

## REFLEXÕES SOBRE OS ILÍCITOS ATÍPICOS

### REFLECTIONS ON ATYPICAL ILLICTS

#### Cláudio Henrique de Castro

Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com distinção e louvor;

Pós-doutor pelo PPGD da PUC/PR. Curitiba, PR, Brasil.

Pós-doutor pelo PPGD da UFSC. Florianópolis, SC, Brasil.

Doutor pela UFSC, com estágios doutorais na Faculdade de Direito de Sevilha e Lisboa;

Mestre pela UFPR. Curitiba, PR, Brasil.

Advogado; Auditor de Controle Externo no TCEPR;

Professor Adjunto na UTP; Membro do IAB.

E-mail: claudio15dedezembro@gmail.com

**Resumo:** O artigo analisa os ilícitos atípicos quanto as categorias do abuso de direito, inclusive nos direitos fundamentais; da fraude à lei; do desvio de poder e do desvio de finalidade; do jeitinho; da omissão na atuação administrativa visando a ineficácia da norma e dos ilícitos atípicos decorrentes da ineficácia constitucional.

**Palavras-chave:** Ilícitos atípicos. Conceito. Motivação e categorias utilizadas.

**Abstract:** The article analyzes the atypical offenses regarding the categories of abuse of rights, including fundamental rights; from fraud to law; misuse of power and misuse of purpose; the way; the omission in the administrative action aiming at the ineffectiveness of the norm and atypical offenses resulting from constitutional ineffectiveness.

**Keywords:** Atypical offenses. Concept. Motivation and used categories.

#### 1. A TIPICIDADE NO DIREITO

Na presente abordagem, nos limites que o artigo impõe, vamos apresentar uma breve superação dogmática para a discussão dos ilícitos atípicos, posto que o direito não se restringe apenas à tipicidade de seus conteúdos, sua dimensão é maior.

Começamos pelo passado, na Roma antiga os *mores maiorum* são um conjunto de regras vetustas comumente observadas de forma contínua e prolongada pelos romanos. A partir da Lei das XII Tábuas (450 a.C.),<sup>1</sup> há uma positivação de parte dos *mores maiorum*, para proteger os plebeus e o povo romano do arbítrio dos patrícios.

Neste quadrante, o direito escrito surge como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e como elemento limitador do poder e em benefício do povo romano. Devemos notar que a além das leis romanas, temos a figura dos magistrados, dos

---

<sup>1</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Introdução ao estudo do direito romano**: as questões fundamentais. Lisboa: AAFDP, 2021, p. 264-265.

jurisconsultos, dos pretores e de todo um sistema com profunda participação popular que se conjuga neste cenário.<sup>2</sup>

A tipicidade no direito decorreria da certeza na qual a regra deve ser aplicada ao caso concreto, muito embora, os juristas romanos, foram avessos a essa previsibilidade cerrada, fundando seus direitos em princípios e nas grandes orientações jurisprudenciais.<sup>3</sup>

Saltando para o período imperial romano, as fontes populares perdem espaço e surgem as codificações imperiais<sup>4</sup> que formam a base do que, posteriormente, denominou-se de dogmatismo jurídico.<sup>5</sup>

Evidentemente, partindo-se do direito medieval, o direito germânico<sup>6</sup> e principalmente, do direito canônico,<sup>7</sup> podemos afirmar que o dogma religioso fundou o dogma jurídico.<sup>8</sup>

Na visão teológica medieval teríamos o princípio ordenador supremo, o *principium unitatis*, e a unidade é o bem em todas as coisas. E o múltiplo seria a fonte do ser mal, portanto, a luta e a discórdia seriam a expressão da multiplicidade, assim haveria a exigência da *ordinatio ad unum*, isto é, da subordinação da pluralidade pela unidade. Essa unidade suprema, seria o bem supremo de Deus, a sua fonte primária, e o Direito a Justiça seriam um bem, logo, fora da vontade divina ou contra ela não haveria Direito.<sup>9</sup>

Este histórico, no caso do sistema romano-germânico ocidental, trouxe a marcante característica da classificação dos direitos e do mundo conceitual na ciência do direito e não, propriamente, a possibilidade de pensarmos por *standarts*.<sup>10</sup> Em resumo, criou-se um mundo jurídico de conceitos que foi amplamente cultivado pelo bacharelismo teórico e pelo dogmatismo.

---

<sup>2</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **Os jurisconsultos romanos e a justiça**: do direito romano à contemporaneidade. Curitiba: Editora Íthala, 2021, p. 27 e ss.

<sup>3</sup> Idem, p. 43.

<sup>4</sup> ORESTANO, Riccardo. **Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali**: contributo alla teoria delle fonti del diritto nel período classico. Torino: Giappichelli, 1962, p. 92.

<sup>5</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **Temas de processo civil romano e direito romano clássico**. Curitiba: Editora Íthala, 2021, p. 33 e ss.

<sup>6</sup> BRUNNER, Heinrich. CHEWERIN, Claudius Von. **Historia del derecho germánico**. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936, p. 282 e ss.

<sup>7</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

<sup>8</sup> SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum**: as raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 2002, p. 135-140.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **A teoria do estado de Dante Alighieri**. Tradução de Luiz Felipe Brandão Osório. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 56-57.

<sup>10</sup> STRACHE, Karl-Heinz. **Pensare per standards**: contributo alla tipologia. Traduzione di Pasquela Femia e Rocco Favale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 16-20.

Esse tipo de pensamento tipológico no direito, deita raízes no dogmatismo imperial romano-eclesiástico-medieval e na sua funcionalidade autoritária. Por isto adequado à América-Latina colonial, construída com regimes autoritários e de exceção.<sup>11</sup>

A lição histórica é que esse molde da tipicidade, se por um lado dogmatiza o direito, por outro, pode estabelecer garantias e deveres aos órgãos estatais, em face aos cidadãos.

## 2. PARA ALÉM DA TIPLICIDADE

A proliferação das escolas do direito, o franco rebaixamento teórico e a ausência dos grandes temas da justiça nas academias e nas instituições jurídicas, diz respeito às recentes crises educacionais combinadas com a superficialização do ensino superior e a globalização.<sup>12</sup> A massificação com a mercantilização das escolas do direito, de conteúdos curriculares com foco na memorização,<sup>13</sup> trouxe a postura manualizada, indiferente e superficial do Direito.

O passado colonial-imperial-escravocrata<sup>14</sup> e os curtíssimos períodos históricos de democracia no Brasil,<sup>15</sup> também contribuíram para um direito dissociado do povo e dos grandes temas do seu tempo.<sup>16</sup>

Com efeito, o conhecimento jurídico é maior que os tipos legais, não um direito de professores eruditos, um direito aristocrático, mas um direito dos juristas<sup>17</sup> comprometidos com o seu tempo.<sup>18</sup>

Na Alemanha da década de 1930, a polícia, os acadêmicos e a administração da justiça apoiaram aquele “Estado constitucional de emergência”, fundante dos horrores nazistas.<sup>19</sup>

---

<sup>11</sup> CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global**: por uma história verossímil dos direitos humanos. Goiânia: Editora Palavrear, 2017, p. 121.

<sup>12</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 2a ed., Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2000, p. 170-174.

<sup>13</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Actores judiciários (753 a.C.-395). Cascais: Principia, 2010, p. 105.

<sup>14</sup> GOMES, Laurentino. **Escravidão**. Vol. III. Da Independência do Brasil à Lei Áurea. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022, p. 531 e ss.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira**: visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 63 e ss.

<sup>16</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **Referendo popular na democracia sem povo**. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p. 128.

<sup>17</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **Os jurisconsultos e a justiça**: do direito romano à contemporaneidade. Curitiba: Íthala, p. 53.

<sup>18</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Actores judiciários (753 a.C.-395). Cascais: Principia, 2010, p. 109.

<sup>19</sup> MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**: La “justiça” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueiredo. Bogotá-Colombia: Inversiones Rosa Mística Ltda., 2011, p/ 71 e ss.

Portanto, o molde dogmático, sem a mediação dos juristas, pode conduzir a Estados cujo direito é um simulacro, uma fachada teórica e, nesse sentido, tem-se um Estado, tipicamente injusto, de exceção, do não direito.

Nas presentes análises buscaremos a reflexão sobre os ilícitos atípicos, levando-se em conta essa libertação dogmática, contudo, garantindo a previsibilidade e a segurança jurídica do ordenamento.

### 3. OS ILÍCITOS ATÍPICOS

Há direitos emergentes, em discussão social, e há direitos projetados, em fase de discussão legislativa, isto é, aqueles que ainda não compõe o ordenamento, mas podem vir a ser estatuídos algum dia. Este vagar tem marchas e contramarchas, e nesse ínterim há o perecimento de direitos e garantias ou o surgimento de novas tutelas. Em resumo, reduzem-se, inovam, alargam-se ou desaparecem os direitos.

Desde a morosidade processual, que nega direitos de forma interminável,<sup>20</sup> ou da demora para se instituírem a eficácia de direitos ou de garantias asseguradas constitucionalmente, seja por pressões de lobistas, do mercado rentista, ou de segmentos da elite do atraso,<sup>21</sup> por interesses inomináveis e desconhecidos; são coisas que precisam ser desveladas pelos juristas.

Neste quadro, tem-se as novas fraudes, não tipificadas, as condutas delituosas ocultas e inovadoras, os procedimentos sorrrateiros, os expedientes maliciosos,<sup>22</sup> as brechas ou as lacunas legislativas autorizadas de condutas que escapam das regulamentações típicas e que se aproveitam delas, ou que não recebem, propositadamente, tratamento normativo, para causarem danos coletivos e individuais, diretos e indiretos, em afronta aos direitos fundamentais ou ao ordenamento jurídico.

Para algumas destas situações, os endereços doutrinários tradicionais são os tipos abertos, criticados, em certa medida, pelo garantismo constitucional<sup>23</sup> que muitas vezes não conseguem dar conta em solucionar esses conflitos.

Um exemplo histórico recente é o da justiça de transição, nos regimes autoritários latino-americanos, da qual o Brasil foi o único país a deixar de punir os atores da ditadura empresarial militar de 1964 a 1985, pela autoanistia de 1979,<sup>24</sup> ou na esfera da misoginia e do

---

<sup>20</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 15.

<sup>21</sup> SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 78 e ss.

<sup>22</sup> DEMO, Pedro. **Intelectuais e vivaldinos**. São Paulo: Almed, 1982, p. 42 e ss.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araújo de Souza *et alli*. **A democracia através de direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-102.

<sup>24</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, a Corte rejeitou o pedido da OAB por uma

machismo, prevalente em absolvições do tribunal do júri, por legítima defesa da honra, de homens que cometeram feminicídio.<sup>25</sup> E em tantos outros expedientes que ocultam, encobrem, garantem e redundam em impunidade. Em resumo, retira-se a tipicidade e a normatividade de algo que é altamente punível e reprovável.

A retirada póstuma das medalhas de mérito no trabalho concedidas pelo Estado ao ditador Francisco Franco, na Espanha, e ainda de possíveis 62 pessoas ligadas à ditadura “com as mãos manchadas de sangue”, recentemente, em decorrência da Lei de Memória Democrática. Este é um exemplo de algo que administrativamente seria intangível, mas o contexto do regime de exceção, obrigando a revisão histórica de atos administrativos maculados de vícios atípicos, quanto aos direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Nesta toada, de exceções, podemos também incluir o jeitinho,<sup>27</sup> como forma de exercício de poder proveniente de laços familiares, econômicos, políticos ou de amizade em relações jurídicas, que deveriam ser genéricas e republicanas, mas que resultam em benefícios patrimonialistas e de exceção, como veremos adiante.

Por outro lado, estatuir um Estado de não direito<sup>28</sup> ou de exceção, com juízes legisladores, procuradores em busca de projeção política, ou de magistrados inquisidores de ocasião, em busca de punições infundadas, nas quais o *lawfare* e a experiência de operações policiais-penais midiáticas<sup>29</sup> mostram-se o caminho para as instituições totalitárias,<sup>30</sup> à margem das leis e do direito.<sup>31</sup>

A princípio, o termo ilícito atípico não seria a melhor conceituação para este modelo, pois há normas envolvidas na análise, que preveem condutas e devem ser conjugadas com o caso concreto. A melhor conceituação seria os ilícitos decorrentes e não, propriamente, atípicos.

---

revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) por 7 votos a 2. Em 29/04/2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515&ori=1>. Acesso em 07/07/2023.

<sup>25</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento sobre tese da legítima defesa da honra em feminicídios prosseguirá em agosto. Além do relator, cinco ministros votaram pela proibição do uso da tese. Em 30/06/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509855&ori=1> Acesso em 07/07/2023.

<sup>26</sup> PORTUGAL, **Diário de Notícias e Lusa**. Retiradas condecorações a Franco e outros dirigentes da ditadura "O único trabalho que suscitaram as pessoas a quem hoje retiramos este mérito é terem trabalhado pela agressão e violação dos Direitos Humanos e da democracia no nosso país", afirmou a ministra do Trabalho, Yolanda Díaz. Disponível em <https://www.dn.pt/internacional/espanha-retira-condecoracoes-a-franco-e-outros-dirigentes-da-ditadura-16674576.html>, Acesso em 11/07/2023.

<sup>27</sup> BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 55.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, p. 12 e ss.

<sup>29</sup> SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 181 e ss.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, p. 15 e ss.

<sup>31</sup> BRASIL, **Conjur**. Sem freios: Lava jato não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4 - 23/09/2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>, Acesso em 12/07/2023.

Contudo, a ausência explícita da previsibilidade e da sanção representam um problema metodológico que deve ser resolvido com as consequências da nulidade, da revogação, da indenização por danos e com medidas processuais ou administrativas atípicas.

Da sanção atípica, preceito secundário é moldável segundo as condutas envolvidas, exclui-se a sanção penal propriamente dita, pois carente do tipo penal, embora haja a reprovabilidade.

Apesar de não dispor de uma norma explícita, há a alta dogmática na medida em que se refere a um ordenamento positivo<sup>32</sup> a desvelar e interpretar de forma sistemática e adequada ao caso concreto, examinando-se as categorias que a sustentam; abuso de direito, fraude à lei, entre outras.

Por exemplo, no conceito de passageiro indisciplinado, temos que é o passageiro que não respeita as normas de conduta em um aeroporto ou a bordo de uma aeronave ou que não respeita as instruções do pessoal de aeroporto ou dos membros da tripulação e, por conseguinte, perturba a ordem e a disciplina no aeroporto ou a bordo da aeronave. Essa definição possui certo grau de abertura e indeterminação típica, pois não é possível estabelecer na regra todas as condutas que ensejam a indisciplina.<sup>33</sup>

As sanções são, *lato sensu*, de natureza constitucional, administrativa e civil, não rigorosamente atípicas, muito embora no sistema do *commow law* se admita a criação do tipo penal, pela via jurisprudencial.

Pode-se cogitar na licitude atípica, a exemplo de um parque no qual é proibida a entrada de veículos, mas que em dado horário, sem o trânsito de pedestres, monta-se uma exposição de carros antigos, que adentram neste espaço, ou da ambulância que transita para atender um paciente,<sup>34</sup> ou da proibição de cães em determinados locais, nos quais se excetuam os cães-guias.

Haveria então uma tolerância jurídica, pois questionável, nos referidos exemplos, tanto pelo risco ainda que diminuto dos veículos no parque, da ambulância no atendimento, ou do cão-guia em restaurantes, sem um compartimento asséptico, macular a norma de saúde pública.<sup>35</sup>

Com efeito, há a criação de uma nova norma proibitiva que surgirá das circunstâncias do caso concreto.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> COLONNELLO, S. Ataoglu. Acto ilícito atípico. Eunomía. **Revista em Cultura de la Legalidad**, 17, 2019, p. 289-298.

<sup>33</sup> BRASIL, **Planalto**. Decreto 11.195/2022, art. 5º, inciso LXXVIII. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d11195.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11195.htm), Acesso em 12/07/2023.

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 93.

<sup>35</sup> COLONNELLO, S. Ataoglu. Ilícitos atípicos: uma crítica In **4º Seminário de Teoria del derecho del fin del mundo**: Derecho (en teoria). Em 5-6/09/2019, p. 1-19.

<sup>36</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Para uma teoria general de los ilícitos atípicos, p. 43-49 In **Unirioja.es**, Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174836.pdf> Acesso em 12/07/2023.

Vejamos a súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, que trata da proibição de nepotismo, que demonstra um alargamento principiológico-interpretativo da Constituição Federal, a partir dos casos concretos. Há outras práticas, não previstas na referida súmula, que podem caracterizar a mesma situação; como a troca da nomeação em cargos por favores administrativos dos mais variados, da corrupção processual, até da negociação em casos que envolvem benefícios, na esfera privada, aos gestores que nomeiam.<sup>37</sup>

Outro caso interessante é no direito desportivo no qual há a repressão daquelas jogadas em que um jogador ou a equipe, baseando-se nas regras do sistema regulatório esportivo, aproveita-se da boa-fé do rival como ocorreu na partida entre o FC Shakhtar Donetsk da Ucrânia e o FC Nordsjaelland da Dinamarca, na qual o jogador da seleção ucraniana aproveitou-se de um saque neutro para marcar um gol. Curiosamente, o árbitro não anulou o gol, mas o corpo disciplinar da UEFA impôs a sanção de suspensão de uma partida ao jogador.<sup>38</sup>

Ou nas aparentes brechas legais que geraram no Brasil: o MacPicanha, sem picanha; o leite condensado com composto lácteo (amido, soro de leite ou água) ao invés de leite puro; a manteiga misturada com margarina; o óleo de oliva misturado com óleo de soja<sup>39</sup> e, os pães ou produtos integrais vendidos sem ingredientes integrais.<sup>40</sup>

No Espanha o Consórcio da Zona Franca de Barcelona tinha uma concessão administrativa para extrair areia das praias da costa de Barcelona. Uma companhia eléctrica era proprietária de uma central eléctrica situada junto à foz de uma ribeira e nas imediações de uma praia onde o Consórcio procedeu à extração de areia que produziu o desaparecimento das defesas naturais que protegem a usina contra o transbordamento do rio e a ação do mar. Nesta situação, ocorreram tempestades particularmente fortes que causaram danos significativos à usina. A empresa proprietária entrou na Justiça pedindo indenização ao Consórcio, pedido que foi acatado pela Justiça.<sup>41</sup>

Com efeito, a natureza injustificada do dano determina o surgimento de uma nova regra que estabelece que, em circunstâncias deste caso, pois a ação de extração de areia é proibida e,

---

<sup>37</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227> Acesso em 12/07/2023.

<sup>38</sup> TRIVIÑO PÉREZ, José Luis y TORRES, Cesar. Abuso del derecho y fair play en el deporte In **Revista para el Análisis del Derecho**, 2013, p.1-19. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/39073328.pdf> Acesso em 12/07/2023.

<sup>39</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. O mundo da propaganda enganosa, em 30/05/2022 In **Contraponto**, disponível em <https://contraponto.jor.br/o-mundo-da-propaganda-enganosa/> Acesso em 12/07/2023.

<sup>40</sup> BRASIL, **Planalto**. Resolução RDC 493, de 15 de abril de 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-493-de-15-de-abril-de-2021-315225504> Acesso em 15/07/2023.

<sup>41</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 49.

em consequência, quem a executou deve indenizar os danos causados em consequência disso.<sup>42</sup>

Por conseguinte, nos ilícitos atípicos surge uma regra de oposição à eventual regra permissiva, diante do caso concreto.<sup>43</sup>

Vamos à fundamentação dos possíveis casos de ilícitos atípicos, lembrando que este rol é, metodologicamente, aberto.

#### **4. O ABUSO DE DIREITO**

A categoria do abuso do direito que consiste numa ofensa gravosa de um direito sobre o outro direito, proveniente do exercício de um direito, sendo mais correto se falar de conflito de direitos,<sup>44</sup> e ainda, ultrapassar de forma manifesta os limites normais do exercício do direito, no direito comparado, na dicção do art. 7º do Código Civil Espanhol.<sup>45</sup>

Neste diapasão, deve-se comprovar no caso concreto, o abuso do direito, que se caracteriza por um exercício abusivo que causa danos, que é exercido sem um fim sério, ilegítimo e encontra-se na esfera da anormalidade do exercício desse direito.<sup>46</sup>

O art. 334º do Código Civil Português trata do conceito do abuso do direito: é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Ou de forma sutil, o Código Civil brasileiro no art. 187; comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por conseguinte, há espaço para analisar a existência do ilícito atípico, por abuso de direito, em conceito jurídico, com grau de determinação<sup>47</sup> dependente da análise do caso concreto e da motivação justificadora de seu uso.

---

<sup>42</sup> Idem, p. 49.

<sup>43</sup> COLONNELLO, S. Ataoglu. Ilícitos atípicos: uma crítica In **4º Seminário de Teoria del derecho del fin del mundo: Derecho** (en teoria). Em 5-6/09/2019, p. 1-19.

<sup>44</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 518 e ss.

<sup>45</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

<sup>46</sup> Idem, p. 37.

<sup>47</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 23 e ss.

Há ainda o abuso de direito no aspecto processual, por exemplo a atuação processual abusiva ou o ajuizamento de caráter abusivo e excessivo, que vai além do caráter normal, com o fito de prejudicar, a parte contrária e o desenvolvimento do processo.<sup>48</sup>

## 5. ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se o abuso de direito se caracteriza pelo exercício inadmissível do direito, o exercício abusivo de direitos fundamentais, enquanto forma de exercício inadmissível, expressa uma situação de fato que se situa fora do referido programa normativo ou domínio protegido pelo preceito constitucional referente ao direito em questão,<sup>49</sup>

Podemos citar o pretense direito à liberdade de expressão ou de opinião, evidentemente extrapolado, no ataque às instituições democráticas brasileiras, pela propagação do discurso de ódio, em paralisações de frente quartéis, na pregação da instauração de uma ditadura ou do suposto direito de professar uma ideologia totalitária-religiosa.<sup>50</sup>

Isto é, o exercício abusivo dos institutos da democracia ou de um direito fundamental, não pode combater o próprio regime democrático, pois não é possível a tolerância em face da intolerância.

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, “os inimigos da Constituição não podem lesar ou destruir o ordenamento constitucional ou a existência do estado, invocando liberdades que a Lei fundamental garante e protege” (BVerfGE, 30, 1, 19-20).<sup>51</sup>

Essa pretensa liberdade de expressão ou direito de opinião, fundada em direito fundamental caracteriza-se em ilícito atípico, caso não regulado em lei específica, o que não é o caso do Brasil, que possui lei protetora do estado democrático de direito<sup>52</sup> e os tipos penais da calúnia, da injúria e do crime de difamação.

Entre a democracia militante inaugurada pela Alemanha pós-guerra, com postura ativa no combate ao totalitarismo e a democracia vigilante do *soft law*. O Brasil ainda caminha a passos lentos para um estado democrático de direito pleno. Em poucas palavras, uma sociedade

---

<sup>48</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 72.

<sup>49</sup> OTERO, Paulo. Da Dimensão Constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) De ações Populares indemnizatórias: Um Problema de abuso de direitos fundamentais, p. 701-740 In **Revista da Ordem dos Advogados** (ROA), Ano 2022, Ano 82 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2022 disponível em <https://portal.oa.pt/media/138886/paulo-otero.pdf> Acesso em 10/07/2023.

<sup>50</sup> FINCHELSTEIN, Federico. **Uma breve história das mentiras fascistas**. Tradução de Mauro Pinheiro. São Paulo: Vestígio, 2022, p. 63 e ss.

<sup>51</sup> OTERO, Paulo. Da Dimensão Constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) De ações Populares indemnizatórias: Um Problema de abuso de direitos fundamentais, p. 701-740 In **Revista da Ordem dos Advogados** (ROA), Ano 2022, Ano 82 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2022 disponível em <https://portal.oa.pt/media/138886/paulo-otero.pdf> Acesso em 10/07/2023.

<sup>52</sup> BRASIL, Planalto. Lei 14.197 de 1º de setembro de 2021. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm) Acesso em 12/07/2023.

composta por abismos sociais e econômicos, desindustrializada, e o berço do rentismo cujos juros são os mais altos do planeta. Assim, tem-se o Banco Central como órgão dissociado de controles governamentais, consumado pela recente autonomia, de duvidosa constitucionalidade.<sup>53</sup>

Os exemplos mereceriam um estudo aprofundado, mas pela limitação do presente artigo, são para a ilustração e a compreensão do tema.

## 6. A FRAUDE À LEI

Neste caso temos alguém que se serve de normas jurídicas para finalidades não previstas na norma, isto é, um comportamento que viola o conteúdo do ordenamento jurídico, que o viola de forma fraudulenta, mas que formalmente respeita a sua disposição, aparentemente.<sup>54</sup>

Há um exemplo recente, do Supremo Tribunal da Guatemala que decidiu cassar o registro da ex-primeira-dama como candidata presidencial para as eleições, determinando que houve fraude à lei ao se divorciar do presidente em exercício apenas para evitar a proibição de concorrer, mesmo que esse ato não seja classificado como ilegal no ordenamento jurídico.<sup>55</sup>

Ainda, o exercício de poder normativo que extrapola suas atribuições, transborda seu poder legislativo, para açambarcar situações ilícitas, seja pela ausência de competência, seja por razões contrárias a princípios do ordenamento jurídico, contrárias à lei, ou à regulação. Há, neste sentido, uma nulidade constitutiva, que determina a inexistência do seu resultado.<sup>56</sup>

Com efeito, tem-se a diferença entre a simulação e a fraude, na primeira o negócio jurídico é simulado, com infração direta à regra, já na fraude se produz o resultado pretendido, conforme a regra, mas há uma conexão com o resultado inadequado.<sup>57</sup>

## 7. O DESVIO DE PODER E O DESVIO DE FINALIDADE

---

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. A autonomia do Banco Central é compatível com a Constituição? Em 16/02/2023. In **Consultor Jurídico**, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-fev-16/senso-incomum-autonomia-banco-central-compativel-constituicao> Acesso em 12/07/2023.

<sup>54</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 58.

<sup>55</sup> CHILE, **Pontifícia Universidade Católica do Chile**. Professor Alejandro Vergara: "Projetos de recursos naturais e abuso de direitos como crime atípico". Disponível em <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/12981-profesor-alejandro-vergara-proyectos-de-recursos-naturales-y-el-abuso-del-derecho-como-ilicito-atipico> Acesso em 14/07/2023.

<sup>56</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 61.

<sup>57</sup> Idem, p. 68.

O esboço da doutrina do desvio de poder pelo Tribunal Administrativo francês, pode ser encontrado em *Vernes de May arrêt* de 1858, quando anulou uma decisão do Prefeito de Trouville que em uso de poderes de natureza policial, proibiu os banhistas de vestir e despir em locais que não sejam estabelecimentos municipais, mas não para fins proteção da segurança ou da moralidade pública, mas sim, a fim de favorecer os interesses econômicos do município.<sup>58</sup>

No desvio de poder, no exercício do poder se exige a intenção diversa da legal, exemplo dos famosos *arrêts Lesbats* de 15 de fevereiro de 1864 e de 17 de junho de 1886, nos quais o Conselho de Estado francês declarou que cometia excesso de poder, o prefeito que assegurava o monopólio de uma única empresa que tinha um contrato com a Companhia de Trem, para regular a permanência e circulação de veículos nas praças próximas à estação de trem.<sup>59</sup>

O resultado visado pelo agente constitui o objetivo do ato administrativo. E, com efeito, os motivos do ato administrativo objetivam a realização de um fim, que deve ser público,<sup>60</sup> não encoberto ou desviado.<sup>61</sup>

No desvio de poder há uma usurpação do poder, os fins são incompatíveis com a norma, no desvio de finalidade os fins possuem interesses, eminentemente, privados.

Em resumo, se o agente utiliza o ato administrativo para fim diverso do legal com interesses privados, além do desvio de poder, encontramos o desvio da finalidade do ato, por exemplo, processo administrativo ou judicial utilizado para punir desafetos políticos.

Pode haver desvio de finalidade por perseguir um pretense fim público, como foi o caso da anulação pelo Tribunal Supremo espanhol que, em 27 de julho de 1986, fulminou o acordo da Comissão Provincial de Urbanismo de Sevilla que qualificou um terreno como não urbanizável, quando estava qualificado desde 1972 como solo urbano, a referida desqualificação pretendia pagar valor inferior aos que tinham sido expropriados.<sup>62</sup>

A pretensa faculdade discricionária, própria dos regimes de exceção, da hipertrofia de poderes, sem controle judicial ou *interna corporis* no próprio poder, pode e deve, num regime democrático, ser aferida, quanto a sua motivação e quanto ao seu fim.

---

<sup>58</sup> MENDONZA, José A. López. La desviación de poder, p. 299-315 In **Estudios de Derecho Público** / Edgardo Tobías Acuña [et.al.]; prólogo de Alberto Antonio Spota. Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

<sup>59</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81 (*apud* MARIN, Carmen Chinchilla. **La desviación de poder**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 31).

<sup>60</sup> TÁCITO, Caio. **Temas de direito público** (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187.

<sup>61</sup> MENDOZA, José A López. La desviación de poder. p. 299-317 In **Estudios de Derecho Público** / Edgardo Tobías Acuña. [et.al.]; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

<sup>62</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 89.

Assim, a noção de conformidade com o direito deve implicar em abstrato uma aderência plena, perfeita, capilar, à norma, isto é, não apenas na existência daquele mínimo de interesse público, cuja falta é detectável mesmo pelo juízo de mera legitimidade.<sup>63</sup>

## 8. O JEITINHO

O jeitinho como elemento proveniente de autoridade ou amizade, em rituais de cartearço: “sabe com quem está falando” ou o pedido ou a quebra legal que deve ser atendida para a parentela ou amigos, em troca de favores. Este contempla um amplo espectro de atuação nas esferas públicas e privadas, ainda pouco estudado no direito.

Pode ser definido como a flexibilização da norma para *ajeitar* a situação jurídica de forma diversa da prevista em lei, com a prevalência de interesses pessoais, familiares, corporativos ou estamentais.<sup>64</sup>

Neste conceito estão abrangidos: o abuso de direito, o abuso de autoridade, o desvio de finalidade, o excesso de poder, a fraude à lei e até o cometimento de crimes.<sup>65</sup>

## 10. OMISSÃO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA VISANDO A INEFICÁCIA DA NORMA

A omissão deliberada em cumprir o mandamento constitucional-administrativo também pode se caracterizar em ilícito atípico, caso não se constate de forma flagrante a prevaricação. Por exemplo, o esvaziamento da fiscalização ambiental, com o fito de promover invasões, garimpos ilegais ou cortes desautorizados na mata Atlântica ou Amazônica, para expansão imobiliária ou para o benefício de determinados grupos.<sup>66</sup>

A deliberada autorização na importação de agrotóxicos com o fim de beneficiar determinados países, interesses ou corporações.<sup>67</sup>

A alteração de norma orçamentária para beneficiar ou acertar determinada situação de gestor público, com fins à sua aprovação ou fechamento de contas.

---

<sup>63</sup> ALESSI, Renato. **A revogação dos atos administrativos**. Trad da 2ª edição, introdução, comentários e notas explicativas de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 101.

<sup>64</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **O jeitinho no direito administrativo brasileiro**. Curitiba: Edição por demanda, 2011, p. 49.

<sup>65</sup> COLTRO, Paolo. PERRELA, Nunzio. **Oltre Gomorra: I rifiuti d'Italia**. Nápoles: Edizioni Cento Autori, 2021, p. 100 e ss.

<sup>66</sup> PAES, Caio de Freitas. **Desmatamento em alta, grileiros à solta, crises políticas**: queimadas na Amazônia podem ser piores que as de 2019. 2020. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2020/05/desmatamento-em-alta-grileiros-a-solta-criSES-politicas-queimadas-na-amazoniapodem-ser-piores-que-as-de-2019/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>67</sup> BOMBARDI, Larissa. 1.25 milhão de intoxicados por agrotóxicos em 7 anos, estimam Fiocruz e Ministério da Saúde. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tIRKof2GqfY>. Acesso em: 14 jul. 2020.

E a criação inconstitucional do orçamento secreto e as emendas sigilosas de repasse de valores milionários por parlamentares em troca de apoio em votações no Congresso Nacional, que caracteriza a quebra da probidade e unicidade orçamentária.<sup>68</sup>

São as chamadas emendas impositivas, a formalização do toma-lá-dá-cá do fisiologismo, da extorsão política, e do clientelismo do Congresso Nacional, que se replica em assembleias legislativas estaduais e em câmaras municipais.

Os congressistas brasileiros possuem atualmente mais de 40 milhões de reais para distribuir nas suas bases eleitorais. Criou-se um ecossistema de reeleições continuadas, com a quebra da isonomia no jogo democrático e o desvirtuamento da função legislativa.<sup>69</sup>

Assinale-se também a gradual corrosão do estado laico no Brasil, com bancadas partidárias neopentecostais, que contribuem para uma nova moral congressual e afrontam o direito à liberdade de pensamento, este direito fundamental que possui escassos mecanismos de proteção.<sup>70</sup>

Enfim, toda situação na qual se comprove o dano coletivo ou individual decorrente da omissão no dever de agir, atuar, fiscalizar, prover e gerir a coisa pública proveniente de deveres legais impositivos.

## **11. ILÍCITOS TÍPICOS E ATÍPICOS SEM A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL ESPERADA**

Nesta categoria podemos enumerar as normas que são de *soft law* e não preenchem os requisitos mínimos para a defesa dos direitos fundamentais, que possuem obstáculos de eficácia, seja pela inoperância ou leniência estatal, seja porque seu conteúdo é insuficiente para garantir os direitos fundamentais. Por exemplo, as leis de defesa das mulheres no Brasil, nas quais o quadro de violência e feminicídios está crescendo vertiginosamente<sup>71</sup> e as medidas típicas são em grande medida, insuficientes e ineficazes.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF julga orçamento secreto inconstitucional. A decisão limita o uso de emendas de relator do tipo RP-9 a erros e omissões. 19/12/2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499330&ori=1> Acesso em 11/07/2023.

<sup>69</sup> BRASIL, Folha de São Paulo. Governo oferece R\$ 40 mi em emendas para deputados que votarem pela reforma: segundo líderes, valor foi oferecido por Onyx e eleva em 65% manejo do Orçamento por congressistas. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-dara-r-40-mi-em-emendas-a-cada-deputado-que-votar-pela-reforma.shtml> Acesso em 14/07/2023.

<sup>70</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. A democracia direta por meio da democracia eletrônica. Curitiba: Íthala, 2023, p. 168 e ss.

<sup>71</sup> BRASIL, **G1**. Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas. Número de vítimas cresceu 5% no último ano, mostra levantamento exclusivo do Monitor da Violência. Foram 1,4 mil mortes motivadas pelo gênero. Alta de casos vai na contramão dos assassinatos, que tiveram queda de 1% em 2022. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-femicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml> Acesso em 15/07/2023.

<sup>72</sup> BRASIL, **Fórum de Segurança.org.br**. Violência contra meninas e mulheres no 1º semestre de 2022. No primeiro semestre de 2022, 699 mulheres foram vítimas de feminicídio, média de 4 mulheres por dia. Este número é 3,2% mais elevado que o total de mortes registrado no primeiro semestre de 2021, quando 677 mulheres foram

Em outro passo, em relação à recursos públicos em descompasso com um estado de emergência pandêmica, do então Presidente (2018-2022)<sup>73</sup> que vetou o repasse de 8,6 bilhões para estados e municípios para compra de equipamentos de combate à covid-19.<sup>74</sup> Também o enfraquecimento institucional do poder judiciário por parte daquela presidência, que proferiu ameaças ao Supremo Tribunal Federal com elogiosas menções a personagens da ditadura militar (1964-85) e ao Ato Institucional nº 5.<sup>75</sup>

Por conseguinte, a inoperância, a flagrante omissão ou a leniência autorizam medidas judiciais ou administrativas, supletivas e atípicas para se suplantar um quadro danoso, do caso concreto.

Nesta mesma lição, o procurador-geral da república - PGR, segundo membros do Ministério Público, teria supostamente se omitido de seus deveres legais<sup>76</sup> que, *ipso facto*, autorizaria a corte constitucional brasileira a proferir medidas atípicas, em defesa do próprio tribunal, das instituições, e por isso, sem a iniciativa exclusiva do PGR.

Ainda nesta linha, como medida para colmatar omissões, o enquadramento, pelo Supremo Tribunal Federal, do crime de homofobia aos crimes de racismo, ao reconhecer a omissão legislativa.<sup>77</sup>

Outro tema importante, é o fenômeno das redes sociais que é instantâneo e não possui mediação adequada para evitar graves prejuízos na imagem e em ações ilegais contra pessoas e instituições. O ordenamento não contempla proteção ou inibe esta instantaneidade midiática. Em poucos segundos, algo, certo ou errado, legal ou ilegal, é postado nas redes e repercute em milhares e milhões de pessoas.<sup>78</sup>

---

assassinadas. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/12/violencia-contra-meninas-mulheres-2022-1sem.pdf?v=v2> Acesso em 13/07/2023.

<sup>73</sup> BRASIL. **Despachos do presidente da república**. Diário Oficial da União. Edição 105, Seção 1, p. 453, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/06/vetobolsonaro.pdf>. Acesso em 13/07/2023.

<sup>74</sup> CONGRESSO EM FOCO. **Bolsonaro veta repasse de R\$ 8,6 bilhões para estados e municípios**. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/bolsonaro-veta-repasse-de-r-86-bilhoes-para-estados-e-municipios/>. Acesso em 13/07/2023.

<sup>75</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. As ameaças ao Supremo Tribunal Federal. Em 11/08/2021 In **Aconjurpr**, Disponível em <https://www.aconjurpr.com.br/noticias/as-ameacas-ao-supremo-tribunal-federal-por-claudio-henrique-de-castro/> Acesso em 13/07/2023.

<sup>76</sup> BRASIL, **CNN Brasil**. Procuradores cobram ação de Aras por “omissão” de Bolsonaro contra bloqueio de rodovias Documento enviado ao procurador-geral da República pede instauração de inquérito Procuradores pedem que Aras tome providências criminais. CNN 360°. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/procuradores-cobram-acao-de-aras-por-omissao-de-bolsonaro-contr-bloqueio-de-rodovias/> Acesso em 13/07/2023.

<sup>77</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa O Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. 13/06/2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010> Acesso em 13/07/2023.

<sup>78</sup> CASTRO, Cláudio Henrique de. **A democracia direta por meio da democracia eletrônica**. Curitiba: Íthala, 2023, p. 204 e ss.

Com efeito, a ausência de controles legais, uma regulamentação oficial e o cumprimento das regras nacionais destes aplicativos e mídias sociais criaram um estado de coisas paralelo às leis e às Constituições dos países, permitindo-se uma jurisdição administrativa contratual privada, sem limites ou parâmetros que respeitem o direito.<sup>79</sup>

Neste panorama, as redes sociais combinadas com *fake news* elegeram e, quase reelegeram, Trump nos E.U.A.<sup>80</sup> contribuíram, decisivamente, para o *Brexit*,<sup>81</sup> com profundos desequilíbrios em pleitos, pelo mundo afora.

Razão pela qual, sem a regulamentação adequada, neste contexto de anomia, o poder judiciário tem o dever de resolver de forma atípica e célere, os conflitos de massa advindos dessa autonomia privada, altamente rentável, das *big techs*.

Assim devemos diferenciar e não confundir o chamado ativismo judicial, expressão vaga e de significação aberta, com o dever do preenchimento de lacunas, das omissões legislativas ou da inação dos poderes, justamente, para o judiciário garantir os direitos fundamentais.

Esses ilícitos atípicos, evidentemente, conflitam com os direitos fundamentais; o direito à personalidade, à intimidade, à liberdade de expressão, dentre outros.

Tais situações devem ser tuteladas, ainda que de forma fracionada, monocrática ou colegiada, pelo poder judiciário ou na esfera administrativa dos poderes, dentro das suas competências. Aguardar o poder legislativo listar condutas cada vez mais complexas, é diferir ou dilatar, injustificadamente, a eficácia dos direitos fundamentais.

O ideal é que a construção paradigmática dos ilícitos atípicos seja elaborada, exclusivamente, pelas cortes constitucionais, com o fito de dar-lhes maior legitimidade institucional, ampla publicidade dos seus conteúdos valorativos. Contudo, isso não significa, que instâncias de primeiro grau, estejam impossibilitadas de adentrarem no tema.

---

<sup>79</sup> Idem, p. 204 e ss.

<sup>80</sup> BBC News. **Como a Cambridge Analytica analisou a personalidade de milhões de usuários no**

**Facebook.** 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x1SnHHby0wA>. Acesso em: 05 ago. 2020. "Segundo denúncias de fraude eleitoral nos EUA na eleição de 2016 de Trump, a empresa Cambridge Analytica, por meio das curtidas dos usuários no Facebook, elaborou perfis psicológicos de usuários. Há um teste de personalidade Big Five ou "Os cinco grandes" que avalia cinco dos traços de personalidades dos usuários. Há evidências de que este algoritmo é, impressionantemente, preciso. Com apenas dez curtidas ele traça o perfil melhor que os amigos do usuário; com cento e cinquenta curtidas é mais preciso que os pais do usuário, e com trezentas curtidas consegue prever o teste de personalidade melhor que o parceiro do usuário."

<sup>81</sup> ESTEVES, Fernando. **Como as fake news conduziram os britânicos à confusão do Brexit.** 2019. Disponível em: <https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit>. Acesso em: 18 jul. 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de concluir podemos afirmar que: a história do direito no sistema romano-germânico construiu uma visão dogmática tipológica que não impede a funcionalidade teórica viável para os ilícitos atípicos ou ilícitos decorrentes;

A utilização do conceito de ilícito atípico não afasta a segurança jurídica e a previsibilidade no ordenamento jurídico;

A motivação fático-jurídica, no caso concreto, é elemento fundamental para o estabelecimento dos ilícitos atípicos ou decorrentes.

As categorias que podem ser utilizadas nos ilícitos atípicos ou ilícitos decorrentes, podem ser: o abuso de direito, inclusive dos direitos fundamentais; a fraude à lei; o desvio de poder e o desvio de finalidade; o jeitinho; a omissão na atuação administrativa visando a ineficácia da norma e; os ilícitos atípicos resultantes da ineficácia constitucional ou legal;

A construção jurídica dos ilícitos atípicos ou decorrentes deve também ser ajustada e autoriza medidas processuais ou administrativas, com o fim de tutelar os direitos e garantias constitucionais afetados.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **A revogação dos atos administrativos**. Trad da 2ª edição, introdução, comentários e notas explicativas de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 101.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Para uma teoria general de los ilícitos atípicos, p. 43-49 In **Unirioja.es**, Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174836.pdf> Acesso em 12/07/2023.

BARBOSA, Lívia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BBC News. **Como a Cambridge Analytica analisou a personalidade de milhões de usuários no Facebook**. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x1SnHHby0wA>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BOMBARDI, Larissa. 1.25 milhão de intoxicados por agrotóxicos em 7 anos, estimam Fiocruz. [br/2020/05/desmatamento-em-alta-grileiros-a-solta-criises-politicas-queimadas-na-amazoniapodem-](http://br/2020/05/desmatamento-em-alta-grileiros-a-solta-criises-politicas-queimadas-na-amazoniapodem-)

BRASIL, **CNN Brasil**. Procuradores cobram ação de Aras por “omissão” de Bolsonaro contra bloqueio de rodovias Documento enviado ao procurador-geral da República pede instauração de inquérito Procuradores pedem que Aras tome providências criminais. CNN 360°. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/procuradores-cobram-acao-de-aras-por-omissao-de-bolsonaro-contra-bloqueio-de-rodovias/> Acesso em 13/07/2023.

BRASIL, **Conjur**. Sem freios: Lava jato não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. Em 23/09/2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>, Acesso em 12/07/2023.

BRASIL, **Fórum de Segurança.org.br**. Violência contra meninas e mulheres no 1º semestre de 2022. No primeiro semestre de 2022, 699 mulheres foram vítimas de feminicídio, média de 4 mulheres por dia. Este número é 3,2% mais elevado que o total de mortes registrado no primeiro semestre de 2021, quando 677 mulheres foram assassinadas. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/12/violencia-contra-meninas-mulheres-2022-1sem.pdf?v=v2> Acesso em 13/07/2023.

BRASIL, **Planalto**. Decreto 11.195/2022, art. 5º, inciso LXXVIII. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d11195.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11195.htm), Acesso em 12/07/2023.

BRASIL, **Planalto**. Lei 14.197 de 1º de setembro de 2021. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm) Acesso em 12/07/2023.

BRASIL, **Planalto**. Resolução RDC 493, de 15 de abril de 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-493-de-15-de-abril-de-2021-315225504> Acesso em 15/07/2023.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227> Acesso em 12/07/2023.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento sobre tese da legítima defesa da honra em feminicídios prosseguirá em agosto. Além do relator, cinco ministros votaram pela proibição do uso da tese. Em 30/06/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509855&ori=1> Acesso em 07/07/2023.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, a Corte rejeitou o pedido da OAB por uma revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) por 7

votos a 2. Em 29/04/2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515&ori=1>. Acesso em 07/07/2023.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. O Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. 13/06/2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010> Acesso em 13/07/2023.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STF julga orçamento secreto inconstitucional. A decisão limita o uso de emendas de relator do tipo RP-9 a erros e omissões. 19/12/2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499330&ori=1> Acesso em 11/07/2023.

BRASIL. **Despachos do presidente da república**. Diário Oficial da União. Edição 105, Seção 1, p. 453, 03 jun. 2020.

BRASIL, **Folha de São Paulo**. Governo oferece R\$ 40 mi em emendas para deputados que votarem pela reforma: segundo líderes, valor foi oferecido por Onyx e eleva em 65% manejo do Orçamento por congressistas. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-dara-r-40-mi-em-emendas-a-cada-deputado-que-votar-pela-reforma.shtml> Acesso em 14/07/2023.

BRASIL, **G1**. Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas. Número de vítimas cresceu 5% no último ano, mostra levantamento exclusivo do Monitor da Violência. Foram 1,4 mil mortes motivadas pelo gênero. Alta de casos vai na contramão dos assassinatos, que tiveram queda de 1% em 2022. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-femicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml> Acesso em 15/07/2023.

BRUNNER, Heinrich. CHEWERIN, Claudius Von. **Historia del derecho germánico**. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936, p. 282 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva.

CASTRO, Cláudio Henrique de. A democracia direta por meio da democracia eletrônica. Curitiba: Íthala, 2023.

CASTRO, Cláudio Henrique de. As ameaças ao Supremo Tribunal Federal. Em 11/08/2021. In **Aconjurpr**, Disponível em <https://www.aconjurpr.com.br/noticias/as-ameacas-ao-supremo-tribunal-federal-por-claudio-henrique-de-castro/> Acesso em 13/07/2023.

CASTRO, Cláudio Henrique de. **O jeitinho no direito administrativo brasileiro**. Curitiba: Edição por demanda, 2011.

CASTRO, Cláudio Henrique de. O mundo da propaganda enganosa, em 30/05/2022 In **Contraponto**, disponível em <https://contraponto.jor.br/o-mundo-da-propaganda-enganosa/> Acesso em 12/07/2023.

CASTRO, Cláudio Henrique de. **Os jurisconsultos romanos e a justiça**: do direito romano à contemporaneidade. Curitiba: Editora Íthala, 2021.

CASTRO, Cláudio Henrique de. **Referendo popular na democracia sem povo**. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p. 128.

CASTRO, Cláudio Henrique de. **Temas de processo civil romano e direito romano clássico**. Curitiba: Editora Íthala, 2021.

CHILE, **Pontifícia Universidade Católica do Chile**. Professor Alejandro Vergara: "Projetos de recursos naturais e abuso de direitos como crime atípico". Disponível em <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/12981-profesor-alejandro-vergara-proyectos-de-recursos-naturales-y-el-abuso-del-derecho-como-ilicito-atipico> Acesso em 14/07/2023.

CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global**: por uma história verossímil dos direitos humanos. Goiânia: Editora Palavrear, 2017.

COLONNELLO, S. Ataoglu. Acto ilícito atípico. Eunomía. **Revista em Cultura de la Legalidad**, 17, 2019.

COLONNELLO, S. Ataoglu. Ilícitos atípicos: uma crítica In **4º Seminário de Teoria del derecho del fin del mundo**: Derecho (en teoría). Em 5-6/09/2019, p. 1-19.

COLTRO, Paolo. PERRELA, Nunzio. **Oltre Gomorra**: I rifiuti d'Italia. Nápoles: Edizioni Cento Autori, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira**: visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 63 e ss.

CONGRESSO EM FOCO. **Bolsonaro veta repasse de R\$ 8,6 bilhões para estados e municípios**. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/bolsonaro-veta-repasse-de-r-86-bilhoes-para-estados-e-municipios/>. Acesso em 13/07/2023.

DEMO, Pedro. **Intelectuais e vivaldinos**. São Paulo: Almed, 1982.

ESTEVES, Fernando. **Como as fake news conduziram os britânicos à confusão do Brexit**. 2019. Disponível em: <https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexite>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araújo de Souza *et alli*. **A democracia através de direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FINCHELSTEIN, Federico. **Uma breve história das mentiras fascistas**. Tradução de Mauro Pinheiro. São Paulo: Vestígio, 2022.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**. Vol. III. Da Independência do Brasil à Lei Áurea. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022.

KELSEN, Hans. **A teoria do estado de Dante Alighieri**. Tradução de Luiz Felipe Brandão Osório. São Paulo: Contracorrente, 2021.

MENDOZA, José A López. La desviación de poder. p. 299-317 In **Estudios de Derecho Público** / Edgardo Tobías Acuña. [et.al.]; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

MÜLLER, Ingo. **Los juristas del horror**: La "justiça" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueiredo. Bogotá-Colombia: Inversiones Rosa Mistica Ltda., 2011.

ORESTANO, Riccardo. **Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali**: contributo alla teoria delle fonti del diritto nel período classico. Torino: Giappichelli, 1962.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

OTERO, Paulo. Da Dimensão Constitucional dos acordos de financiamento ("litigation funding agreements") De ações Populares indemnizatórias: Um Problema de abuso de direitos fundamentais, p. 701-740 In **Revista da Ordem dos Advogados (ROA)**, Ano 2022, Ano 82 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2022 disponível em <https://portal.oa.pt/media/138886/paulo-otero.pdf> Acesso em 10/07/2023.

PAES, Caio de Freitas. **Desmatamento em alta, grileiros à solta, crises políticas**: queimadas na Amazônia podem ser piores que as de 2019. 2020. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2020/05/desmatamento-em-alta-grileiros-a-solta-criSES-politicas-queimadas-na-amazoniapodem-ser-piores-que-as-de-2019/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Actores judiciários (753 a.C.-395). Cascais: Principia, 2010.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Introdução ao estudo do direito romano**: as questões fundamentais. Lisboa: AAFDP, 2021.

PORTUGAL, **Diário de Notícias e Lusa**. Retiradas condecorações a Franco e outros dirigentes da ditadura "O único trabalho que suscitaram as pessoas a quem hoje retiramos este mérito é terem trabalhado pela agressão e violação dos Direitos Humanos e da democracia no nosso país", afirmou a ministra do Trabalho, Yolanda Díaz. Disponível em <https://www.dn.pt/internacional/espanha-retira-condecoracoes-a-franco-e-outros-dirigentes-da-ditadura-16674576.html>, Acesso em 11/07/2023.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 2a ed., Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2000.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STRACHE, Karl-Heinz. **Pensare per standards**: contributo alla tipologia. Traduzione di Pasquela Femia e Rocco Favale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. A autonomia do Banco Central é compatível com a Constituição? Em 16/02/2023. In Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-fev-16/senso-incomum-autonomia-banco-central-compativel-constituicao> Acesso em 12/07/2023.

SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum**: as raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 2002.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público** (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRIVIÑO PÉREZ, José Luis y TORRES, Cesar. Abuso del derecho y fair play en el deporte In **Revista para el Análisis del Derecho**, 2013, p.1-19. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/39073328.pdf> Acesso em 12/07/2023 Acesso em 15/07/2023.

TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.