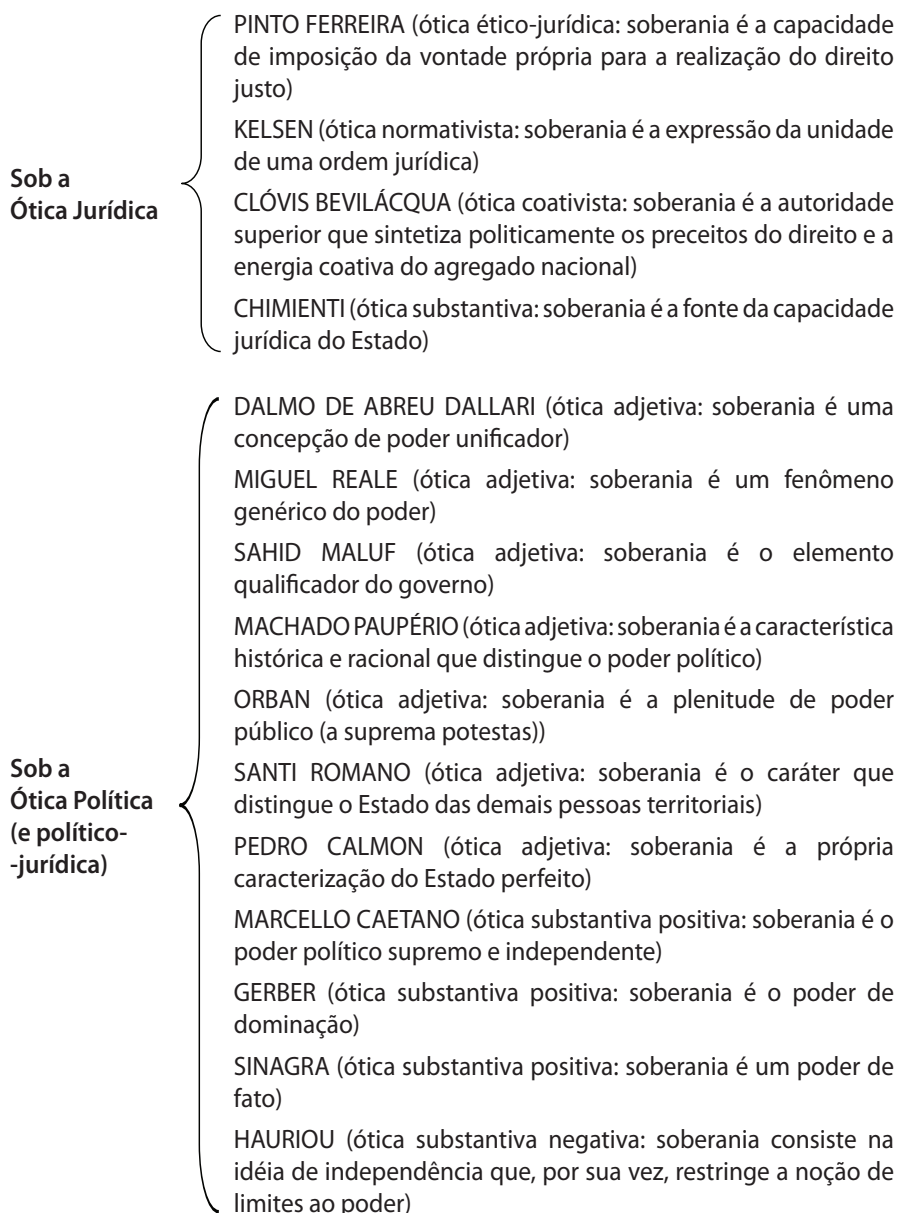
Outro, porém, é o conceito quando uma lei básica estabelece, por exemplo, que "*a soberania reside na Nação*", pois, neste caso, impõe-se a concepção política, uma vez que se atende não só ao poder organizado como à fonte, à maneira de constituir-se o poder. Soberania, então, é soberania política, exprimindo o fenômeno do poder desde o seu desdobramento como força social, até a sua caracterização como direito subjetivo do Estado constituído.

"A soberania (majestas, summum imperium) significa, portanto, um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna; e por poder independente aquele que na sociedade internacional não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.

Do que ficou exposto, resulta que *poder político* e *soberania* não são a mesma coisa. A soberania é uma forma do poder político, correspondendo à sua plenitude: é um poder político *supremo e independente*. Se uma coletividade tem liberdade plena de escolher a sua Constituição e pode orientar-se no sentido que bem lhe parecer, elaborando as leis que julgue convenientes, essa coletividade forma um *Estado soberano*" (CAETANO, 1972, p. 132).

Hodiernamente, novos autores surgem com outras ideias, outros valores, outros conceitos, em face de um processo normal de desenvolvimento, sob todos os aspectos. Porém, sob qualquer ângulo analítico, não há como deixar de se reconhecer a *soberania* como o instrumento fundamental de concreção do *direito*, atribuindo-lhe, - através do poder estatal -, a necessária *efetividade*.

Diagrama 3: Os Variáveis Conceitos de Soberania



OB.S.: As óticas intrínsecas referem-se à síntese do pensamento do autor, não correspondendo necessariamente a uma concepção restritiva única do fenômeno conceitual de soberania.

2.4. Titularidade (e Justificação) da Soberania

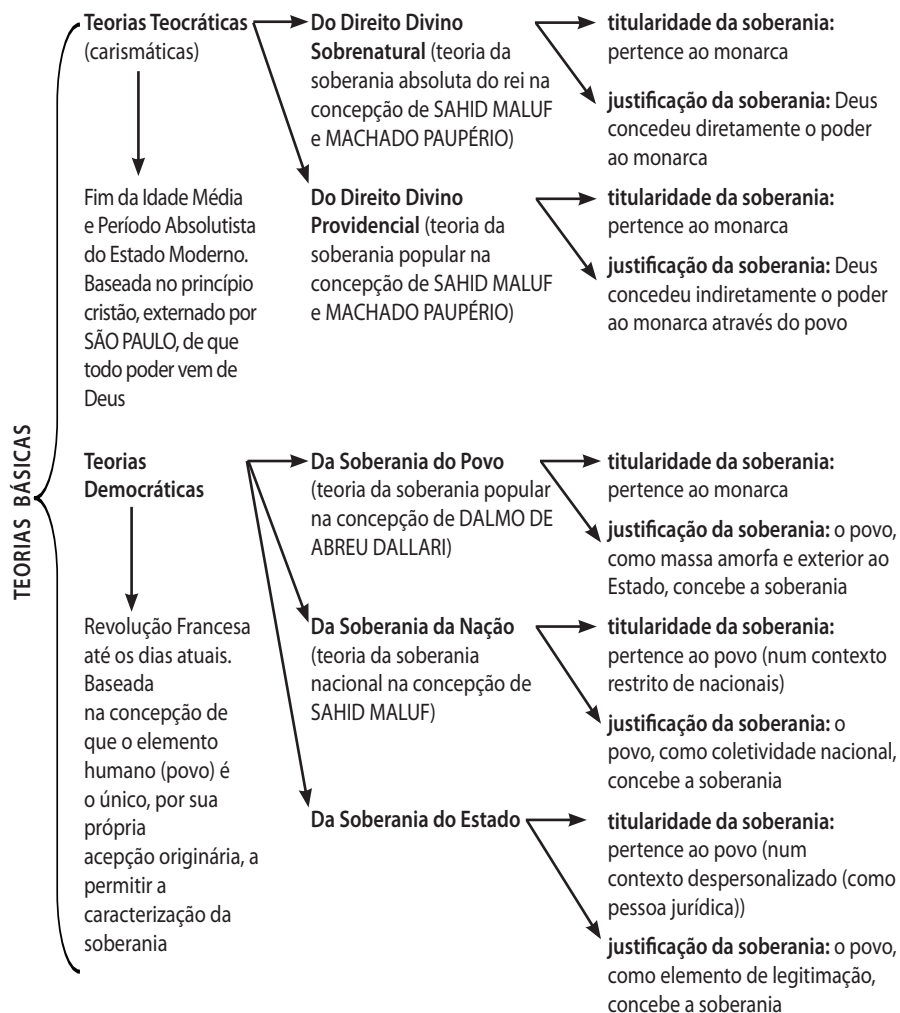
No que concerne à *titularidade da soberania* e sua consequente *justificação*, basicamente duas diferentes teorias se apresentam buscando impor a explicação básica do fenômeno, em sua origem: as chamadas *teorias teocráticas* (de *direito divino sobrenatural* e *providencial*) e as denominadas *teorias democráticas* (*soberania do povo*, *soberania da Nação* e *soberania do Estado*).

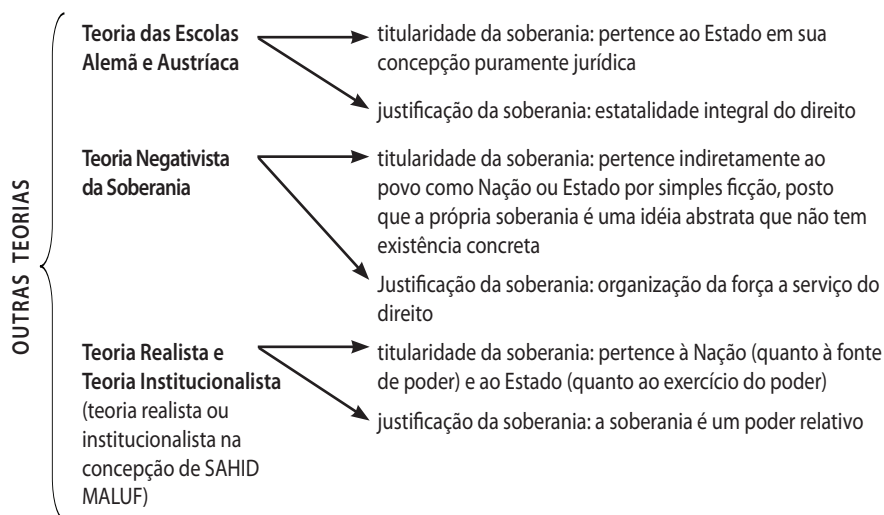
Além destas, alguns autores, como MALUF e PAUPÉRIO, elencam a *teoria das escolas alemã e austríaca* (JELLINEK e KELSEN que, em certa medida, se confundem com a teoria da soberania do Estado), a *teoria negativista da soberania* (DUGUIT), a *teoria realista* e a *teoria institucionalista da soberania*.

As *teorias teocráticas*, de modo geral, partem do pressuposto de que, direta (direito divino sobrenatural) ou indiretamente (direito divino providencial), a titularidade da soberania pertence ao monarca, como uma autêntica concessão divina.

As *teorias democráticas*, por sua vez, reconhecem a incontestável titularidade do *povo*, ainda que adstrito a um contexto evolutivo que pode ser concebido desde a ideia primitiva de *população* (teoria da soberania do povo), passando pela noção de agrupamento com efetivo vínculo de nacionalidade (teoria da soberania da Nação), até chegar à concepção contemporânea (inaugurada no século XX) de *povo* como conjunto de nacionais, institutivamente considerado (teoria da soberania do Estado).

Diagrama 4: Teorias sobre a Titularidade e a Justificação da Soberania





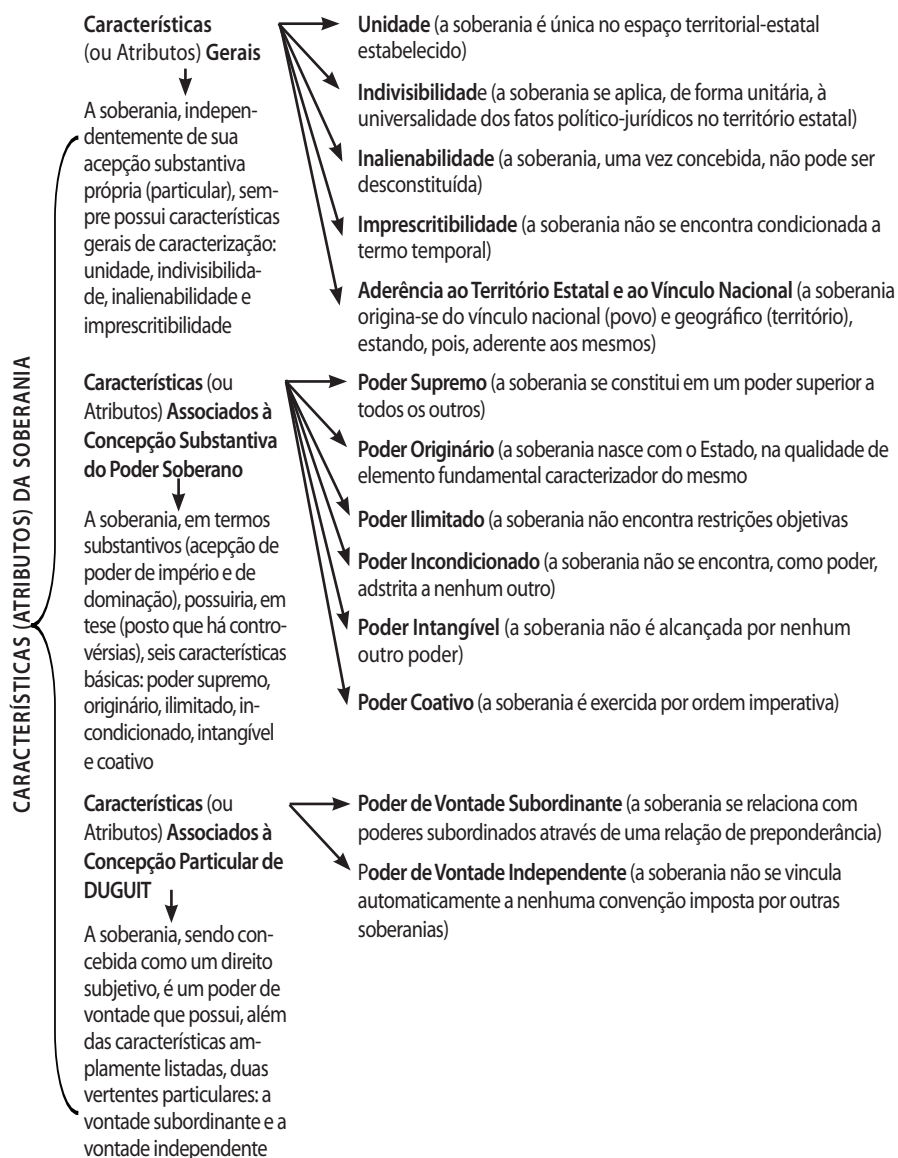
2.5. Características (Atributos) da Soberania

No que concerne às *características basilares da soberania* (que alguns autores denominam *atributos*), resta afirmar que a quase unanimidade dos autores reconhece que a *soberania* é sempre *una* (posta a impossibilidade de coexistência, no mesmo espaço territorial-estatal, de duas soberanias distintas), *indivisível* (considerando que se aplica à universalidade dos fatos político-jurídicos), *inalienável* (tendo em vista que uma vez concebida não pode ser desconstituída), *imprescritível* (no sentido de que não se encontra condicionada a termo temporal) e *aderente ao território estatal e ao vínculo nacional* (posto que concebida a partir da existência do elemento humano (povo) e do elemento físico (território)) e que corresponde, sob a ótica substantiva, a um *poder* que é necessariamente *supremo* (na acepção de sua incontestada superioridade), *originário* (tendo em vista que nasce concomitantemente com o próprio Estado, como elemento fundamental deste), *ilimitado* (posto que não encontra restrições objetivas), *incondicionado* (considerando que não se encontra adstrito a nenhuma regra ou limitação anterior), *intangível* (no sentido de que não é alcançado por outro poder, independentemente de sua natureza) e *coativo* (tendo em vista que o poder da soberania é exercido por ordem imperativa e através de instrumentos de coação).

DUGUIT (1926, p. 116), acrescendo à relação de atributos formalizada por ZANZUCCHI (1948, p. 21), também assinala que a soberania se traduz em um *poder de vontade subordinante* (à medida que o poder soberano se relaciona com outros poderes através de uma relação entre subordinantes e subordinados) e em

um *poder de vontade independente* (que, em essência, amplia a concepção clássica do poder incondicionado para a esfera internacional, impedindo que qualquer convenção seja automaticamente obrigatória para o Estado não signatário).

Diagrama 5: Características (Atributos) da Soberania



3. EFETIVAÇÃO DA SOBERANIA E CONCRETIZAÇÃO OBJETIVA DO DIREITO E DA REALIDADE JURÍDICA

Destarte, a *soberania* constitui-se, desta feita, por excelência, no elemento abstrato, - basilar e sinérgico -, de formação do Estado, que se cristaliza, em última instância, através do sincero e mais íntimo desejo do *conjunto de nacionais* (povo) em conceber uma *comunidade* (Nação) *territorial* onde a *vontade individual* ceda espaço para a imposição da *vontade coletiva*, por intermédio da caracterização última de um verdadeiro *Poder Constituinte* e de sua normatização consequente, ou seja, o *Direito* em sua concepção efetiva.

Não é por outra razão, portanto, que o conceito próprio e específico de *Poder Constituinte*, na qualidade de poder originário e institucionalizante, é comumente sintetizado como a *expressão máxima da soberania nacional*, numa evidente alusão ao objetivo último desta modalidade suprema de exteriorização teórica do *poder político* que é exatamente a de transformar a *Nação* – dotando-a de uma organização político-jurídica fundamental (Constituição) e instrumentalizando-a *normativamente* – em um efetivo Estado.

A *soberania*, por efeito consequente, caracteriza, em última instância, o próprio *Estado*, atribuindo-lhe a capacidade de forjar um *direito interno* ou, em outras palavras, dotando-o de instrumentos de regulação inerentes à vida de seus diversos integrantes, em princípio de forma legítima (consensual), ainda que, em sua ação prática, de modo compulsório.

Todavia, como a *soberania* também se constitui em uma incontestável abstração, o *direito* estatal que dela deriva para realmente *valer*, de maneira genérica vinculativa e obrigatória, necessita de algum tipo de *elemento concreto*, que tenha a capacidade de viabilizar, sob o ponto de vista real (factual) e efetivo, a indispensável concreção dos já mencionados *poder de império* (poder sobre todas as *coisas* no território estatal) e do denominado *poder de dominação* (poder sobre todas as *pessoas* no território estatal), inerentes ao *poder político* derivado da soberania. Este elemento de efetivação se traduz, em última análise, pela sinérgica existência de uma *força coerciva* de natureza múltipla (política, econômica, militar e/ou psicossocial), mas que, de modo derradeiro, se perfaz por meio de uma inexorável existência de *capacidade política* no sentido amplo da expressão.

Desta feita, é sempre lícito concluir, neste contexto analítico restritivo, que a soberania (e o *direito* dela decorrente), embora inicialmente estabelecida por consenso, somente se efetiva, de modo amplo e pleno, através do necessário respaldo de uma capacidade de *força efetiva*, em mãos do *Estado*, que seja facilmente perceptível pelos diversos indivíduos que compõem a comunidade social, transformando a inicial *abstração* da soberania em uma aceção reconhecida e inexoravelmente concreta e a concepção ficcional (originária) do *direito*, por seu turno, em uma *realidade universal* e perceptível.

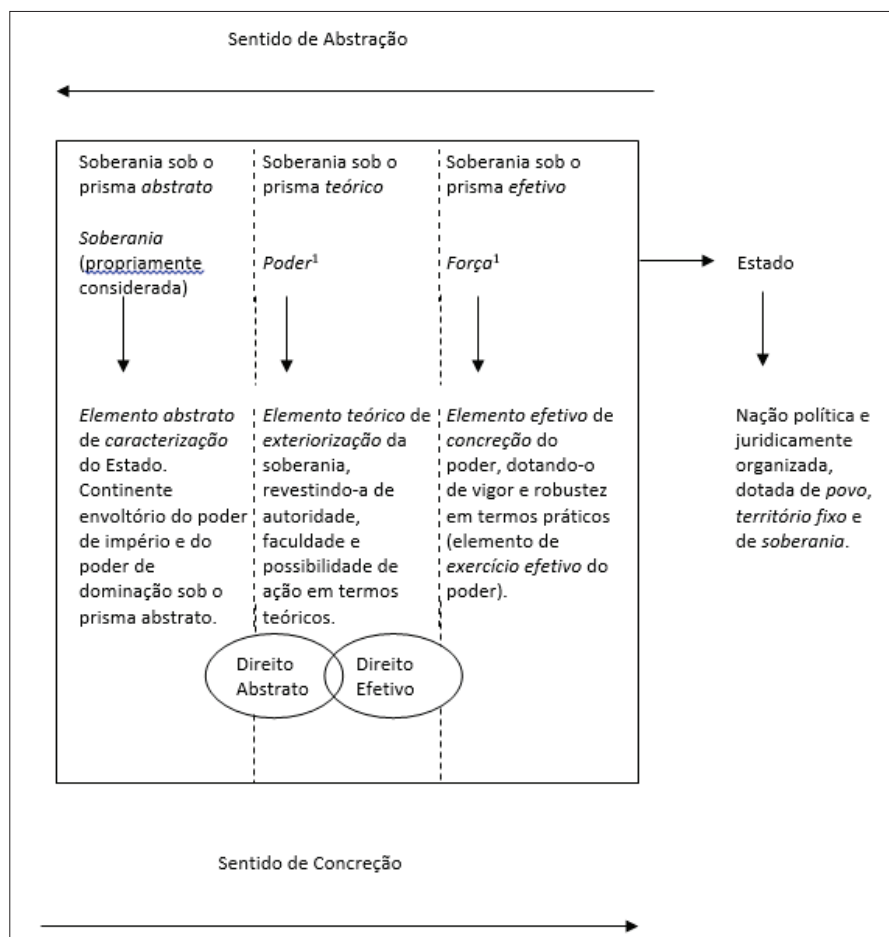
“A lei deve ter autoridade sobre os homens e não os homens sobre a lei.”

(PAUSÂNIAS - Geógrafo grego (4 a.C. - 65 d.C.))

Assim, de modo objetivo, é possível analisar didaticamente o que convencionou-se denominar de *anatomia da soberania*, desvendando os seus variados *graus de exteriorização* (desde o sentido mais *abstrato* até o mais *concreto*) e, sobretudo, caracterizando conceitualmente, em síntese, os vocábulos *poder* (como *elemento teórico de exteriorização da soberania abstrata*, em que a mesma é revestida de *autoridade, faculdade e possibilidade de ação*, forjando a sua concepção teórica) e *força* (na qualidade de *elemento efetivo de concreção do poder*, em que o mesmo é dotado de *vigor e robustez* em termos práticos, forjando a concepção da *soberania em termos efetivos*).

Destarte, é exatamente neste contexto que se enquadra a concepção clássica de que o Estado é o verdadeiro e principal (senão único) detentor do “monopólio do uso (legítimo) da violência”, permitindo dotar a positividade de seus regramentos de plena e necessária *efetividade*, ou, em outras palavras, transformando o *direito positivo* (legislado) em *direito efetivo* (aplicado).

Diagrama 6: Interação do Estado com os Variados Graus de Exteriorização do Elemento Soberania (Anatomia da Soberania)



¹ Resta oportuno esclarecer que os elementos Poder e Força são sempre considerados em suas quatro clássicas formas de exteriorização, quais sejam: a militar (física), a econômica, a política e a psicosocial.

4. ESTADOS FORTES E ESTADOS FRACOS

Muito embora a doutrina tradicional não comente, pelo menos de modo mais detalhado, a questão da *força imperativa* do Estado, optando, muitas vezes, por simplesmente ignorar a moderna tendência política de se classificarem os

Estados contemporâneos em *Estados Fortes* e em *Estados Fracos*, é extremamente importante, na atualidade, enfrentar esta questão que, de um modo muito especial, também se encontra associada à formação da concepção técnico-jurídica o próprio Estado e, em particular, da *democracia material*.

Nesse diapasão, vale registrar inicialmente que a noção mais elementar de *Estado Forte* se encontra irremediavelmente associada ao conceito amplo de *Estado de legalidade*, no exato sentido não só da efetiva constatação da presença de um sólido *poder político*, mas também da sinérgica disposição de utilizá-lo, de acordo com os ditames da ordem jurídico-política estabelecidos e, particularmente, em favor de sua completa concretização.

Como toda *democracia material* (substantiva) necessariamente caracteriza-se pelo *binômio associativo* da *legitimidade/legalidade* – incluindo, através deste último atributo, a ideia da força imperativa estatal –, é lícito (e razoável) concluir que todo verdadeiro *Estado democrático de direito* se constitui inexoravelmente em um *Estado Forte*, não obstante ser igualmente verdadeira a máxima segundo a qual nem todo *Estado* reputado *forte* traduzir necessariamente um regime político genuinamente democrático, considerando a ausência de insuperável compromisso deste tipo de *Estado* com a questão ampla da *legitimidade*.

Diagrama 7: Democracia Formal e Material

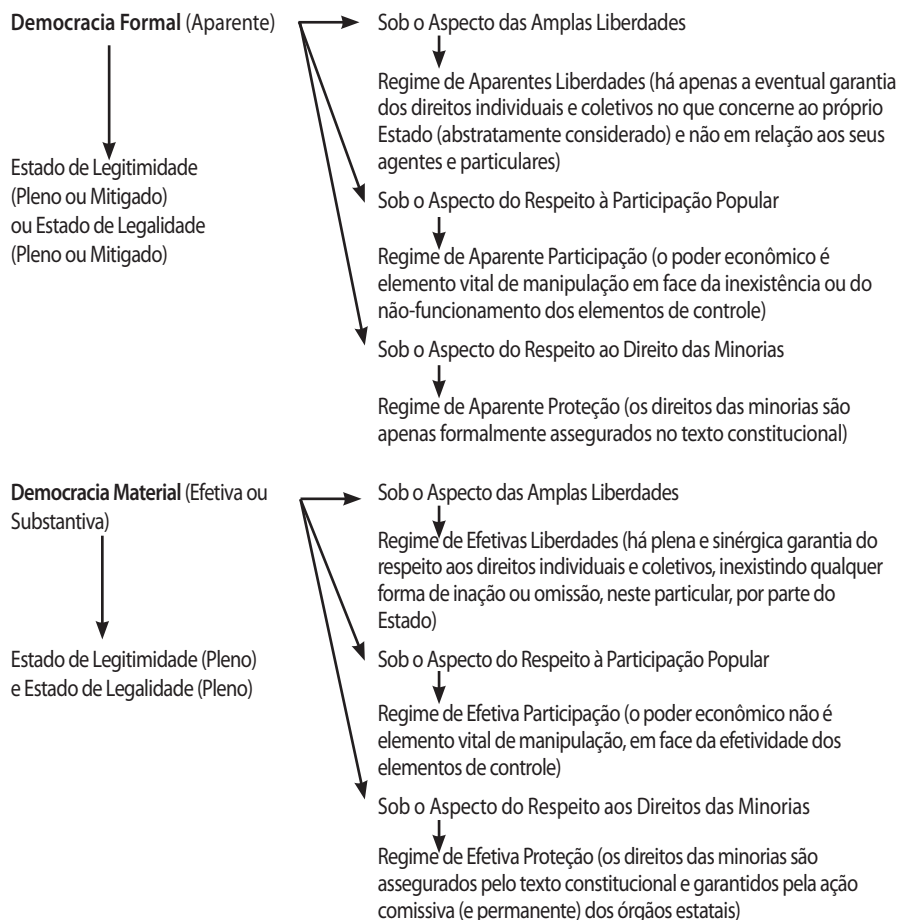
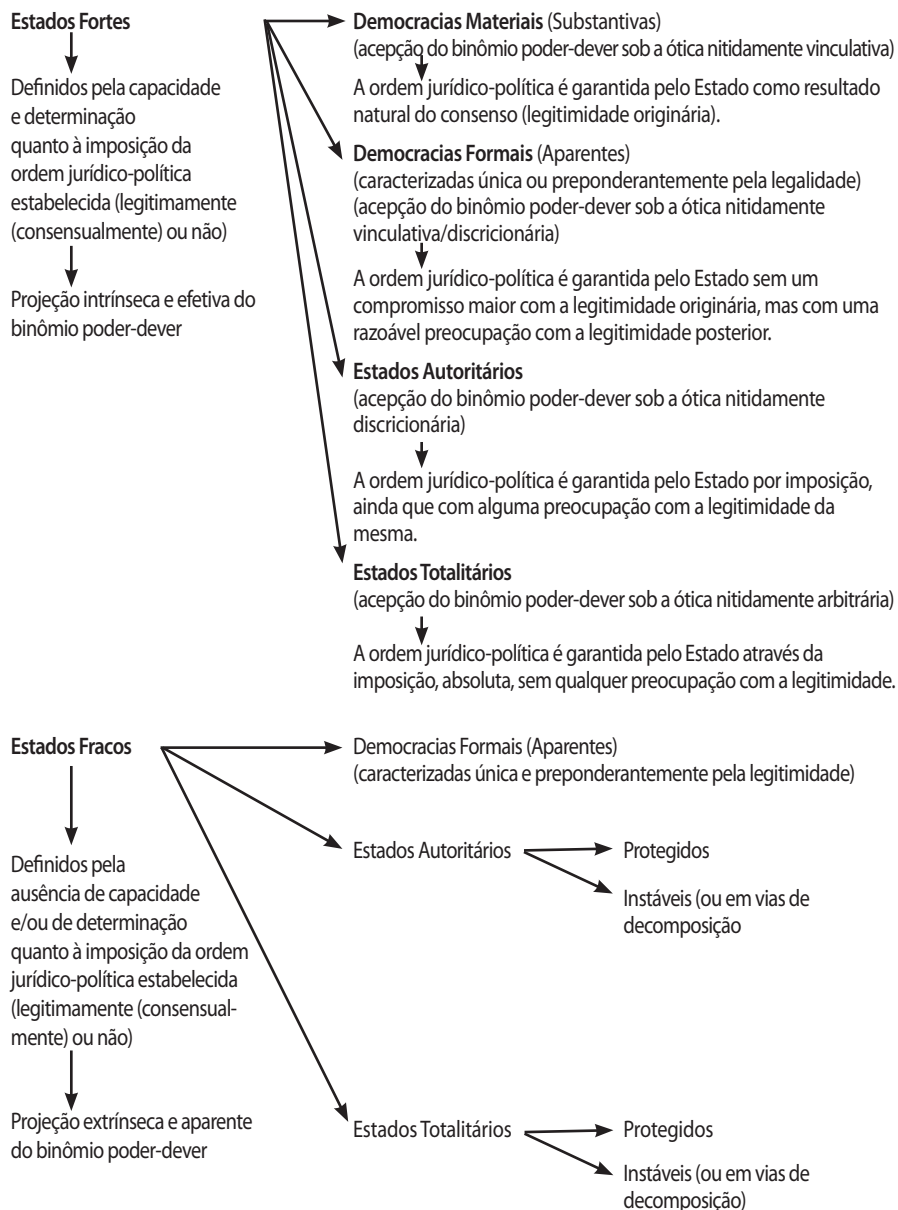


Diagrama 8: Estados Fortes e Estados Fracos



4.1. Princípio da Autoridade, Autoritarismo e Ausência de Autoridade

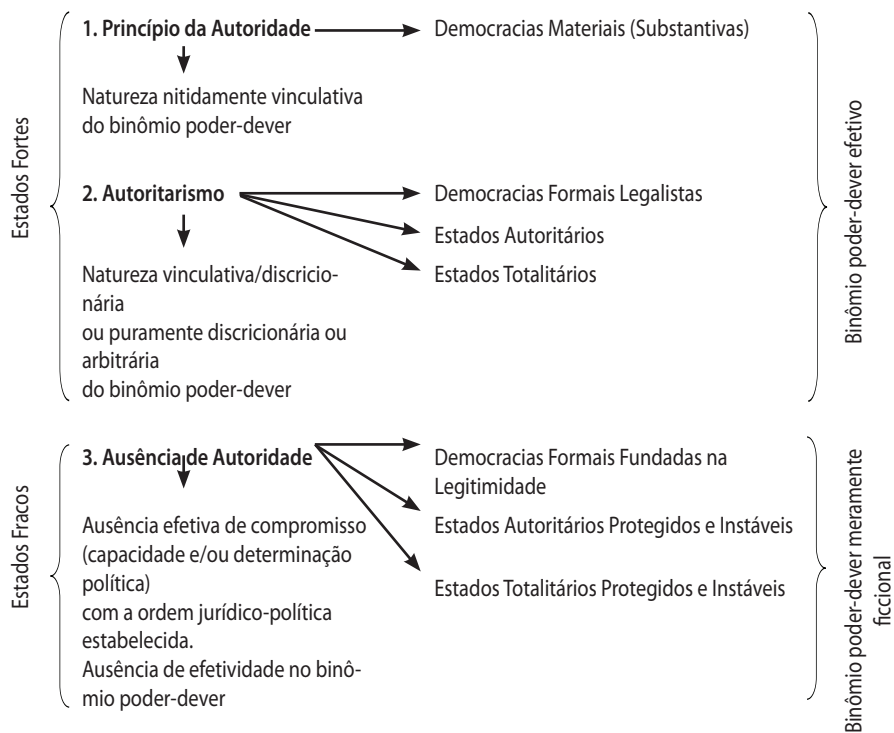
Por outro prisma, também resta obrigatório deduzir, para um melhor entendimento dos conceitos de *Estado forte* e *Estado fraco*, que o *princípio da autoridade* não possui qualquer correspondência com a noção conceitual de *autoritarismo* e muito menos com a simples ideia de *ausência de autoridade*.

Em essência, o denominado *princípio da autoridade* é consequência natural da plena legitimidade do regime político democrático na construção de uma *ordem jurídico-política* e de sua sinérgica aplicação rigorosamente de acordo com as regras previamente estabelecidas, forjando, em última análise, a própria concepção do *Estado democrático material* que associa, dentre outros, no contexto do *princípio da autoridade*, a natureza nitidamente vinculativa do binômio poder-dever.

O *autoritarismo*, neste diapasão analítico, corresponde a apenas um viés estritamente *legalista* do Estado, caracterizando, em sua tradução ampla, o que comumente ocorre, em diferentes graus, nos *Estados Fortes* rotulados no âmbito da ciência política como *democracias formais legalistas*, *Estados autoritários* e *Estados totalitários*.

Finalmente, a acepção técnico-jurídica da *ausência* (parcial ou total) de *autoridade*, por sua vez, traduz-se pela falta de capacidade e/ou determinação política para impor a ordem jurídico-política estabelecida legitimamente (como no caso das *democracias formais fundadas na legitimidade*) ou imposta pela força (como na hipótese dos *Estados autoritários e totalitários instáveis ou protegidos*), caracterizando os chamados *Estados Fracos*.

Diagrama 9: Princípio da Autoridade, Autoritarismo e Ausência de Autoridade



5. CONCLUSÕES

Conforme expressamente registrado, o *Direito*, transcendendo sua noção, conceituação e finalidade social, constitui-se em uma inexorável e singela *realidade ficcional*, posto que, reconhecidamente, é desprovido de qualquer *efetividade* inerente ao *mundo fático*, sendo certo afirmar que o *Direito* somente se transmuta em uma *realidade efetiva* na presença de indispensáveis *elementos de concreção*.

Embora o *Estado* não seja o único *elemento de concreção* do *Direito* é, sem dúvida, a sua principal geratriz de *produção e efetivação*, o que é realizado através de seu elemento componente (fundamental) chamado *soberania*.

A *soberania*, por sua vez, constitui-se no elemento abstrato de formação do Estado, que se cristaliza através do sincero e mais íntimo desejo do *conjunto de nacionais* (povo) em conceber uma *comunidade* (Nação) *territorial* onde a *vontade individual* necessariamente acabe por ceder espaço para a imposição da *vontade coletiva*, por intermédio da caracterização última de um sinérgico *Poder Constituinte*, criador do próprio Estado e, particularmente, normatizador de um *direito* dotado do necessário atributo de *efetividade*.

Desta feita, é sempre lícito concluir que a soberania (e o *direito* dela decorrente), embora inicialmente estabelecida por consenso, somente se efetiva através do necessário respaldo de uma capacidade de *força efetiva*, em mãos do *Estado*, que seja facilmente perceptível pelos diversos indivíduos que compõem a comunidade social, transformando a inicial *abstração* da soberania em uma acepção reconhecida e inexoravelmente concreta e a concepção ficcional do *direito*, por seu turno, em uma *realidade universal*, sobretudo, perceptível no âmbito da “realidade jurídico-factual”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6ª ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1972.
- CALMON, Pedro. **Curso de Direito Público**. 2ª ed., Rio de Janeiro, 1942.
- CHIMIENTI. **Droit Constitutionnel Italien**. Paris, 1932.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

DUGUIT. **Léçons de Droit Public Général**. Paris, Ed. de Boccard, 1926.

GERBER *apud* ADOLF POSADA. **Tratado de Derecho Político**. 2ª ed., revisada, Madri, 1915, tomo 1º, vol. 2º.

HAURIOU. **Précis Élémentaires de Droit Constitutionne**. 3ª ed., 1993.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 19ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O Conceito Polêmico de Soberania**. São Paulo: Freitas Bastos.

_____. **Teoria Democrática da Soberania**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, ps. 3-4.

ORBAN *apud* VIVEIROS DE CASTRO. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro, 1924.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960.

SANTI ROMANO. **Corso di Diritto Costituzionale**. 3ª ed., Padova, 1931.

ZANZUCCHI. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Milão, Ed. Giuffrè, 1948.



<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>

Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 ♦ 3218-8646 ♦ 3218-8645
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região