

Coletânea de artigos jurídicos

Esmape 2024

ISSN 2675-7125
Revista
da **esmape**
online



Coletânea

de artigos jurídicos

Esmape 2024

Recife 2024

Copyright Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Antônio Recamonde / João Pessoa

Revisão: Autores

Núcleo de design: Ascom Esmape

A Esmape divulga assuntos de interesse jurídico pedagógico.

Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

Sítio:

<https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/revista-da-esmape/edicoes>

Revista da Esmape online / Escola Judicial de Pernambuco (Esmape).

Ano 1, n.1 (2022 -) - Recife:Esmape, 2022 -

Número especial: Coletânea de artigos jurídicos Esmape 2024.

Semestral

ISSN 2675-7125

1 – Direito – Periódico. I – Escola Judicial de Pernambuco (Esmape).

CDD 340.5

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otilio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE | CEP 50.080-900

revista.esmape@tjpe.jus.br



TJPE

Tribunal de Justiça de Pernambuco

Mesa Diretora - Biênio 2024/2026

PRESIDENTE

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello



Escola Judicial de Pernambuco

Diretoria - Biênio 2024/2026

DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR

Juiz Silvio Romero Beltrão

Conselho Editorial

DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

MEMBROS

Alexandre Freire Pimentel

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Ana Paula Lira Melo

André Vicente Pires Rosa

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Élio Braz Mendes

Éric Castro e Silva

Fernanda Moura de Carvalho

Fernando José Borges Correia de Araújo

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Gustavo Ferreira Santos

Hélio Silvio Ourem Campos

Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

João Maurício Adeodato

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Jones Figueirêdo Alves

José Carlos de Arruda Dantas

José Fernando Simão

Jorge Américo Pereira de Lira
José Mário Wanderley Gomes Neto
José Ronemberg Travassos da Silva
Leonardo Carneiro da Cunha
Lúcio Grassi de Gouveia
Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
Mauro Alencar de Barros
Orlando Moraes Neto
Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Sérgio Torres Teixeira
Silvio Romero Beltrão
Teodomiro Noronha Cardozo
Torquato da Silva Castro Júnior
Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva
Venceslau Tavares Marília Montenegro Pessoa de Mello

Coordenação Geral

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Coordenação Técnica e Editorial

Joseane Ramos Duarte Soares

Sumário

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Antonio Benedito dos Santos Filho	13
CONTRATO DE FRANQUIA: UM CONSTRUTO DO <i>FRANCHISING</i> A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E DE SUA ORGANIZAÇÃO EM FORMATO DE REDES EMPRESARIAIS Arnaldo Rizzardo Filho Raif Daher Hardman de Figueiredo	31
DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOJURÍDICAS: POLÍTICAS PÚBLICAS SALVAM VIDAS! Alice Bianchini	58
RECURSOS VISUAIS NO CORPO DE PETIÇÕES COMO NUDGES PARA O CONVENCIMENTO DO JULGADOR: ALGUMAS RECOMENDAÇÕES Alexandre Soares Bartilotti Alexandre de Paula Filho Lúcio Grassi de Gouveia	78
POR UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL NO AMBIENTE DIGITAL Carolina Nobre Caroline Amadori Cavet	108
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DE PROPÓSITO GERAL E MODELOS FUNDACIONAIS: as dificuldades para regulação dessas novas tecnologias Demócrito Reinaldo Filho	125
CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E VARAS DE CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE JURÍDICA Edmilson Cruz Júnior	135
FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM OUTROS SISTEMAS E NO BRASIL Flávio Tartuce	156
53º FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS: ENFRENTANDO DESAFIOS PARA UMA JUSTIÇA FUNCIONAL E ACESSÍVEL Roberto Carneiro Pedrosa Haroldo Carneiro Leão	182

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA (IA-GEN) NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: INOVAÇÕES, LIMITAÇÕES REGULATÓRIAS E O FUTURO DA JUSTIÇA Irving William Chaves Holanda	204
A CRISE DOGMÁTICA NA REGULAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO Ivanildo Figueiredo	219
DIÁLOGOS DO DIREITO COM OS DESAFIOS TECNOLÓGICOS DO USO E CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS AUTÔNOMOS Do “dilema do bonde” às decisões (des)funcionais de autodireção Jones Figueirêdo Alves	254
O SIMPLES NACIONAL E O TEMA Nº 1.284 DE REPERCUSSÃO GERAL Jorge Américo Pereira de Lira	287
A TEORIA DUALISTA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CIVIL BRASILEIRO José Fernando Simão	314
O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL Leonardo Carneiro da Cunha	334
DEONTOLOGIA DA JUDICATURA: BREVES REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA Luiz Carlos Vieira de Figueirêdo	356
NOVOS RUMOS PARA O OFICIAL DE JUSTIÇA: uma ferramenta de conciliação em domicílio Milly Lilian Resende Zaidan	379
CARTÓRIO UNIFICADO E O PAPEL DO JUIZ GESTOR: A EXPERIÊNCIA DA DIRETORIA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO 1º GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO Rafael Souza Cardozo	391
BREVES REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COTITULARIDADE SOLIDÁRIA DE CONTA CORRENTE BANCÁRIA Ronnie Preuss Duarte	407
O MOVIMENTO DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS NA ATUAL CRISE ECONÔMICA: A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DA EMPRESA DIANTE DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS EMPRESAS AÉREAS Sílvio Romero Beltrão Maria Carla Moutinho Nery	427

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antonio Benedito dos Santos Filho

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION

Antonio Benedito dos Santos Filho

Oficial de Justiça do Tribunal de
Justiça de Pernambuco (TJPE)

RESUMO

Este artigo explora a terceirização na administração pública, analisando suas vantagens, desvantagens, e aspectos jurídicos e regulatórios. O objetivo principal é avaliar os impactos da terceirização em termos de eficiência, custos e qualidade dos serviços públicos, destacando a importância de uma abordagem bem fundamentada e responsável. O desenvolvimento do artigo aborda a definição e as formas de terceirização, a evolução histórica da prática, e a legislação vigente, com ênfase nas principais reformas e no marco regulatório, incluindo a Lei nº 14.133/2021. Examina também os aspectos jurídicos, como a responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos pelos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas e o papel das decisões judiciais na definição das responsabilidades e limites da terceirização. A conclusão destaca que, embora a terceirização possa oferecer benefícios significativos, como a redução de custos e a melhoria na eficiência dos serviços, sua implementação deve ser acompanhada de uma gestão criteriosa e do cumprimento rigoroso das normas legais. A responsabilidade subsidiária e a necessidade de estratégias de gestão eficazes são essenciais para garantir a proteção dos trabalhadores terceirizados e a qualidade dos serviços prestados. Portanto, uma abordagem bem fundamentada é crucial para que a terceirização contribua positivamente para a administração pública e para a sociedade.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

This article explores outsourcing in public administration, analyzing its advantages, disadvantages, and legal and regulatory aspects. The main objective is to assess the impacts of outsourcing in terms of efficiency, costs, and quality of public services, highlighting the importance of a well-founded and responsible approach. The development of the article addresses the definition and forms of outsourcing, the historical evolution of the practice, and current legislation, with an emphasis on the main reforms and the regulatory framework, including Law No. 14,133/2021. It also examines legal aspects, such as the subsidiary liability of public agencies for the labor costs of outsourced companies and the role of court decisions in defining the responsibilities and limits of outsourcing. The conclusion highlights that, although outsourcing can offer significant benefits, such as cost reduction and improved service efficiency, its implementation must be accompanied by careful management and strict compliance with legal standards. Subsidiary liability and the need for

effective management strategies are essential to ensure the protection of outsourced workers and the quality of services provided. Therefore, a well-founded approach is crucial for outsourcing to contribute positively to public administration and society.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Subsidiary Liability.

INTRODUÇÃO

A terceirização na administração pública tem se consolidado como uma prática estratégica para otimizar a gestão de recursos e melhorar a eficiência dos serviços prestados à população. No cenário contemporâneo, onde a busca por eficiência e redução de custos é imperativa, a terceirização emerge como uma alternativa viável para governos e órgãos públicos enfrentarem os desafios de um ambiente dinâmico e complexo. Este artigo tem como objetivo analisar as perspectivas da terceirização na administração pública, explorando as vantagens, desvantagens e os principais aspectos jurídicos e regulatórios que envolvem essa prática.

A terceirização, conforme definido por Koch e Mamani (2020), refere-se à transferência de atividades meio, que não são a atividade principal do órgão, para empresas especializadas, permitindo que a administração pública se concentre em suas funções essenciais. Esse processo é acompanhado por um contrato de prestação de serviços, onde são estabelecidas as responsabilidades, obrigações e expectativas das partes envolvidas. A prática, amplamente adotada no setor privado, encontrou na administração pública um campo fértil para sua implementação, especialmente diante das crescentes demandas por serviços públicos eficientes e de qualidade.

Os objetivos deste artigo são múltiplos. Primeiramente, busca-se entender o conceito de terceirização e suas diversas formas dentro da administração pública, proporcionando uma visão clara e detalhada sobre a prática. Em segundo lugar, pretende-se analisar a evolução histórica da terceirização no setor público, destacando as principais reformas e mudanças legislativas que moldaram essa prática ao longo dos anos. Além disso, o artigo examina as vantagens e desvantagens da terceirização, avaliando seus impactos na eficiência, custo e qualidade dos serviços públicos. Por fim, serão discutidos as perspectivas futuras e os desafios que a administração pública enfrenta na implementação e gestão de contratos de terceirização.

A pergunta problema que guia este estudo é: "Quais são os principais impactos da terceirização na administração pública em termos de eficiência, custos e qualidade dos serviços prestados?" Esta questão é de extrema relevância, pois permite uma avaliação

crítica e abrangente dos efeitos da terceirização, considerando tanto os benefícios quanto os potenciais riscos e desafios associados a essa prática.

A justificativa para a realização deste estudo reside na crescente importância da terceirização como um instrumento de gestão na administração pública. Em um contexto de restrições orçamentárias e necessidade de otimização de recursos, a terceirização se apresenta como uma solução promissora para melhorar a prestação de serviços públicos. Contudo, é fundamental compreender os diferentes aspectos envolvidos nessa prática para garantir que sua implementação seja realizada de forma eficaz e responsável. Conforme destacado por Alvarenga Mizael, Glener e Chagas Murad (2020), a terceirização na administração pública deve ser conduzida com base em uma abordagem criteriosa e bem fundamentada, que leve em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também os impactos sociais e a qualidade dos serviços prestados.

Os autores Furtado et al. (2019) enfatizam a importância da gestão de contratos de terceirização como um fator crítico para o sucesso dessa prática na administração pública. A gestão eficaz dos contratos envolve a definição clara de metas e objetivos, o monitoramento constante do desempenho dos prestadores de serviços e a adoção de mecanismos de controle e avaliação que garantam a conformidade e a qualidade dos serviços terceirizados. Nesse sentido, o papel dos gestores públicos é crucial para assegurar que a terceirização contribua efetivamente para a melhoria da administração pública.

A análise das perspectivas da terceirização na administração pública requer uma abordagem multidimensional, que considere os diferentes fatores que influenciam essa prática. Um dos aspectos centrais é o marco regulatório que governa a terceirização no setor público. A legislação vigente estabelece os parâmetros e as diretrizes para a contratação de serviços terceirizados, definindo as obrigações e responsabilidades dos órgãos públicos e dos prestadores de serviços. Nesse contexto, Mizael, Glener e Murad (2020) destacam a importância de um arcabouço jurídico robusto e bem delineado para assegurar a transparência, a legalidade e a eficiência dos processos de terceirização.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Definição de terceirização

A terceirização é um fenômeno que tem se tornado cada vez mais comum e relevante tanto no setor privado quanto no setor público. Em sua essência, a terceirização envolve a transferência de determinadas atividades, que não são o core business ou

atividades principais de uma organização, para empresas especializadas na execução dessas tarefas. Conforme Cavalcante e Marcelino (2021), a terceirização pode ser entendida como uma estratégia administrativa e operacional que visa à otimização de recursos e à concentração de esforços nas atividades centrais da organização.

Os autores Cavalcante e Marcelino (2021) propõem uma definição revisitada de terceirização, destacando que essa prática deve ser vista como um processo dinâmico e multifacetado. Eles argumentam que a terceirização não se resume apenas à transferência de atividades, mas também envolve uma reestruturação organizacional que pode impactar a cultura, a estrutura e os processos internos da organização contratante. Além disso, enfatizam que a terceirização deve ser analisada em um contexto mais amplo, considerando os aspectos econômicos, sociais e jurídicos que influenciam e são influenciados por essa prática.

Druck e Oliveira (2021) trazem uma abordagem interdisciplinar ao debate conceitual sobre a terceirização, destacando a complexidade do tema. Segundo esses autores, a terceirização não pode ser compreendida apenas sob uma perspectiva econômica ou administrativa, mas deve ser analisada também sob as lentes da sociologia, do direito e da ciência política. Eles ressaltam que a terceirização envolve uma série de implicações para as relações de trabalho, a regulação jurídica e a estruturação do mercado de trabalho, o que exige uma análise que transcenda os limites de uma única disciplina.

Existem diferentes tipos de terceirização, que podem ser classificados de acordo com diversos critérios, como o escopo das atividades transferidas, a localização das empresas terceirizadas e a natureza do relacionamento entre a organização contratante e a empresa terceirizada. Uma das principais classificações envolve a terceirização de atividades meio e atividades fim. As atividades-meio são aquelas que não estão diretamente relacionadas ao core business da organização, como serviços de limpeza, segurança e manutenção. Já as atividades fim são aquelas que estão diretamente ligadas à atividade principal da organização, como a produção de bens ou a prestação de serviços específicos.

Outra classificação relevante é a terceirização doméstica versus a terceirização internacional. A terceirização doméstica ocorre quando as atividades são transferidas para empresas localizadas no mesmo país da organização contratante, enquanto a terceirização internacional, também conhecida como *offshoring*, envolve a transferência de atividades para empresas localizadas em outros países. A escolha entre terceirização

doméstica e internacional pode ser influenciada por diversos fatores, como custos, qualidade dos serviços, barreiras linguísticas e culturais, e questões regulatórias.

Koch e Mamani (2019) destacam a importância de distinguir a terceirização de outras formas de contratação, como a subcontratação e o trabalho temporário. Eles argumentam que, embora esses termos sejam frequentemente usados de forma intercambiável, existem diferenças significativas entre eles. A subcontratação envolve a contratação de outra empresa para realizar parte de um projeto ou serviço específico, enquanto o trabalho temporário se refere à contratação de trabalhadores por um período limitado de tempo para atender a necessidades temporárias da organização.

A distinção entre terceirização e subcontratação pode ser sutil, mas é importante. Na subcontratação, a empresa contratada é responsável apenas por uma parte específica do projeto, enquanto na terceirização, a empresa terceirizada assume a responsabilidade total por uma ou mais atividades, incluindo a gestão dos trabalhadores e dos processos envolvidos. Além disso, a subcontratação geralmente é utilizada em projetos de curto prazo, enquanto a terceirização tende a ser uma solução de longo prazo.

Por outro lado, o trabalho temporário é caracterizado pela contratação de trabalhadores por um período determinado, geralmente através de uma agência de empregos temporários. Esses trabalhadores temporários são contratados para atender a demandas sazonais ou picos de trabalho, e não para assumir atividades de forma permanente. Em contraste, a terceirização envolve a transferência contínua de atividades para uma empresa especializada, que assume a responsabilidade pela gestão dessas atividades de forma permanente ou por um longo período.

Druck e Oliveira (2021) argumentam que a terceirização deve ser analisada no contexto das mudanças estruturais no mercado de trabalho e nas relações de trabalho. Eles destacam que a terceirização pode levar a uma precarização das condições de trabalho, uma vez que os trabalhadores terceirizados muitas vezes enfrentam condições de trabalho inferiores às dos empregados diretos da organização contratante. Isso pode incluir salários mais baixos, menos benefícios e menor segurança no emprego. Além disso, a terceirização pode enfraquecer os laços de solidariedade entre os trabalhadores e fragmentar a força de trabalho, dificultando a organização sindical e a negociação coletiva.

No contexto da administração pública, a terceirização tem sido adotada como uma estratégia para melhorar a eficiência e reduzir custos. Koch e Mamani (2019) estudaram a terceirização na Universidade Federal Fluminense entre 2008 e 2018, e observaram que a prática foi utilizada para lidar com a escassez de recursos e a necessidade de melhorar a

qualidade dos serviços prestados. No entanto, eles também identificaram desafios e riscos associados à terceirização, incluindo a perda de controle sobre a execução das atividades e a dificuldade de garantir a qualidade dos serviços terceirizados.

A terceirização na administração pública apresenta particularidades que a diferenciam da prática no setor privado. Uma das principais diferenças é a necessidade de cumprir com requisitos legais e regulatórios específicos, que visam garantir a transparência, a *accountability* e a eficiência na utilização dos recursos públicos. Além disso, a terceirização na administração pública deve considerar os impactos sociais e econômicos das decisões de terceirização, incluindo a potencial precarização das condições de trabalho dos empregados terceirizados.

A terceirização pode oferecer uma série de benefícios para a administração pública, incluindo a redução de custos operacionais, a flexibilidade na gestão de recursos humanos e a possibilidade de focar nas atividades-fim. No entanto, é essencial que a administração pública adote uma abordagem criteriosa e bem fundamentada para a terceirização, que leve em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também os impactos sociais e a qualidade dos serviços prestados. Conforme destacado por Cavalcante e Marcelino (2021), a terceirização deve ser vista como um processo dinâmico e multifacetado, que requer uma análise cuidadosa e uma gestão eficaz para garantir seu sucesso.

A análise da terceirização deve considerar os aspectos econômicos, sociais e jurídicos que influenciam e são influenciados por essa prática. Além disso, é essencial adotar uma abordagem interdisciplinar para entender as implicações da terceirização para as relações de trabalho, a regulação jurídica e a estruturação do mercado de trabalho. No contexto da administração pública, a terceirização pode oferecer benefícios significativos, mas também apresenta desafios e riscos que precisam ser gerenciados de forma eficaz. A adoção de uma abordagem criteriosa e bem fundamentada para a terceirização é crucial para garantir seu sucesso e maximizar os benefícios para a administração pública e a sociedade como um todo.

1.2 Aspectos Jurídicos e Regulatórios

A terceirização na administração pública é uma prática amplamente adotada com o objetivo de aumentar a eficiência e reduzir os custos na prestação de serviços. No entanto, sua implementação está cercada por uma complexa teia de aspectos jurídicos e regulatórios que visam garantir a legalidade, a transparência e a proteção dos direitos dos trabalhadores envolvidos. Analisar esses aspectos é fundamental para compreender

como a terceirização pode ser conduzida de maneira ética e dentro dos parâmetros legais.

A legislação que rege a terceirização na administração pública passou por significativas mudanças nos últimos anos, especialmente com a promulgação da Lei nº 14.133/2021, que substituiu a antiga Lei nº 8.666/1993. Kabke e Villatore (2022) destacam que a nova lei trouxe uma série de inovações no tratamento da terceirização, buscando alinhar-se às necessidades contemporâneas de gestão pública e às demandas por maior eficiência e transparência. A Lei nº 14.133/2021, também conhecida como Nova Lei de Licitações, estabelece critérios mais claros e rigorosos para a contratação de serviços terceirizados, incluindo exigências de qualificação técnica e econômica das empresas prestadoras de serviços e mecanismos de controle mais eficientes.

Entre as principais mudanças introduzidas pela Lei nº 14.133/2021, destaca-se a exigência de maior rigor na fase de planejamento das contratações, com a obrigatoriedade de realização de estudos técnicos preliminares e a elaboração de um plano de gestão de riscos. Kabke e Villatore (2022) argumentam que essas exigências visam assegurar que as contratações sejam realizadas de maneira mais consciente e fundamentada, reduzindo a possibilidade de problemas durante a execução dos contratos.

Outro aspecto relevante da legislação vigente é a definição clara das responsabilidades dos órgãos públicos contratantes. Sousa (2020) destaca que, apesar da transferência de atividades para empresas terceirizadas, os órgãos públicos mantêm a responsabilidade subsidiária pelo cumprimento dos encargos trabalhistas. Isso significa que, caso a empresa terceirizada não cumpra com suas obrigações trabalhistas, os trabalhadores podem exigir que o órgão público contratante assuma essas responsabilidades. Esta responsabilidade subsidiária é uma forma de proteger os direitos dos trabalhadores e garantir que eles não fiquem desamparados em caso de inadimplência por parte da empresa terceirizada.

Além disso, a legislação impõe aos órgãos públicos a obrigação de realizar um acompanhamento rigoroso da execução dos contratos de terceirização. Campos (2022) ressalta que é essencial que os gestores públicos adotem uma postura proativa na fiscalização dos contratos, implementando mecanismos de monitoramento e controle que assegurem o cumprimento das obrigações contratuais e a qualidade dos serviços prestados. A falta de fiscalização adequada pode resultar em prejuízos significativos tanto para a administração pública quanto para os trabalhadores envolvidos.

As principais decisões judiciais sobre terceirização na administração pública têm desempenhado um papel crucial na definição dos limites e das responsabilidades dessa prática. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem reiterado a responsabilidade subsidiária do poder público, como destacado por Sousa (2020). Em várias decisões, o TST tem afirmado que, embora a terceirização seja permitida, o poder público deve garantir que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados, assumindo a responsabilidade subsidiária em caso de inadimplência dos encargos trabalhistas pela empresa terceirizada.

Uma decisão emblemática nesse sentido foi a Súmula 331 do TST, que estabelece que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, inclusive quanto aos entes da administração pública direta e indireta. Essa súmula tem sido uma referência importante para a proteção dos trabalhadores terceirizados e para a definição das responsabilidades dos órgãos públicos contratantes.

Além das questões trabalhistas, as decisões judiciais também têm abordado a importância da transparência e da eficiência na contratação de serviços terceirizados. Kabke e Villatore (2022) destacam que os tribunais têm exigido que os processos de licitação sejam conduzidos de maneira transparente e que os contratos sejam celebrados com base em critérios objetivos e claros. Isso inclui a necessidade de justificar tecnicamente a contratação de serviços terceirizados e de demonstrar que essa opção é a mais vantajosa para a administração pública.

Campos (2022) argumenta que, além dos aspectos legais e regulatórios, é essencial considerar as estratégias de gestão para assegurar que a terceirização não resulte em precarização do trabalho. Ela sugere que a administração pública deve adotar práticas de gestão flexível que promovam a valorização e a proteção dos trabalhadores terceirizados. Isso inclui a implementação de políticas de formação e capacitação, a garantia de condições de trabalho dignas e a promoção de mecanismos de participação e diálogo entre os trabalhadores, as empresas terceirizadas e os órgãos públicos.

A terceirização na administração pública, portanto, deve ser compreendida como uma prática que, embora possa trazer benefícios em termos de eficiência e redução de custos, também implica uma série de desafios e responsabilidades. A legislação vigente, com destaque para a Lei nº 14.133/2021, estabelece um conjunto de normas e procedimentos que visam garantir a legalidade, a transparência e a proteção dos direitos dos trabalhadores. No entanto, a eficácia dessas normas depende da implementação de

mecanismos de fiscalização e controle por parte dos órgãos públicos, bem como da atuação proativa dos gestores públicos na supervisão dos contratos de terceirização.

Além disso, as decisões judiciais têm desempenhado um papel fundamental na definição dos limites e das responsabilidades da terceirização na administração pública. A jurisprudência do TST, em particular, tem sido crucial para assegurar a responsabilidade subsidiária do poder público e para garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores terceirizados. No entanto, como argumenta Campos (2022), é necessário ir além das normas jurídicas e adotar estratégias de gestão que evitem a precarização do trabalho e promovam a valorização dos trabalhadores terceirizados.

1.3 Evolução Histórica da Terceirização na Administração Pública

Historicamente, a terceirização na administração pública começou a ganhar força nas décadas de 1980 e 1990, período marcado por um movimento global em direção à liberalização econômica e à redução do tamanho do Estado. Esse movimento foi motivado por uma busca por maior eficiência e redução de custos na gestão pública. Pelanda (2023) destaca que, durante esse período, muitos governos adotaram políticas de terceirização como parte de uma estratégia mais ampla de reforma administrativa, que visava à desestatização de serviços e à implementação de princípios de gestão privada na administração pública.

No Brasil, a terceirização começou a ser utilizada de maneira mais sistemática com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, embora tenha consolidado direitos trabalhistas, também abriu espaço para novas formas de gestão pública. A Constituição permitiu que o setor público contratasse serviços de terceiros para atividades que não fossem essenciais ao funcionamento das instituições estatais, o que levou à expansão da terceirização como uma prática comum na administração pública.

A Lei nº 8.666/1993, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos, foi um marco regulatório crucial para a terceirização no Brasil. Ela estabeleceu as regras para a contratação de serviços e obras pela administração pública, incluindo a contratação de empresas terceirizadas. Morais et al. (2019) apontam que essa legislação trouxe um conjunto de normas e procedimentos destinados a garantir a transparência, a legalidade e a isonomia nos processos de licitação e contratação. No entanto, a aplicação dessas normas nem sempre foi clara, especialmente no que diz respeito às responsabilidades do poder público em relação aos trabalhadores terceirizados.

Ao longo dos anos, a terceirização na administração pública foi objeto de diversas mudanças regulatórias e interpretações jurídicas. Uma das principais mudanças ocorreu

com a aprovação da Lei nº 13.429/2017, que alterou a legislação trabalhista para permitir a terceirização de atividades-fim, ou seja, aquelas atividades que estão diretamente relacionadas ao objetivo principal da organização. Santos et al. (2018) observam que essa mudança foi controversa e gerou debates acalorados sobre os possíveis impactos na qualidade dos serviços públicos e nas condições de trabalho dos empregados terceirizados.

A aprovação da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações, representou outro marco significativo na evolução da terceirização na administração pública. Pelanda (2023) argumenta que essa nova legislação trouxe inovações importantes, como a exigência de estudos técnicos preliminares e planos de gestão de riscos, com o objetivo de tornar as contratações mais transparentes e eficientes. A lei também enfatizou a importância da fiscalização dos contratos, responsabilizando os gestores públicos pela supervisão adequada dos serviços terceirizados.

Os impactos das reformas administrativas ao longo dos anos foram variados. Por um lado, a terceirização ajudou a reduzir custos operacionais e a aumentar a flexibilidade na gestão de recursos humanos. Por outro lado, também levantou preocupações sobre a precarização do trabalho e a redução da qualidade dos serviços prestados. Morais et al. (2019) destacam que, no estado do Rio de Janeiro, a gestão dos contratos de terceirização enfrentou desafios significativos, incluindo problemas de fiscalização e cumprimento das obrigações contratuais por parte das empresas terceirizadas.

A responsabilidade do poder público pela fiscalização dos contratos de terceirização e pela proteção dos direitos dos trabalhadores tem sido um ponto central nas discussões jurídicas. Pelanda (2023) enfatiza que a administração pública tem o dever de fiscalizar rigorosamente os contratos para garantir que as empresas terceirizadas cumpram suas obrigações trabalhistas. A falta de fiscalização adequada pode resultar na responsabilização subsidiária do poder público, o que significa que, em caso de inadimplência dos encargos trabalhistas pela empresa terceirizada, o Estado pode ser chamado a responder pelas dívidas trabalhistas.

Santos et al. (2018) reforçam que a responsabilidade da administração pública na terceirização vai além da mera fiscalização. Eles argumentam que é necessário criar mecanismos efetivos de controle e acompanhamento dos contratos, além de promover políticas que garantam condições dignas de trabalho para os empregados terceirizados. Isso inclui a implementação de práticas que evitem a precarização do trabalho e assegurem que os direitos dos trabalhadores sejam plenamente respeitados.

A evolução da terceirização na administração pública também refletiu mudanças nas políticas de gestão pública. Durante as décadas de 1990 e 2000, o movimento em direção à Nova Gestão Pública (*New Public Management*) incentivou a adoção de práticas de gestão privada no setor público. Essas práticas incluíam a terceirização como uma forma de aumentar a eficiência e a eficácia dos serviços públicos. No entanto, essa abordagem foi criticada por alguns especialistas, que argumentaram que a busca por eficiência muitas vezes veio à custa da qualidade dos serviços e das condições de trabalho dos empregados terceirizados.

Nos últimos anos, tem havido um esforço para equilibrar a necessidade de eficiência com a proteção dos direitos dos trabalhadores. Moraes et al. (2019) sugerem que uma gestão eficaz dos contratos de terceirização exige não apenas um rigoroso cumprimento das normas legais, mas também uma abordagem estratégica que considere os impactos sociais e econômicos das contratações. Isso inclui a avaliação contínua dos contratos, a promoção de transparência nos processos de licitação e a garantia de que as empresas terceirizadas sejam qualificadas e capazes de cumprir suas obrigações.

1.4 Vantagens da Terceirização na Administração Pública

Apesar das controvérsias e desafios, a terceirização apresenta várias vantagens que justificam sua adoção em diferentes contextos governamentais. Entre essas vantagens destacam-se a redução de custos, a flexibilidade na gestão de recursos humanos, o foco em atividades-fim e a melhoria na qualidade dos serviços.

A redução de custos é uma das principais razões que motivam a administração pública a adotar a terceirização. De acordo com Mariano (2019), a terceirização permite que o governo diminua seus gastos operacionais ao transferir a responsabilidade por determinadas atividades para empresas especializadas. Isso ocorre porque as empresas terceirizadas, ao se especializarem em determinadas áreas, conseguem realizar as atividades de forma mais eficiente e a um custo menor do que se fossem executadas diretamente pelo governo. Além disso, a terceirização elimina a necessidade de investimentos em infraestrutura, equipamentos e treinamento de pessoal, já que esses recursos são fornecidos pelas empresas contratadas.

Da Silva (2022) complementa essa análise ao destacar que a terceirização também contribui para a redução de custos indiretos associados à gestão de pessoal. Quando a administração pública terceiriza determinados serviços, ela reduz os gastos com encargos trabalhistas, benefícios e outras despesas relacionadas à manutenção de um quadro próprio de funcionários. Além disso, a terceirização pode diminuir os custos com

processos administrativos e burocráticos, uma vez que a gestão do pessoal terceirizado é de responsabilidade da empresa contratada.

A flexibilidade na gestão de recursos humanos é outra vantagem significativa da terceirização na administração pública. Mariano (2019) argumenta que a terceirização permite ao governo ajustar rapidamente sua força de trabalho de acordo com as necessidades específicas de cada momento. Em situações de aumento temporário da demanda por determinados serviços, como durante eventos ou crises, a administração pública pode contratar mais trabalhadores terceirizados sem a rigidez dos processos de contratação pública tradicionais. Essa flexibilidade é essencial para responder de forma ágil e eficiente às demandas da população.

Pereira (2021) ressalta que a terceirização também facilita a adaptação às mudanças tecnológicas e organizacionais. Em um cenário de rápidas inovações tecnológicas, a terceirização permite que a administração pública contrate empresas que já possuem expertise e infraestrutura necessárias para implementar novas tecnologias, sem a necessidade de investir em capacitação interna. Isso resulta em uma maior capacidade de inovação e modernização dos serviços públicos, contribuindo para uma administração mais eficiente e eficaz.

O foco em atividades-fim é outra vantagem importante da terceirização. Mariano (2019) destaca que, ao terceirizar atividades-meio, a administração pública pode concentrar seus recursos e esforços nas atividades-fim, ou seja, aquelas que são essenciais para o cumprimento de sua missão institucional. Por exemplo, em uma instituição de saúde pública, a terceirização de serviços como limpeza, segurança e manutenção permite que os gestores e profissionais de saúde se dediquem exclusivamente ao atendimento médico e à melhoria dos serviços de saúde oferecidos à população.

Da Silva (2022) argumenta que esse foco nas atividades-fim resulta em uma maior eficiência e eficácia na prestação de serviços públicos. Ao eliminar a necessidade de gerenciar atividades acessórias, a administração pública pode direcionar mais recursos humanos, financeiros e tecnológicos para as áreas que realmente importam para a sociedade. Isso não apenas melhora a qualidade dos serviços prestados, mas também aumenta a capacidade do governo de cumprir suas funções de maneira mais eficiente.

A melhoria na qualidade dos serviços é uma das vantagens mais significativas da terceirização na administração pública. Mariano (2019) observa que, ao contratar empresas especializadas, o governo pode garantir que os serviços sejam realizados por profissionais capacitados e experientes, o que resulta em uma maior qualidade na

execução das atividades. As empresas terceirizadas, ao se especializarem em determinadas áreas, desenvolvem expertise e práticas de excelência que muitas vezes não estão disponíveis internamente na administração pública.

Pereira (2021) destaca que a concorrência entre as empresas terceirizadas também contribui para a melhoria da qualidade dos serviços. No processo de licitação, as empresas são incentivadas a oferecer propostas que não apenas atendam aos requisitos mínimos, mas que também tragam inovações e melhorias. Essa concorrência saudável pode levar à implementação de melhores práticas e tecnologias avançadas, resultando em um serviço público de maior qualidade para a população.

Da Silva (2022) argumenta que a terceirização também pode melhorar a qualidade dos serviços por meio da implementação de mecanismos de controle e monitoramento. As empresas contratadas são frequentemente obrigadas a cumprir metas de desempenho e a passar por avaliações periódicas, o que assegura um nível consistente de qualidade. Além disso, os contratos de terceirização podem incluir cláusulas que penalizem a empresa por desempenho insatisfatório, incentivando-as a manter altos padrões de serviço.

A terceirização na administração pública, portanto, apresenta várias vantagens que a tornam uma prática atraente para governos que buscam melhorar a eficiência e a qualidade de seus serviços. A redução de custos, a flexibilidade na gestão de recursos humanos, o foco em atividades-fim e a melhoria na qualidade dos serviços são benefícios que justificam a adoção dessa prática em diferentes contextos governamentais. No entanto, é importante que a terceirização seja implementada de forma responsável, com mecanismos de controle e monitoramento adequados para garantir que os benefícios esperados sejam realmente alcançados e que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados.

CONCLUSÃO

A terceirização na administração pública, quando corretamente implementada, pode ser uma ferramenta eficaz para melhorar a eficiência e reduzir custos na prestação de serviços. Esta prática permite que os órgãos públicos concentrem seus esforços nas atividades-fim, transferindo atividades meio para empresas especializadas, o que pode resultar em ganhos de produtividade e qualidade dos serviços.

A legislação vigente, especialmente a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe avanços significativos para regulamentar a terceirização no setor público. Esta lei estabelece critérios mais rigorosos para a contratação de serviços

terceirizados, incluindo a necessidade de estudos técnicos preliminares e planos de gestão de riscos, com o objetivo de garantir que as contratações sejam realizadas de maneira transparente e eficiente. Essas mudanças visam assegurar que a terceirização contribua positivamente para a administração pública, minimizando os riscos de problemas durante a execução dos contratos.

Além disso, a legislação determina que os órgãos públicos são responsáveis subsidiariamente pelo cumprimento dos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas. Isso significa que, caso a empresa contratada não cumpra suas obrigações trabalhistas, os trabalhadores podem exigir que o órgão público assuma essas responsabilidades. Esta medida é fundamental para proteger os direitos dos trabalhadores e garantir que eles não fiquem desamparados em caso de inadimplência por parte da empresa terceirizada.

A gestão eficaz dos contratos de terceirização é um fator crítico para o sucesso dessa prática na administração pública. É essencial que os gestores públicos adotem uma postura proativa na fiscalização dos contratos, implementando mecanismos de monitoramento e controle para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais e a qualidade dos serviços prestados. A falta de fiscalização adequada pode resultar em prejuízos significativos tanto para a administração pública quanto para os trabalhadores envolvidos.

Além dos aspectos legais, é imperativo que a administração pública adote estratégias de gestão que promovam a valorização e a proteção dos trabalhadores terceirizados. Isso inclui políticas de formação e capacitação, garantia de condições de trabalho dignas e promoção de mecanismos de participação e diálogo entre os trabalhadores, as empresas terceirizadas e os órgãos públicos.

Em suma, a terceirização na administração pública pode oferecer benefícios significativos, como a redução de custos operacionais e a melhoria na eficiência dos serviços. No entanto, esses benefícios só serão plenamente alcançados com uma abordagem bem fundamentada e criteriosa, que considere não apenas os aspectos econômicos, mas também os impactos sociais e a qualidade dos serviços prestados. A adoção de boas práticas de gestão e a observância rigorosa das normas legais são essenciais para garantir que a terceirização contribua efetivamente para o aprimoramento da administração pública e para o bem-estar da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA MIZAEL, Glener; CHAGAS MURAD, Cristina Grazielle; MARCELO ANTONIALLI, Luiz. Perspectivas da Terceirização na Administração Pública na Nova Abordagem de Contratação. Teoria e Prática em Administração, v. 10, n. 1, 2020.

CAMPOS, Simone Valadares. Aspectos jurídicos e estratégicos do trabalho flexível não precarizado no serviço público. Anais do XLVI Encontro da ANPAD, 2022.

CAVALCANTE, Sávio; MARCELINO, Paula. Revisitando uma definição de Terceirização. Caderno CRH, v. 34, p. e021031, 2021.

DA SILVA, José Marconde Souza. Vantagens e desvantagens da terceirização no âmbito da administração pública brasileira. Revista Brasileira de Administração Científica, v. 13, n. 1, p. 198-211, 2022.

DRUCK, Graça; OLIVEIRA, Isabela Fadul de. O debate conceitual sobre terceirização: uma abordagem interdisciplinar. Caderno CRH, v. 34, p. e021029, 2021.

FURTADO, MADELINE ROCHA et al. Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública. 2019.

KABKE, Carolina Nobre; VILLATORE, Marco Antônio César. Uma breve análise do tratamento dispensado à terceirização na lei nº 8.666/1993 e na lei nº 14.133/2021. Ius Gentium, v. 13, n. 1, p. 141-165, 2022.

KOCH, Thaís Castro; MAMANI, Hernán Armando. A terceirização na administração pública: um estudo sobre a Universidade Federal Fluminense entre 2008 a 2018. In: Congresso Fluminense de Pós-Graduação-CONPG. 2019.

KOCH, Thaís Castro; MAMANI, Hernán Armando. Terceirização na administração pública. In: Congresso Fluminense de Pós-Graduação-CONPG. 2020.

MARIANO, Helivan Teixeira. Análise da terceirização na administração pública: vantagens e desvantagens. 2019.

MORAIS, Bárbara Oliveira de et al. Gestão dos contratos da terceirização na administração pública do estado do Rio de Janeiro. 2019.

PELANDA, Matheus de Sousa Mafra. Terceirização na administração pública: dever de fiscalização e responsabilidade subsidiária. 2023.

PEREIRA, Josian. Vantagens e desvantagens da terceirização de cargos na administração pública: um estudo de caso comparativo para cargos de natureza administrativa em dois órgãos do serviço público federal. 2021.

SANTOS, Miriam Ferreira dos et al. A responsabilidade da administração pública na terceirização. 2018.

SOUSA, Bruna Gabrielle Costa. A responsabilidade do poder público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas na terceirização na administração pública. 2020.

**CONTRATO DE FRANQUIA: UM
CONSTRUTO DO
FRANCHISING A PARTIR DA
TEORIA DOS SISTEMAS
AUTOPOIÉTICOS E DE SUA
ORGANIZAÇÃO EM FORMATO
DE REDES EMPRESARIAIS**

Arnaldo Rizzardo Filho
Raif Daher Hardman de Figueiredo

CONTRATO DE FRANQUIA: UM CONSTRUTO DO *FRANCHISING* A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E DE SUA ORGANIZAÇÃO EM FORMATO DE REDES EMPRESARIAIS

FRANCHISE AGREEMENT: A FRANCHISE ESSAY BASED ON THE THEORY OF AUTOPOIETIC SYSTEMS AND THEIR ORGANIZATION AS NETWORKS

Arnaldo Rizzardo Filho

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito Público e Doutorando em Administração de Empresas pela UNISINOS. Advogado, professor e autor.

Raif Daher Hardman de Figueiredo

Mestre em Direito Privado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Advogado.

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise da franquia empresarial enquanto negócio jurídico sistêmico e organizado em formato de rede. O estudo toma por base a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann e a concepção de rede forjada por Manoel Castells. Apresenta-se um viés multidisciplinar embasado em bibliografia econômica, organizacional, sociológica e jurídica. A análise também leva em consideração dispositivos legais do sistema jurídico brasileiro. A conclusão apontará para a necessidade de interpretação da franquia empresarial a partir de uma perspectiva principiológica baseada em sentidos coletivistas, coordenativos e colaborativos, posicionando boa-fé objetiva como principal fonte de obrigação contratual.

Palavras-chaves: Franquia empresarial; Sistema; Rede; Coletividade; Coordenação; Colaboração.

ABSTRACT

This sheet aims to analyse the franchise as a system and as a network. It is based on Niklas Luhmann's theory of autopoietic systems and Manoel Castells's concept of network. It is a multidisciplinary analysis, relying economic, sociology and law bibliography. This analysis takes into account also provisions of positive Brazilian law. Through this work, we intend to demonstrate the need to interpret the franchise from a perspective of collectivity, coordination and collaboration, bringing objective good faith to the center of contractual obligation.

Keywords: Franchise; System; Network; Collectivity; Coordination; Collaboration.

INTRODUÇÃO

De acordo com o relatório de “Desempenho do Setor de Franchising” divulgado em 30/08/2024, pela Associação Brasileira de Franchising (ABF), relacionado ao 2º trimestre de 2024, o Brasil atingiu a marca de 194.151 operações (ou unidades) franqueadas, gerando 1.674 mil empregos diretos e atingindo, no referido trimestre, o faturamento de R\$ 61.205 milhões¹. O setor de *franchising*, à exceção do primeiro ano da Pandemia de Covid-19, apresentou sucessivos aumentos de faturamento a cada trimestre, conforme se depreende do mesmo relatório².

As informações mercadológicas demonstram a relevância do setor de *franchising* para a economia (em razão do faturamento, impactando o PIB) e para a sociedade (em razão dos empregos diretos gerados). A relevância econômico-social do setor de *franchising* demonstra a importância de se compreender o funcionamento das relações contratuais das franquias empresariais enquanto sistema e rede, seja porque na prática, de fato, as redes de franquias são sistemas autopoieticos, seja porque a própria lei de franquias empresariais (Lei 13.966/19) prevê, em diversos pontos de sua redação os dois termos (rede e franquia).

De proêmio, escolhe-se a utilização da expressão “relação contratual” entre as partes porque mais abrangente e capaz de dar noção de longa duração e com diversidade de direitos e obrigações que simplesmente o termo “contrato”, mais estático e mais condizente com as economias clássicas e neoclássicas. A expressão “relação contratual”, por sua vez, inspira a ideia de movimento e é condizente com a chamada Nova Economia Institucional, que se desenvolveu no seio da chamada “sociedade em rede”³.

Assim como não há direito sem sociedade⁴, não há contrato sem relação contratual. Um contrato é estático, enquanto a relação contratual é uma operação dinâmica, continuada e propositadamente prolongada no tempo. Portanto, este trabalho será focado no significado mais apropriado dos termos “sistema” e “rede”, que estão expressamente previstos em diversos pontos da lei, mas que são pouco desenvolvidos doutrinária e jurisprudencialmente. A compreensão desses termos é essencial para o entendimento da natureza do negócio de franquia empresarial⁵.

¹ Associação Brasileira de Franchising. **Desempenho do Setor de Franchising** – 2º trimestre de 2024. Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Desempenho-do-Franchising-2T2024-V2.pdf>. Acesso realizado em: 04/10/2024.

² *Idem*.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011.

⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016.

⁵ Tanto que são expressões referidas na antiga e na nova lei de franquia empresarial.

As franquias empresariais representam redes de agentes econômicos autônomos e independentes sem relação de subordinação ou comunhão de bens que formam coletividades empresariais⁶. Por sua vez, as franquias empresariais representam sistemas interempresariais em que seus membros cooperam e se coordenam. Essas duas evidências, expressamente referidas na antiga e na nova lei de franquia empresarial, são suficientes para questionar a teoria geral das obrigações e a responsabilidade contratual.

1 FRANQUIA EMPRESARIAL ENQUANTO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

O artigo segundo da Lei nº 8.955/1994 dispunha que “*Franquia empresarial é o sistema [...]*”. O artigo primeiro da Lei nº 13.966/2019 dispõe sobre “[...] *o sistema de franquia empresarial [...]*”. O termo repete-se, ainda, no art. 2º, incisos IV e IX, alínea “a”, da Nova Lei de Franquia Empresarial. Mas o que significa o sistema para a franquia empresarial?

É de suma importância atentar-se ao fato de que “sistema de franquia empresarial”, de acordo com a interpretação da própria lei, não se confunde com o “contrato de franquia empresarial”. Conforme se extrai do art. 1º, da Lei 13.966/19, o contrato de franquia empresarial é apenas o instrumento de ingresso do franqueado na rede de franquias e que o obriga a observar a agir de forma coordenada, em congruência com as normas previstas no sistema da referida rede, sendo justamente isso que distingue aqueles que participam do sistema do restante dos demais *players* do mercado. A partir do momento que o franqueado passa a integrar um determinado sistema de franquia, passa ele a fazer parte da rede de franquias por meio da qual deve cooperar internamente, de acordo com a linguagem do sistema, para, só depois, fortalecido, competir no mercado. Trocando em miúdos, o franqueado deixa de ser um competidor isolado no livre (e, normalmente, voraz) mercado em que atua, para competir, de forma cooperativa e coletivista, com a rede de franquias (e toda a força socioeconômica que a rede lhe pode prover).

Segundo os dicionários, sistema significa uma reunião de elementos concretos e/ou abstratos que se interligam de modo a formar um todo organizado. Trata-se do modo de organização ou de estruturação administrativa, política, social ou econômica. Neste capítulo, tratar-se-á da franquia a partir da teoria dos sistemas autopoieticos, elaborada pelo jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann e seguida por inúmeros teóricos.

⁶ Ou seja, não são grupos econômicos, pois nenhum integrante da rede é sócio do outro ou tem poder de controle direto sobre o outro.

Muito embora o pensamento jurídico básico sobre os sistemas de franquia empresarial leve a crer se tratar de uma interconexão kelseniana de disposições legais e cláusulas contratuais⁷, ou seja, uma visão que parte do pressuposto de que se trata de eventos puramente jurídicos, a partir de Luhmann é possível compreender esses sistemas como uma interconexão de operações factuais de comunicação⁸. Utilizar-se-á, a partir de agora, o capítulo segundo do livro *O direito da sociedade* (2016), de Niklas Luhmann, para entender a franquia enquanto (sub)sistema social autopoietico. Outros textos, escritos por discípulos e estudiosos de Luhmann, serão utilizados para inserir os sistemas de franquia empresarial na teoria dos sistemas autopoieticos.

Uma vez que o paradigma racional luhmanniano é a operação factual, ou simplesmente um fato econômico, a estratégia de compreensão de que se tratam os sistemas de franquia empresarial é identificando as diferenças entre suas operações factuais de comunicação e as operações factuais das demais relações econômicas do sistema econômico. E, identificados os elementos operacionais que distinguem e destacam os sistemas de franquia empresarial, será possível compreender como o sistema jurídico deve recepcionar essas irritantes⁹ comunicações advindas do sistema econômico.

Em termos gerais, a sociedade é um macrosistema composto de subsistemas diversos como o jurídico, o econômico, o político, o da saúde, o da educação, dentre outros. Para facilitar o argumento, chamar-se-ão esses subsistemas simplesmente de sistemas. Cada um desses sistemas sociais fecha-se operacionalmente para distinguir-se do seu ambiente. No caso do sistema do direito, por exemplo, seu ambiente, o mundo, é composto pelos demais sistemas.

Em razão do fechamento operacional e de seu autodesenvolvimento interno, os sistemas sociais tornam-se cada vez mais complexos, e ao passo que suas operações se tornam históricas, exurgem deles novos subsistemas ou elementos sistêmicos. Trata-se da evolução dos sistemas. Considerando-se que os sistemas de franquia empresarial são

⁷ O contrato faz lei entre as partes.

⁸ A relação básica pela qual o sistema social se delimita em face do seu ambiente é a comunicacional. A sociedade enquanto sistema geral abarca todas as comunicações. O direito enquanto subsistema social abarca as comunicações jurídicas. A economia enquanto subsistema econômico abarca as comunicações econômicas.

⁹ “Irritação” é o termo técnico utilizado pelo próprio *Luhmann* em seus escritos para tratar das interferências do entorno, de forma indireta, nos sistemas autopoieticos. Dizemos que são interferências indiretas porque a elas não modificam, por si só e de forma automática, o que está no sistema, já que o sistema é autossuficiente e autorreferencial. Ou seja, o sistema apenas se é modificado de acordo com a sua própria linguagem. Dito isto, deixa-se claro aqui, o significado técnico do termo “irritação”, que será utilizado ao longo deste construto. Confira-se: *In* LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016.

(sub)sistemas do sistema da economia¹⁰, e, portanto, sendo seu ambiente composto por todo o restante do sistema econômico (além dos demais sistemas sociais), é preciso identificar o que destaca os (sub)sistemas de franquia empresarial do sistema econômico. Conforme referido acima, esse destaque se verifica nas interconexões operacionais factuais enquanto ações de comunicação operacionais. Determinadas operações são cíclicas e recursivas, e tal fenômeno se dá em razão de uma técnica racionalmente desenvolvida, como será demonstrado no item abaixo.

1.1 Fechamento operacional e autopoiese

Como pode a interconexão de operações factuais destacar sistemas no ambiente? Por meio do fechamento operacional¹¹, que internaliza um contínuo recebimento de *feedbacks* (transformação de *inputs* em *outputs*¹²) enquanto parte de uma operação maior. Os sistemas, por meio do fechamento operacional, constituem ciclos operacionais internos passando a ser um (sub)ambiente¹³.

A teoria dos sistemas autopoieticos se fundamenta na diferença entre sistema e ambiente. Os sistemas são operativamente fechados simplesmente porque utilizam suas operações para produção de mais operações, autorreproduzindo-se (autonomia, autolimitação). Trata-se do conceito de autopoiese, que posiciona ideia de constituição autorreferencial para o nível das operações elementares do sistema.

O ponto chave é que o próprio fechamento operacional permite aos sistemas se abrirem cognitivamente ao ambiente para lhe captar as irritações que reputam úteis à sua própria evolução: “[...] o sistema do direito pode levar em consideração fatos externos, mas somente como informação produzida internamente [...] Por isso, a distinção entre normativamente fechado e cognitivamente aberto é praticada somente no interior do sistema [...]”¹⁴

Em síntese: os sistemas operam estruturalmente fechados e cognitivamente abertos, e assim evoluem. E para que o fechamento ocorra, exige-se uma “codificação binária”, um esquematismo que provê um valor positivo e um valor negativo representativo da unidade do sistema. O código não é uma norma, mas, sim, a estrutura

¹⁰ Sem esquecer a ambivalência do código, conforme adverte Luhmann. In LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016.

¹¹ O fechamento operacional, para Luhmann, é um princípio, mas não um princípio normativo.

¹² Segundo Luhmann (2016, posição 1038), “[...] não existe nenhum input de comunicação jurídica no sistema do direito, pois não há absolutamente comunicação jurídica fora do sistema do direito”.

¹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 57.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 114.

de um processo autopoietico. No caso do direito, o código é lícito/ilícito; no caso da economia, lucro/prejuízo. O sistema autodesigna-se a partir de um código binário que carrega valores¹⁵.

Questiona-se, então, como os (sub)sistemas de franquia empresarial se diferenciam do sistema econômico, ou, de outra forma, como ocorre o fechamento operacional? Qual o código dos subsistemas de franquia empresarial?

1.2 O subcódigo econômico dos (sub)sistemas de franquia empresarial

Magalhães e Sanchez¹⁶, professores de economia e administração de empresas, a partir de Luhmann, tratam as redes empresariais segundo os conceitos de “organização” e “estrutura”. Sob a perspectiva autopoietica, “organização” significa relacionamentos ou rede de regras que governam relações entre os componentes do sistema. “Estrutura” significa relações entre os componentes do sistema na prática e a resolução dos constrangimentos surgidos na operação.

Zeleny¹⁷, outro professor de economia e administração de empresas, segue na mesma direção, entendendo as relações interorganizações como redes de interações, reações e processos identificados por uma organização e diferenciados por uma estrutura. Trata-se da organização de regras de coordenação para uma determinada estrutura. As regras de coordenação definem a natureza da execução recorrente da ação. A organização dirige a estrutura; a estrutura segue a organização.

A identidade ou unidade do (sub)sistema de franquia empresarial está insculpida nas relações factuais dos membros do (sub)sistema, e a teoria autopoietica identifica a organização pela sua diferença de determinada relação factual em relação ao resto, a partir de um código que representa a dicotomia entre o sistema e seu entorno, ao mesmo tempo em que representa a unidade básica das suas operações.

A diferenciação a partir do código binário é notada de fato no *modus operandi* da base estrutural da relação em rede. Com a atualização constante da operação, as redes tornam-se históricas, formando um acervo de sentidos em constante evolução. Eis como ocorrem a manutenção, com suas respectivas culturas, que ficam arraigadas no âmago de sua estrutura, bem como as evoluções dos sistemas de franquias, que ocorrem,

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016. pp. 101 e ss.

¹⁶ MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron. Autopoiesis theory and organization: an overview. In: MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron (Org.). **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, p. 3-26, 2009, p. 5.

¹⁷ ZELENY, Milan. **Human systems management: Integrating knowledge, management and systems**. World Scientific, 2005, pp. 159 e ss..

operacionalmente, por meio de sua própria linguagem, após irritações externas. A evolução do sistema permite, pois, que a rede de franquias, permaneça sempre atualizada e a par das necessidades e novidades do mercado, permitindo a manutenção ou elevação do seu grau de competitividade da rede como um todo e de cada um de seus membros.

De acordo com Feitosa, as redes substituem a *affectio societatis*, comum aos tipos gerais de contratos societários, pela *affectio cooperandi*, que envolve obrigações de cooperação, negociação, assistência e fidelidade¹⁸. As relações, ou melhor, os relacionamentos internos dos (sub)sistemas de franquia empresarial são organizados e orientados por um código, que fecha e identifica cada sistema, e reputa-se que o código dos sistemas formados pelas redes empresariais esteja identificado no binômio “relação de cooperação/relação de competição”. O que for uma “relação de cooperação” está do lado de dentro dos (sub)sistemas de franquia empresarial; o que for “relação de competição”, do lado de fora.

Obviamente que esse código é, em verdade, um subcódigo, da mesma forma que os sistemas de franquia empresarial são subsistemas ou eventos sistêmicos do sistema da economia. Emerge um paradoxo: o código “relação de cooperação/relação de competição” pressupõe o código geral do sistema econômico “lucro/prejuízo”, forjado sob as ideias de competitividade e concorrência. Ocorre que, nos (sub)sistemas de franquia empresarial, primeiramente se coopera no interior de seus sistemas para depois competir com quem está no seu exterior, ou seja, no seu ambiente.

É possível então identificar os (sub)sistemas de franquia empresarial pela autodeterminação e pela diferenciação de suas relações internas, que são cooperadas. Com isso não se está afirmando que os (sub)sistemas não possuem relações de competição. Efetivamente as têm, porém em face de suas relações externas. Entretanto são justamente as relações internas (endógenas) de cooperação que fecham e identificam os (sub)sistemas de franquia empresarial, diferenciando-os em relação ao exterior, onde só há competição. A cooperação no âmbito dos (sub)sistemas de franquia empresarial como obrigação implícita deixa de ocupar um papel subsidiário (acessório, lateral), como o ocupado nos tradicionais contratos bilaterais, para assumir o lugar de destaque nos contratos de franquia empresarial.

¹⁸ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede**. João Pessoa/PB, Editora: Verba Juris (UFPB), v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.

1.3 O acoplamento entre as autopoieses dos sistemas do direito e dos (sub)sistemas de franquia empresarial

Conforme referido no item 2.1, muito embora fenômenos e eventos autopoieticos constituam-se de operações fechadas e recursivas, possuem abertura cognitiva. Fechamento operacional não significa isolamento. A teoria autopoietica afirma a existência de relações causais entre o sistema e o entorno e que essas relações são necessárias ao sistema. Os sistemas autopoieticos dispõem de capacidade de observação, distinguindo entre a referência a si mesmo e a referência ao demais. É essa observação de segunda ordem que identifica a diferença entre o sistema e o entorno¹⁹.

Mas como é possível diferentes sistemas (direito e franquia empresarial) relacionarem-se? A resposta está no conceito de acoplamento estrutural.

Luhmann²⁰ é enfático ao afirmar que não há sistema totalmente fechado. Uma organização sistematicamente fechada não pode ser completamente fechada às perturbações, ou irritações, do seu ambiente. Organizações sistematicamente fechadas assim o são em relação à sua própria organização e estrutura. Entretanto, mantêm intensa interação com o seu ambiente e o fazem a partir de acoplamentos estruturais.

Considerando-se que os (sub)sistemas de franquia empresarial fazem parte do ambiente do sistema jurídico, e vice-versa, a abertura de cada sistema e a conexão entre eles são realizadas por meio de acoplamentos estruturais. Os acoplamentos estruturais emergem quando dois ou mais sistemas interagem, operando uma característica ou um elemento que, embora seja comum, possui significação própria para cada sistema. Acoplamentos estruturais são suposições estruturais que um sistema faz de determinadas características do ambiente. Luhmann²¹ descreve os acoplamentos como formas (que não são normativas) constituídas de dois lados (uma distinção, portanto), em que o que se inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que se exclui (o que não é acoplado). Os acoplamentos são formas que restringem o sistema, facilitando assim o controle do ambiente. A restrição é condição necessária para a redução de complexidade, e, conseqüentemente, para a construção de mais complexidade.

Uma questão social, segundo Luhmann²², está na diferenciação e no acoplamento das autopoieses de diferentes sistemas funcionais. E essa é a questão de agora. No caso dos autopoieticos (sub)sistema de franquia empresarial, buscam-se as características

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 56 e ss.

²¹ *Idem*, pp. 589 e ss.

²² *Idem*, p. 607.

ambientais e as suposições estruturais capazes de acoplá-los ao sistema do direito autopoietico. Emerge a questão dos códigos, no caso os códigos do direito e da economia e o subcódigo das redes empresariais. Luhmann²³ apresentou os códigos do direito (conforme o direito/desconforme o direito) e da economia (lucro/prejuízo). No item anterior, apresentou-se o que se acredita ser um (sub)código para dos (sub)sistemas de franquia empresarial: relação de cooperação/relação de competição, que pressupõe o (sub)código o código geral da economia.

Há uma forma que acopla, sincroniza o código do direito com o (sub)código dos (sub)sistemas de franquia empresarial; uma forma que prepara internamente o sistema jurídico para captar as irritações que os(sub)sistemas de franquia empresarial lhes causam, ao mesmo tempo que prepara os(sub)sistemas de franquia empresarial para receberem as irritações do sistema jurídico. Isso é chamado por Teubner²⁴ de evento ou uma perturbação captada pelo direito e pela economia de seus respectivos ambientes (onde os outros sistemas se localizam), e utilizada para a construção de seus próprios sistemas.

Um acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas de franquia empresarial e o sistema do direito necessita de um significado interno para ambos os sistemas, respeitando suas diferenças e ao mesmo tempo funcionando como um “recíproco funil” de concentração de irritabilidade útil. De tudo o que constitui sentido para redes como evento econômico, apenas alguns são úteis ao direito; e de tudo o que constitui sentido para redes como eventos jurídicos, apenas alguns interessam à economia. Alguns sentidos econômicos específicos dos (sub)sistemas de franquia empresarial (como aqueles que se originam do código cooperativo, por exemplo) são compartilhados com sentidos gerais jurídicos (como as disposições gerais dos contratos do Código Civil: boa-fé objetiva, probidade, função social e adesão). Concentrando esses sentidos da forma correta, é possível desenvolver sentidos jurídicos específicos para as redes.

A autopoiese ocorre porque um sistema é irritado pelo seu ambiente. Essa irritação entra nas operações do sistema irritado, constituindo novos sentidos e expectativas a cada ciclo operativo. Como explica Luhmann²⁵, os acoplamentos estruturais não se confundem com as causalidades do cotidiano. Acredita-se que os acoplamentos estruturais sirvam como verdadeiros pontos de apoio para que os sistemas sociais renovem as operações de suas próprias autoproduções rumo à evolução.

²³ Idem, pp. 606 e ss.

²⁴ TEUBNER, G. C. M. Autopoiesis and steering: how politics profit from the normative surplus of capital. In: 'T VELD, Robert et al. (Org.). **Autopoiesis and configuration theory: new approaches to societal steering**. [S.l.]: Springer, 1991. p. 127-142.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016.

Nessa perspectiva, a sociedade é considerada um sistema operacional geral e holístico, e seus subsistemas operam e interagem por meio de acoplamentos estruturais. Esses subsistemas não são demasiadamente abertos a ponto de desconstituir a autorreferência, nem demasiadamente fechados a ponto de impedir as irritações que os conectem ao mundo exterior.

Luhmann²⁶ aponta o contrato como sendo um acoplamento estrutural entre os sistemas direito e economia. Significa direitos e obrigações para o sistema jurídico e troca para o sistema econômico. O mesmo elemento possui significado diverso para cada sistema. A partir do momento em que a recíproca irritação ocorre, as operações do direito e da economia começam a se diferenciar das próprias operações passadas.

A pergunta que se ora faz é simples: o que seria capaz de ter significado comum e respectivamente diferenciado para a economia e para o direito dos (sub)sistemas de franquia empresarial, acoplando ambos e resultando na autopoiese de cada um e da sociedade em geral? Ou, nos termos de Teubner²⁷, como resolver o conflito entre as lógicas particulares de subsistemas autônomos?

1.4 A coordenação que acopla os sistemas autopoieticos do direito e dos(sub)sistemas de franquia empresarial

Teubner²⁸ aponta que a evolução do sistema econômico ocorreu pela passagem da operação pelo pagamento para a operação pela decisão, e três são os aspectos de realce:

- a regulação contextual de sistemas autônomos, no sentido de que a regulação externa de organizações complexas somente se mostra possível quando há um alto grau de autonomia interna (o que se faz com estabelecimentos de regramentos gerais para as empresas que constituem o agrupamento);

- a internalização do mercado na organização, no sentido de que a técnica da descentralização consiste na delegação de poderes de decisão para a base da organização (ou seja, a linha vertical que determina uma organização hierárquica passa a ser traçada de modo horizontal); e

- a dinâmica interna de um processo de auto-observação, no sentido de que os agrupamentos descentralizados possuem uma multiplicidade de centros observacionais

²⁶ *Idem*, pp. 606 e ss.

²⁷ TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

²⁸ *Idem*.

cujo critério de observação geral é focado no lucro global da organização como ente coletivo.

Teubner²⁹ propõe, então, a superação das teorias econômicas e políticas da empresa pela teoria autopoietica. Enquanto as teorias econômicas entendem as organizações contratuais, como as franquias empresariais, como relações entre sujeitos portadores de recursos, e as teorias políticas como organizações privadas de poder, a teoria autopoietica coloca o problema central na relação organizacional. Trata-se de uma visão que sai da tradicional perspectiva macrocorporativista e entra em uma perspectiva microcorporativista.

(Sub)sistemas de franquia empresarial são formas híbridas de organização econômica, caracterizadas por descentralização corporativa e descentralização econômico-organizacional. As operações jurídicas relacionadas devem considerar que as relações contratuais no interior dos (sub)sistemas são de articulação e coordenação de atores semiautônomos que cooperam. Trata-se de uma relação de coordenação de segunda ordem, conforme Luhmann³⁰, que aqui se identifica com governança e gestão em nível de rede.

Emerge, então, um questionamento: o que se coordena no âmbito dos (sub)sistemas de franquia empresarial? Teubner apresenta três tipos de ações sociais que são igualmente válidas: troca, concorrência e cooperação³¹. O modelo teórico tradicional, preponderantemente contratualista, dá realce à ação de troca e de concorrência. O modelo autopoietico, por sua vez, dá realce à ação cooperativa. Os reflexos dessa troca de foco são gritantes:

“[...] ao passo que a unidade básica do mercado é a transação monetária, a da organização é a decisão; ao passo que a ação no mercado vai referida primariamente nos preços, a ação da organização vai orientada por expectativas organizacionais internas; ao passo que o cálculo da ação no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização tal cálculo depende essencialmente do interesse ‘altruísta’ da própria organização.”³²

Coordenam-se, portanto, relações de cooperação entre atores autônomos que compõem (sub)sistemas de franquia empresarial. Conforme Fiani³³ e Teubner³⁴, estruturas de governança são responsáveis por fomentar a cooperação e resolver litígios. O termo

²⁹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 589 e ss..

³¹ TEUBNER, Gunther. **“Unitas Multiplex”**: a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

³² *Idem*, p. 254.

³³ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. São Paulo. Editora: Elsevier, 2011.

coordenação é aqui utilizado como sinônimo de governança e gestão. O conceito de governança relaciona-se com desenvolvimento sustentável e desburocratização estatal (privatizações). Para Rocha e Luz³⁵, governança pode ser descrita como “modelo” democrático de administração dos diversos setores da sociedade. Ela é uma forma de reação operativa que a sociedade desenvolveu no âmago de sua hipercomplexidade, sendo a *lex mercatoria* o exemplo mais notório desse novo modelo no direito.

2. FRANQUIA EMPRESARIAL ENQUANTO REDE

Além de terem os seus processos coordenados por um sistema autoiético, os sistemas de franquia empresarial estão organizados em formato de rede, mais especificamente, redes empresariais.

O inciso nono do artigo terceiro da antiga lei de franquia empresarial determinava que a circular de oferta de franquia, entregue ao pretense franqueado antes da assinatura do contrato de franquia, contivesse a relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da “rede”. No sentido literal da disposição legal, os contratantes compõem a rede.

Já a alínea *a* do inciso décimo segundo do artigo terceiro da mesma antiga lei determinava que a circular indicasse se o franqueador faria a supervisão da rede. Rede, aqui, parece significar algo concreto, passível de supervisão. Refere-se à supervisão das operações que replicam as operações padronizadas e formatadas pela franqueadora por parte dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores.

A nova lei de franquia, no inciso décimo e na alínea *b* do inciso décimo terceiro do artigo segundo, repete as previsões, acima citadas, da antiga lei, evidenciando a importância de se compreender o termo “rede” para que sejam bem compreendidas as relações de franquias e a sua respectiva forma de organização.

Pois bem, assim como se questionou, no capítulo anterior, significa o sistema para a franquia empresarial, agora se questiona, o que significa a rede para a franquia empresarial? A resposta não é simples, assim como não foi simples apresentar o significado de “sistema” para a franquia empresarial. Em nível nacional, a literatura sobre o contrato de franquia empresarial é vasta, inobstante não se encontre autor que explique o significado da rede para a franquia empresarial. E isso também se aplica à questão autopoietica discutida no capítulo anterior.

³⁴ TEUBNER, Gunther. **Networks as connected contracts**: edited with an introduction by Hugh Collins. [S.l.], Bloomsbury Publishing, 2011. e-book.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero K. Lex Mercatoria and governance. The polycontextuality between law and state. *In Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, ano 25, n. 28, 2009.

Discorrer-se-á, nas próximas folhas, o significado de “rede” para o contrato de franquia empresarial, e o pano de fundo será dado por Manuel Castells, sociólogo espanhol. Castells escreveu, na segunda metade da década de noventa do século XX, a trilogia “A era da informação: economia, sociedade e cultura, cujo primeiro volume se chama A Sociedade em rede”³⁶. Esse primeiro volume, especificamente os três primeiros capítulos³⁷ e a conclusão³⁸, será aqui utilizado para compreensão do que significa a rede para os sistemas de franquia empresarial. Literatura advinda da economia e da administração serão utilizados para adequada compreensão dos negócios de franquia empresarial enquanto rede.

Antes de continuar, importa sintetizar, em uma palavra, a ideia sobre do que se tratam as redes: coletivismo. As redes empresariais, como são as redes de franquia empresarial, são coletividades de agentes econômicos. E como visto no capítulo anterior, essa coletividade é sistematizada por relações de cooperação e coordenação.

2.1 A revolução da tecnologia da informação e a formação de redes empresariais

Desde o último quarto do século XX, vive-se um momento de transformação cultural impulsionada pelos mecanismos do novo paradigma tecnológico da informação. Esse processo de transformação tecnológica expandiu-se exponencialmente em razão da capacidade da linguagem digital em gerar, armazenar, recuperar, processar e transmitir informações de modo jamais visto. Vive-se, hoje, em um mundo digital. Trata-se do

“[...] surgimento de uma nova estrutura social, manifestada sob várias formas conforme a diversidade de culturas e instituições em todo o planeta. Essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modelo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX.”³⁹

Esse momento histórico possui a mesma importância da revolução industrial do século XVIII, por produzir um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, da sociedade e da cultura. Mas, diferentemente de qualquer outra revolução, o

³⁶ The Information Age: Economy, Society and Culture (trilogia): Vol. I. The Rise of the Network Society. The Information Age (1996; 2000) Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell; Vol. II. The Power of Identity (1997; 2004). Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell; Vol. III. (1998; 2000). End of Millennium Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell. ISBN 978-0-631-22139-5.

³⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011, pp. 87 a 266.

³⁸ *Idem*, pp. 553 a 561.

³⁹ *Idem*, pp. 72.

cerne da atual transformação refere-se às “tecnologias da informação, processamento e comunicação”⁴⁰:

“O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para geração de conhecimentos e de dispositivos e de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”⁴¹.

Dentre as principais características do novo paradigma da tecnologia da informação, destacam-se os seguintes: a informação é a matéria prima, a tecnologia da informação permite uma nova lógica organizacional em formato de rede, e a economia informacional é altamente flexível.

Para as franquias empresariais, o paradigma da tecnologia da informação importa, como evidenciam os *caputs* do artigo segundo da antiga lei e do artigo primeiro da nova lei. As franquias empresariais, além de marca e produto ou serviço, também utilizam tecnologias de implantação e administração e sistemas operacionais.

E, pensando em franquias empresariais de grande porte, como o McDonald’s, a Subway, a Benetton, a Zara ou a Cacau Show, chega-se à conclusão de que ao passo que o negócio de franquia se expande, torna-se impraticável a sua operação sem o uso de tecnologias e sistemas operacionais. Veja-se que é a tecnologia da informação que torna possível as empresas cooperarem e coordenarem-se em grandes redes de franquia empresarial. A tecnologia da informação permite a organização de atividades econômicas a partir de redes de franquia empresarial. E as redes de franquia empresarial são flexíveis, pois se não as fossem, seriam grupos econômicos, ou seja, compartilhariam patrimônio, o que não é o caso nas franquias empresariais.

2.2 A nova economia: informacionalismo, globalização, funcionamento em rede.

Castells⁴² aponta que a nova economia é informacional, global e em rede. É informacional porque produtividade e competitividade econômicas dependem da capacidade de geração, processamento e aplicação eficiente da informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas estão organizadas em escala global. E é em rede porque a produtividade e concorrência ocorrem em uma rede global de interação interempresarial.

⁴⁰ Enquanto a primeira revolução industrial é a energia a vapor, e a segunda é da energia elétrica, a terceira revolução industrial é das tecnologias da informação, processamento e comunicação.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011, pp. 88.

⁴² *Idem*, pp. 135 e ss.

As redes de franquia empresarial fazem parte, portanto, da nova economia. Com isso não se está afirmando que as redes franquias empresariais surgiram com a nova economia. Pelo contrário, elas são anteriores. Mas, de fato, só com a tecnologia da informação conseguiram organizarem-se de forma eficiente o suficiente para alcançar a escala global. Independente da lei de franquia de cada país, as redes de franquias empresariais podem estar em todos os países.

O aumento da produção representa o domínio das forças da natureza pelos indivíduos. A estrutura e a dinâmica de um determinado sistema econômico variam conforme os modelos específicos do aumento da produtividade. Para identificar a nova economia informacional, deve-se identificar as fontes de produtividade que a distinguem. Aumento da produção não resulta tão somente de adição de mão-de-obra ou de capital; existe outra a fonte, definida como sendo um “resíduo estatístico”, descrita por economistas, sociólogos e historiadores econômicos como correspondente a transformações tecnológicas. Transformações tecnológicas geram crescimento econômico e, na sociedade atual, a tecnologia da informação subjaz ao desenvolvimento econômico.⁴³

A busca pela lucratividade empresarial induz arranjos dos mais diversos tipos, criando-se e moldando-se uma nova economia global, traço mais típico do capitalismo informacional. Conseqüentemente, impacta o “gerenciamento e distribuição da produção” e o próprio “processo produtivo”. Em uma estrutura industrial, o mais importante é ocupar o maior número de territórios em todo o globo; no novo paradigma, o mais importante é posicionar a empresa na rede, ganhando vantagem competitiva em face da sua posição relativa. O surgimento da economia informacional global se caracteriza pelo desenvolvimento de uma lógica organizacional relacionada com as tecnologias.

A primeira e mais abrangente tendência da evolução organizacional é a passagem da produção em massa (norteada pela integração vertical, divisão social e técnica de trabalho) para a produção flexível, que se adequava melhor à imprevisível demanda do mercado e as transformações tecnológicas e as diversificações dos mercados. Nos negócios organizados como franquia a flexibilidade está altamente presente⁴⁴.

A segunda tendência é “[...] a crise da grande empresa⁴⁵ e a flexibilidade das pequenas e médias empresas como agentes de inovação e fontes de criação de

⁴³ *Idem*, pp. 189 e ss.

⁴⁴ *Idem*, pp. 219 e 220.

⁴⁵ Crise da produção padronizada em massa.

empregos⁴⁶". Observe-se que as unidades franqueadas nas redes de franquias empresariais são preponderantemente pequenas e médias empresas; muitas delas, inclusive, são empresas familiares.

A terceira tendência são os novos métodos de gerenciamento empresarial, chamados "toyotismo", adaptados à economia global e à produção flexível, em oposição ao "fordismo". Certo é que os arranjos de franquia empresarial necessitam de coordenação, conforme visto no item II.III acima. Mas, considerando que os membros das redes de franquia empresarial são independentes e autônomos entre si (não são grupos econômicos, conforme visto no final no último parágrafo do item III.I), e considerando que as redes de franquia empresarial não configuram relação de emprego (parte final do artigo segundo da antiga lei, e parte final do artigo primeiro da nova lei), exsurtem os novos métodos de gerenciamento empresarial, envolvendo a coordenação e cooperação de empresas independentes e autônomas. Há vasta literatura que explora justamente o tema da governança em redes de cooperação empresarial.⁴⁷

E a quarta tendência é a formação de redes de empresas, como as franquias empresariais, as representações comerciais, as distribuições, as concessões comerciais, as associações empresariais e as plataformas digitais⁴⁸. Sobre esses outros tipos análogos às franquias, também classificados como redes empresariais, vejamos a literatura especializada⁴⁹⁻⁵⁰. Brass (e outros) definem as redes como sendo um conjunto de nós e laços que representa alguma relação entre empresas. Esses nós são dados entre diferentes atores, sejam eles indivíduos, unidades de trabalho ou organizações⁵¹. Todeva e Knoke⁵² classificam essas formas em relações hierárquicas, *joint ventures*, união para investimentos de capitais, cooperativas, consórcios de pesquisa e desenvolvimento, acordos de cooperação estratégica, cartéis, franquias, licenças, redes

⁴⁶ Renascimento da produção artesanal personalizada e da especialização flexível.

⁴⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011, pp. 222 a 224.

⁴⁸ As plataformas digitais podem ser redes sociais (Instagram, Facebook), redes econômicas (Uber, AirBnb), redes consumidoras (Amazon, Alibabá), e outras mais. Está aberta a tipologia de redes que podem ser formatadas a partir de plataformas digitais.

⁴⁹ Esclarece-se que "redes empresariais" não se confunde com "redes contratuais". "Redes empresariais", terminologia utilizada por Manuel Castells (2017, p. 135), contempla um conceito mais amplo, de reunião empresarial, ou reunião de atividades empresariais. Obviamente que as "redes empresariais" são normalmente instrumentalizadas por "redes contratuais", mas nem toda a "rede contratual" constitui uma "rede empresarial", como no caso de uma *joint venture* entre duas empresas constituída por uma série de contratos de colaboração funcionalmente relacionados. Poder-se-ia dizer que a "redes empresariais" se tratam de um conceito sociológico, enquanto as "redes contratuais" um conceito jurídico.

⁵⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011, pp. 225 e 226.

⁵¹ BRASS, Daniel J.; GALASKIEWICZ, Joseph; GREVE, Henrich R.; TSAI, Wenpin. Taking stock of networks and organizations: A multilevel perspective. *In Academy of Management Journal*, [S.l.], v. 47, n. 6, p. 795-817, Nova Iorque/EUA, 2004, p. 800.

⁵² TODEVA, Emanuela; KNOKE, David. Strategic alliances and models of collaboration. *In Management decision*, v. 43, n. 1, p. 123-148, 2005.

subcontratantes, grupos de padronização industrial, grupos de ação (para lobbies e influência política) e relações de mercado.

As principais configurações de redes, segundo Balestrin e Verschoore (2008)⁵³, são as redes de fornecimentos, consórcios e redes associativas. As primeiras focam nas competências essenciais da empresa líder, ficando as atividades paralelas e complementares, como o fornecimento dos produtos ou serviços elaborados, a cargo de outras empresas com função específica para tanto. Os consórcios são uniões entre empresas para a consecução de uma atividade que não seria executada de forma individual por insuficiência técnica ou econômica. Já as redes associativas funcionam como um associativismo empresarial para fins de redução das dificuldades inerentes da economia e do mercado.

Em termos legais, há quatro contratos comerciais legislados no Brasil aptos à formatação de redes: contrato de franquia (Lei nº 13.966/2019), contrato de representação comercial e agência (Lei nº 4.886/1965 e arts. 710 a 721 do Código Civil), contrato de distribuição (arts. 710 a 721 do Código Civil), e contratos de concessão de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729/1979). Além dos contratos legislados, há inúmeros outros formatos de redes. Lembra-se que o princípio da atipicidade⁵⁴ das formas é totalmente aplicável as redes. Nesse sentido, possuem o formato de rede as plataformas digitais (plataformas de compartilhamento), os *pools* imobiliários, as associações comerciais, as *blockchains*, dentre outros.

2.3 A sociedade em rede

Castells conclui, *in verbis*, que:

“Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda estrutura social.”⁵⁵

Franquias empresariais são conjuntos de nós interconectados; são estrutura abertas que se expandem de forma ilimitada, ou seja, que integram novos nós que conseguem se comunicar dentro das redes quando compartilham os mesmos códigos de

⁵³ BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia**. Porto Alegre: Bookman, EPUB, 2008.

⁵⁴ Art. 425 do Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

⁵⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011, pp. 553.

comunicação. Redes de franquia empresarial são, portanto, conjuntos de nós independentes e autônomos interconectados por relações comerciais ou civis de cooperação ou colaboração.

As redes de franquia são apropriadas ao capitalismo⁵⁶ baseado em inovação, globalização, descentralização, flexibilização e adaptação. E as redes reorganizam, de forma drástica, as relações de poder.

3 CRITÉRIOS PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Com base nos sentidos extraídos das franquias empresariais enquanto sistemas e redes, indicam-se três pilares para a compreensão do direito aplicado: coletivismos, cooperação e coordenação.

3.1 Coletivismo

As franquias empresariais são uma rede de atores econômicos. Não há rede entre um franqueador e um franqueador. A rede de franquia é composta pelo franqueador e seus diversos franqueados. São, portanto, coletividades de atores econômicos. E essa coletividade tem razão de ser.

A rede torna a competição mais forte para quem está em seu interior em relação a quem está no seu exterior. Eficiência econômica é o motivo econômico da ação em formato de rede. A lógica está no estabelecimento de relações coletivas que resultem ganhos para todos que compõem as redes. O enfoque individualista da empresa dá lugar ao enfoque coletivista, causando uma verdadeira revolução em termos mercadológicos e administrativos. Os ganhos e os benefícios que as redes geram demonstram que esse novo modelo, coletivo, é, efetivamente, a tendência da economia atual⁵⁷.

É importante entender que as alianças entre organizações geram trocas e que essas trocas não trazem ganhos isolados, mas sim coletivos⁵⁸. Há geração de ganhos sinérgicos que podem ser tanto de caráter tangível quanto intangível. Além dos ganhos tradicionais referentes aos custos de transação, os elementos sociais e culturais podem representar ganhos intangíveis decorrentes da participação na rede interorganizacional⁵⁹.

⁵⁶ A sociedade em rede é uma sociedade capitalista.

⁵⁷ JARILLO, José Carlos. **Strategic networks**: creating the borderless organization. Oxford, Editora: Butterworth-Heinemann, 1993.

⁵⁸ CUNHA, Julio Araujo Carneiro da; PASSADOR, João Luiz; PASSADOR, Cláudia Souza. Recomendações e apontamentos para categorizações em pesquisas sobre redes interorganizacionais. In **Cadernos EBAPE.BR**, v. 9, Edição Especial, art. 4, julho/2011, p. 505-529, Rio de Janeiro, Editora: EBAPE/FGV, 2011, p. 14.

⁵⁹ ALBINO, Vito; FRACCASCIA, Luca; GIANNOCARO, Ilaria. Exploring the role of contracts to support the emergence of self-organized industrial symbiosis networks: an agent-based simulation study. In **Journal of Cleaner**

Brass (e outros) dão quatro motivos por trás das redes interorganizacionais: adquirir recursos, reduzir a incerteza, melhorar a legitimidade e atingir metas coletivas⁶⁰. Balestrin e Verschoore também citam como principais objetivos das redes “[...] acessar recursos, exercer assimetria de poder, buscar reciprocidade, ganhar eficiência, alcançar estabilidade, conquistar legitimidade, obter flexibilidade, entre outros”⁶¹. Segundo Locke, as redes alcançam seus objetivos a partir do campo organizacional. Elas reúnem atributos que permitem uma ação mais forte no ambiente competitivo, em uma estrutura dinâmica. Essa ação é uniforme entre os participantes, porém descentralizada e flexível, possibilitando o ganho de escala a partir união⁶².

Esse, portanto, é o primeiro ponto de destaque. As franquias empresariais são redes empresariais compostas de diversos atores econômicos e, muito embora a contratação se dê apenas entre franqueador e franqueados individualmente considerados, ou seja, muito embora os franqueados não contratem entre si, conforme refere Teubner em todo o capítulo quinto do seu livro “Networks as Connected Contracts: Edited with an Introduction by Hugh Collins”⁶³, há, no interior das redes, uma responsabilidade transversal de todos para com todos.

3.2 Cooperação

Como já mencionado adrede, pode-se dizer que as redes substituem a *affectio societatis*, comum aos tipos gerais de contratos societários, pela *affectio cooperandi*, que envolve obrigações de cooperação, negociação, assistência e fidelidade⁶⁴.

É possível identificar as organizações em rede pela autodeterminação e pela diferenciação de suas relações internas, que são cooperadas. Com isso não se está afirmando que as redes não têm relações de competição. Efetivamente as têm, porém em face de suas relações externas. Mas são justamente as relações internas (endógenas) de cooperação que fecham e identificam os sistemas das redes, diferenciando-as em relação ao exterior, onde só há competição.

Production, v. 112, part 5, p. 4353-4366, 2016, p. 4-5.

⁶⁰ BRASS, Daniel J.; GALASKIEWICZ, Joseph; GREVE, Henrich R.; TSAI, Wenpin. Taking stock of networks and organizations: A multilevel perspective. *In Academy of Management Journal*, [S.l.], v. 47, n. 6, p. 795-817, Nova Iorque/EUA, 2004, p. 802.

⁶¹ BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia**. Porto Alegre: Bookman, 2008.

⁶² LOCKE, Richard M. Construindo confiança. *In Economica*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 253-281, 2001.

⁶³ TEUBNER, Gunther. **Networks as connected contracts**: edited with an introduction by Hugh Collins. [S.l.], Bloomsbury Publishing, 2011. e-book.

⁶⁴ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede**. João Pessoa/PB, Editora: Verba Juris (UFPB), v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.

A cooperação no âmbito das redes empresariais enquanto obrigação implícita deixa de ocupar um papel subsidiário (anexo), como o ocupado nos contratos bilaterais e instantâneos, para assumir o lugar de destaque nos contratos de rede (coletivos e relacionais), conforme destaca Macedo Junior⁶⁵. Significa uma nova perspectiva teórica para a interpretação dos contratos que formam redes empresariais.

3.3 Coordenação

A coordenação das redes é apontada como o principal fator de determinação do sucesso organizacional, o que a coloca em uma posição jurídica obrigacional. A partir de técnicas próprias para o nível de rede, o gestor tem a obrigação de identificar e tratar os interesses, as dificuldades e as preocupações dos demais atores, criando a unidade do ente coletivo.

A coordenação das redes envolve a adoção de instrumentos contratuais e mecanismos que regulamentam, protegem e estabilizam a ação coletiva. Esses instrumentos e mecanismos são complexos e formatam a abertura do sistema para o seu ambiente, onde enfrentará a contingência econômica e captará o que lhe é útil para seguir evoluindo⁶⁶.

O resultado esperado da coordenação é a identificação exata dos interesses coletivos das redes, que pressupõem os interesses individuais de seus associados. Conforme Bakken, Hernes e Wiik, a coordenação de uma rede deve fomentar os benefícios que a estratégia coletiva tem a potencialidade de gerar, pois é justamente pelos benefícios que representam que as redes são modelos de ação econômica⁶⁷.

Provan e Kenis analisam a coordenação (governança, gestão) das redes organizacionais e o seu impacto sobre a eficácia do empreendimento coletivo. As vantagens da coordenação são imensuráveis, incluindo, por exemplo, a aprendizagem reforçada, o uso mais eficiente dos recursos, o aumento da capacidade para planejamento de ações e resolução de problemas, e a maior capacidade competitiva⁶⁸.

Acredita-se que a governança ou coordenação ou gestão das redes seja obrigada a manter a estabilidade e promover o fomento das organizações interempresariais, e essa

⁶⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁶⁶ ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (Orgs.). **Práticas de gestão de redes de cooperação**. São Leopoldo, Editora: Unisinos, 2010.

⁶⁷ BAKKEN, Tore; HERNES, Tor; WIJK, Eric. Chapter 4: Innovation and Organization: An Overview From the Perspective of Luhmann's Autopoiesis. *In* **Advanced Series in Management**, v. 6, p. 69-88, 2009.

⁶⁸ PROVAN, Keith G.; KENIS, Patrick. Modes of network governance: Structure, management, and effectiveness. *In* **Journal of public administration research and theory**, Oxford, Editora: Oxford University Press, v. 18, n. 2, p. 229-252, 2008.

obrigação tem sentido em face da diferença com que as redes se destacam em face do sistema econômico geral.

Trata-se de uma obrigação que possui função estrutural⁶⁹ certa no evento; a coordenação representa, ao mesmo tempo, condição técnica para a economia das redes, e obrigação jurídica para o direito das redes. Estruturas de governança fomentam relações de cooperação e resolvem litígios⁷⁰, sendo o elemento acoplador entre o sistema jurídico e os sistemas de cada rede empresarial.

CONCLUSÃO

Franquias empresariais são sistemas de cooperação e coordenação interempresariais. Redes de franquias são coletividades empresariais. Essa tríade - coletivismo, cooperação e coordenação - possui relevância jurídica. Veja-se que a teoria geral de direito das obrigações, inclusive insculpida no Código Civil, foi prototipada a partir de dois modelos contratuais, a compra e venda e a prestação de serviços, que originam obrigações de dar e fazer, respectivamente. Ocorre que, nos negócios de franquia empresarial, na relação entre franqueador e franqueados e entre franqueados entre si, não há uma obrigação de dar ou fazer. Entre eles não há compra e venda ou prestação de serviço, ou, mesmo que haja, não se tratam das principais obrigações da relação contratual. As principais obrigações da relação contratual de franquia empresarial são as obrigações de cooperar e coordenar, cuja fonte legal são os princípios da probidade e da boa-fé objetiva contratual.

Com isso, afirma-se que as principais obrigações do negócio de franquia empresarial são aquelas tradicionalmente tidas como obrigações anexas e laterais⁷¹, oriundas de princípios e cláusulas gerais dos contratos. Coordenação e cooperação encontram-se inseridas nos princípios e cláusulas gerais da probidade, boa-fé objetiva e função social do contrato (artigos 421, 421-A e 422 do Código Civil).

Coletivismo, por sua vez, está inserida nas cláusulas gerais de proteção ao aderente (artigos 423 e 424 do Código Civil). Veja-se que a grande maioria das franquias

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016.

⁷⁰ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. São Paulo. Editora: Elsevier, 2011.

⁷¹ As obrigações principais, segundo o Código Civil, são de dar e fazer (não fazer). Obrigação de dar, segundo a doutrina, trata-se de entregar algo que, na maioria das vezes, é vendido. Corresponde, genericamente, portanto, a um contrato de compra e venda. Obrigação de fazer, por sua vez, compreende a ideia de prestar um exercício, um serviço. Corresponde, também genericamente, a um contrato de prestação de serviço. A doutrina, por sua vez, reconhece a existência de deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação (cooperação) e de deveres laterais (proteção). Segundo Martins-Costa (2015, pp. 219 e ss), a boa-fé gera deveres anexos (cooperação) e deveres laterais (proteção) aos deveres principais.

empresariais são formatadas por contratos de adesão. E nem podia ser diferente, pois uma franquia empresarial depende da padronização. A padronização, inclusive, garante paridade entre os membros das redes de franquia, pois, em princípio, todos devem ser tratados iguais.

Veja-se que não é preciso uma revolução teórica para dar o tratamento jurídico adequado às franquias empresariais. Basta entender que um negócio de franquia empresarial não pode ser tratado como se fosse uma simples compra e venda ou uma prestação de serviço. As franquias empresariais são mais complexas, envolvem sentidos diversos do tradicionais para as relações contratuais.

O individualismo e a competitividade das relações econômicas cedem lugar para o coletivismo e a cooperação. Exsurge um novo sentido, que não estava presente no paradigma dos tradicionais contratos de compra e venda e prestação de serviços, a coordenação, pois coletividades empresariais não cooperam aleatoriamente.

Esses sentidos jurídicos para as franquias empresariais são encontrados nas cláusulas gerais dos contratos no Código Civil. Todavia, é de suma importância, para o ideal funcionamento do tipo contratual da franquia e demais contratos empresariais em rede, que a boa-fé seja trazida, em todos os seus aspectos e de forma amplificada, ao centro da solução das questões que se apresentarem. Entende-se que este é o caminho interpretativo a ser tomado pelo jurista que se depara com os contratos de franquias.

REFERÊNCIAS

ALBINO, Vito; FRACCASCIA, Luca; GIANNOCARO, Ilaria. Exploring the role of contracts to support the emergence of self-organized industrial symbiosis networks: an agent-based simulation study. *In Journal of Cleaner Production*, v. 112, parte 5, p. 4353-4366, 2016.

ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (Orgs.). **Práticas de gestão de redes de cooperação**. São Leopoldo, Editora: Unisinos, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Desempenho do Setor de Franchising** – 2º trimestre de 2024. Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Desempenho-do-Franchising-2T2024-V2.pdf>. Acesso realizado em: 04/10/2024.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia**. Porto Alegre: Bookman, EPUB, 2008.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato; REYES JUNIOR, Edgar. O campo de estudo sobre redes de cooperação interorganizacional no Brasil. *In RAC-Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, 2010.

BALESTRIN, Alsones. Uma análise da contribuição de Herbert Simon para as teorias organizacionais. *In Revista Eletrônica de Administração*, v. 8, n. 4, 2002.

BAKKEN, Tore; HERNES, Tor; WIJK, Eric. Chapter 4: Innovation and Organization: An Overview From the Perspective of Luhmann's Autopoiesis. *In Advanced Series in Management*, v. 6, p. 69-88, 2009.

BRASS, Daniel J.; GALASKIEWICZ, Joseph; GREVE, Henrich R.; TSAI, Wenpin. Taking stock of networks and organizations: A multilevel perspective. *In Academy of Management Journal, [S.l.]*, v. 47, n. 6, p. 795-817, Nova Iorque/EUA, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.866, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6729.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo, Editora: Paz e Terra, 2011.

CUNHA, Julio Araujo Carneiro da; PASSADOR, João Luiz; PASSADOR, Cláudia Souza. Recomendações e apontamentos para categorizações em pesquisas sobre redes interorganizacionais. *In Cadernos EBAPE.BR*, v. 9, Edição Especial, art. 4, julho/2011, p. 505-529, Rio de Janeiro, Editora: EBAPE/FGV, 2011.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede**. João Pessoa/PB, Editora: Verba Juris (UFPB), v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. São Paulo. Editora: Elsevier, 2011.

JARILLO, José Carlos. *Strategic networks: creating the borderless organization*. Oxford, Editora: Butterworth-Heinemann, 1993.

MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron. Autopoiesis theory and organization: an overview. In: MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron (Org.). **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, p. 3-26, 2009.

LOCKE, Richard M. Construindo confiança. *In* **Economica**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 253-281, 2001.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e proteção do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PROVAN, Keith G.; KENIS, Patrick. Modes of network governance: Structure, management, and effectiveness. *In* **Journal of public administration research and theory**, Oxford, Editora: Oxford University Press, v. 18, n. 2, p. 229-252, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero K. Lex Mercatoria and governance. The polycontextuality between law and state. *In* **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, ano 25, n. 28, 2009.

TEUBNER, G. C. M. Autopoiesis and steering: how politics profit from the normative surplus of capital. In: 'T VELD, Robert et al. (Org.). **Autopoiesis and configuration theory: new approaches to societal steering**. [S.l.]: Springer, 1991. p. 127-142.

TEUBNER, Gunther. "**Unitas Multiplex**": a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Networks as connected contracts**: edited with an introduction by Hugh Collins. [S.l.], Bloomsbury Publishing, 2011. e-book.

TODEVA, Emanuela; KNOKE, David. Strategic alliances and models of collaboration. **Management decision**, v. 43, n. 1, p. 123-148, 2005.

ZELENY, Milan. **Human systems management: Integrating knowledge, management and systems**. World Scientific, 2005.

**DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA
DE GÊNERO E SUAS
IMPLICAÇÕES
SOCIOJURÍDICAS: POLÍTICAS
PÚBLICAS SALVAM VIDAS!**

Alice Bianchini

DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOJURÍDICAS: POLÍTICAS PÚBLICAS SALVAM VIDAS!

Alice Bianchini

Doutora em Direito penal pela PUC/SP. Vice-Presidenta da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas; Coordenadora da Pós-Graduação Direito das Mulheres (meucurso.com.br). Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros, dentre eles: Manual de Direito Eleitoral e Gênero: Aspectos Cíveis e Criminais, Juspodivm, 2ª edição, 2024; Crimes contra mulheres, Juspodivm, 6ª edição, 2024; Crimes contra Crianças e Adolescentes, Juspodivm, 3ª edição, 2024; Lei Maria da Penha, Tirant, 2021; Feminismo (s), em coautoria com Sílvia Pimentel, Matrioska, 2ª edição, 2024. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade - PUC/SP. Conselheira do Notório Saber do CNDM. Ministra cursos de capacitação para profissionais do direito sobre práticas da Lei Maria da Penha, perspectiva de gênero e violência contra mulheres.

INTRODUÇÃO

Se a Constituição de 1988, ao determinar a igualdade de direitos e obrigações entre os sexos, eliminou formalmente do campo jurídico empecilhos à consolidação da paridade de gênero, tal conquista não se tem efetivado no plano concreto. Como anunciou o secretário-geral da ONU, António Guterres, serão necessários 300 anos para alcançar a igualdade de gênero. Para ele, uma das principais metas é fazer frente ao patriarcado.⁷²

Ademais, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mesmo tendo um nível escolar melhor, as mulheres brasileiras lideram as taxas de desemprego e ganham menos que os homens.⁷³

Mais uma notícia preocupante: quase 90% da população mundial tem algum tipo de preconceito contra as mulheres, sendo que 87% das pessoas entrevistadas eram mulheres e 90%, homens. É o que mostra um estudo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), feito em 80 países⁷⁴, ao analisar quatro dimensões

⁷² Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/03/igualdade-de-genero-precisara-de-300-anos-para-ser-alcancada-diz-secretario-geral-da-onu.shtml#:~:text=Declara%C3%A7%C3%A3o%20abriu%20reuni%C3%A3o%20de%20comiss%C3%A3o,da%20mulher%2C%20em%20Nova%20York&text=O%20secret%C3%A1rio%2Dgeral%20da%20ONU,preciso%20fazer%20frente%20ao%20patriarcado>.

⁷³ Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/opiniao/2020/12/4896375-a-busca-pela-equidade-de-genero.html#google_vignette

⁷⁴ Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/12/no-brasil-845percent-das-pessoas-tem-pelo-menos-um-tipo-de-preconceito-contramulheres-diz-pesquisa-da-onu.ghtml?fbclid=IwAR2xTSDQc9dhYL2eXvMUUY7tE-EwWNVuzrHOnGO_d6L4PKegZupff9JhJac

sobre preconceito de gênero que afeta meninas e mulheres: econômica, educacional, saúde e política.

No Brasil, o total de pessoas com ao menos um preconceito contra as mulheres chega a 84,5%.

Os índices no Brasil são decepcionantes. Quando se fala em integridade física, considerando a violência íntima e o direito à decisão de querer ou não ter filhos, por exemplo, 75,56% dos homens apresentam algum preconceito. Em relação às mulheres, o percentual é praticamente o mesmo.

Ao todo, cerca de 40% das pessoas entrevistadas no Brasil acham que mulheres não são boas políticas no desempenho das funções. 31% acreditam que homens fazem melhores negócios ou têm mais direito ao trabalho.

Apenas 9,59% das entrevistadas acreditam que a universidade é mais importante para o homem do que para a mulher. Ainda assim, uma porcentagem desoladora.

Um pequeno avanço: houve aumento no número de pessoas entrevistadas sem quaisquer preconceitos com as mulheres: 15,5% atualmente, sendo que em 2012 eram 10,2%.⁷⁵

Observa-se, pelos dados acima compilados, que ainda permanece em nossa sociedade a ideia circulante que sustenta a “natural” aptidão dos homens para o comando, para o destino das coisas privadas e públicas, para as decisões relevantes que envolvem o destino da nação e que dizem com a sociedade ou a família, por conta de características consideradas a eles inerentes e que são vistas como mais adequadas para as ações de comando.

O presente artigo objetiva, ao tratar das desigualdades e do quanto elas conduzem à violência de gênero, servir de instigação para a implementação de práticas transformadoras, partindo do princípio de que a igualdade entre homens e mulheres não é um favor, é um direito constitucional e convencional.

1 DESIGUALDADE DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará -, adotada no ano de 1994, prevê, em seu preâmbulo, que, “a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

⁷⁵ Disponível em: https://hdr.undp.org/content/2023-gender-social-norms-index-gsni?_gl=1*1a0q1cq*_ga*MjA2Njc3MTguMTY4NjY2ODE3NA..*_ga_3W7LPK0WP1*MTY4NjY2ODE3My4xLjEuMTY4NjY2ODE3MC41Ny4wLjA.&fbclid=IwAR2UHkZnre3RJGm2gVS4M6poik3HE31AHknC1dEjfjOBmMn-RmqOdh1XBIZ4#/indicies/GSNI

Tal equação foi muito bem lembrada no Pacto Nacional de Prevenção aos Femicídios – Decreto 11.640, de 16 de agosto de 2023, quando, já em seu primeiro artigo, enuncia:

Art. 1º Fica instituído o Pacto Nacional de Prevenção aos Femicídios, com o objetivo de prevenir todas as formas de discriminação, misoginia e violência de gênero contra as mulheres por meio da implementação de ações governamentais intersetoriais, da perspectiva de gênero e de suas interseccionalidades.

Parágrafo único. As ações governamentais do Pacto Nacional de Prevenção aos Femicídios serão implementadas com vistas a prevenir as mortes violentas de mulheres em razão da **desigualdade de gênero** e garantir os direitos e o acesso à justiça às mulheres em situação de violência e aos seus familiares. (grifou-se)

Ademais, o Pacto, em seu art. 4º, ao especificar a prevenção primária como um de seus eixos estruturantes, faz referência explícita às relações de igualdade de gênero. Confira-se:

Art. 4º São eixos estruturantes do Pacto Nacional de Prevenção aos Femicídios:
I - prevenção primária - ações planejadas para evitar que a violência aconteça e que visem a mudança de atitudes, crenças e comportamentos para eliminar os estereótipos de gênero, promover a cultura de respeito e não tolerância à discriminação, à misoginia e à violência com base no gênero e em suas interseccionalidades, e para construir **relações de igualdade de gênero**, envolvidas as ações de educação, formal e informal, com a participação de setores da educação, da cultura, do esporte, da comunicação, da saúde, da justiça, da segurança pública, da assistência social, do trabalho e do emprego, dentre outros; (grifou-se)

Os índices de violência contra a mulher além de configurar uma triste realidade, traz consequências também à plasticidade do cérebro das mulheres. É o que mostra um estudo coletivo feito por pesquisadores brasileiros e de todos os cantos do mundo, publicado agora em maio na revista científica *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS).⁷⁶

Intitulado “A desigualdade de gênero, a nível de país, está associada a diferenças estruturais nos cérebros de mulheres e homens” – na tradução literal para a Língua Portuguesa –, o estudo considerou 139 amostragens de 29 países. Ao todo, foram

⁷⁶ Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2218782120?fbclid=IwAR0y8a5AzF9Bo39kJFnbvwpdGovLrDAASPQT0sypJM6J-TeQpBkvp23S08#:~:text=The%20results%20show%20that%20country,thickness%20of%20the%20right%20hemisphere>

estudados 4.078 exames de ressonância magnética de mulheres adultas; os homens totalizaram 3.798.

Entre as conclusões está o fato de que, em países em que as mulheres vivenciam mais desigualdades sociais, o córtex cerebral – responsável por funções como pensamento, julgamento e linguagem – das mulheres tem menor espessura quando comparado aos dos homens. Há também alteração anatômica do sistema límbico.

De conformidade com Ligia Moreiras, “se lembrarmos que um dos principais papéis do sistema límbico é a regulação do comportamento emocional, fica fácil entender o impacto disso: maior experiência de sofrimento emocional e piora no estado de saúde mental nas mulheres”.

Em seu texto, a doutora em Ciências ainda diz que “não é coincidência o fato de que condições patológicas como a depressão e o transtorno de estresse pós-traumático também estejam associados a essas mesmas alterações”. Ela comenta isso após apresentar outro resultado da pesquisa: as regiões cerebrais das mulheres “mais alteradas são aquelas que comandam o desenvolvimento de resiliência à adversidade e que reagem a condições sociais negativas”.

Este estudo é fundamental para compreender os impactos brutais da desigualdade entre homens e mulheres. Nos sinaliza ainda que devemos lutar pelo fim das diferenças de gênero e, conseqüentemente, nos engajarmos pelo enfrentamento às violências contra as mulheres. Dentre as bandeiras a serem levantadas, podemos citar a busca pela justa divisão social do trabalho, tema a ser abordado a seguir.

2 DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: IMPACTO NA SUB-REPRESENTAÇÃO E NA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA DAS MULHERES

90% das(os) brasileiras(os) acham importante para a democracia existir equidade entre homens e mulheres no Congresso Nacional — enquanto 8% é contra. É o que mostra a pesquisa “A cara da democracia”, do Instituto da Democracia (IDDC-INCT) com financiamento do CNPq, Capes e Fapemig.⁷⁷

No entanto, o cenário que temos é completamente diferente. As mulheres são 12,3% do Senado e 17,7% na Câmara Federal, o que nos mostra uma distância

⁷⁷ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/pulso/post/2023/09/enquanto-partidos-tentam-mudar-a-lei-90percent-dos-brasileiros-defendem-equilibrio-entre-homens-e-mulheres-no-congresso.ghtml?fbclid=IwAR0nex4LIKj6eeGVGZlra4rovLqPxIfbreyhluqOzhYvniZPnvyYwzfclk>
A pesquisa ouviu mais de 2.500 pessoas em 167 cidades, entre 22 e 29 de agosto de 2023. A margem de erro é de dois pontos percentuais para mais ou menos.

considerável para a equidade de gênero. Situação que é ainda pior quando se trata das assembleias legislativas e câmaras municipais.

De acordo com o Fórum Econômico Mundial, no relatório global de desigualdade de gênero de 2022, que reúne 146 nações, o Brasil ocupa o 94º lugar. Para chegar aos resultados, o relatório considera disparidades salariais, saúde, educação e empoderamento político. Veja-se alguns detalhes deste último segmento:

— A Islândia tem 69 pontos percentuais acima da média global (21,1%) quando o assunto é ocupação de espaços políticos por mulheres.

— Só 12 países pontuam acima de 50% de paridade: Islândia, Noruega, Nova Zelândia, Finlândia, Alemanha, Nicarágua, Bangladesh, Moçambique, Ruanda, Costa Rica, Suécia e Chile.

— Os países com pouquíssima paridade de gênero na política são Mianmar (4,7%), Nigéria (4,1%), Irã (3,1%), Líbano (2,1%), Vanuatu (0,6%) e Afeganistão (0%).

— Apenas Islândia e Bangladesh têm mulheres ocupando cargos políticos altos há mais anos que os homens.

— As mulheres não são chefes de estado, nas últimas cinco décadas, em 67 países.

— Albânia, Finlândia e Espanha (juntos a 8 outros países) saem na frente quando o assunto é maioria de ministras mulheres: 50% ou mais de representação.

— Azerbaijão, Arábia Saudita e Líbano não têm nenhuma ministra mulher.

Essas informações mostram dois extremos: o interesse por equidade nos espaços de poder e decisão, e a pouca presença delas nas cadeiras legislativas.

O Brasil carece de políticas públicas para promover a ascensão das mulheres na sociedade, diminuindo assim a desigualdade de gênero. Existem, claro, legislações bem-intencionadas, como a que define o percentual mínimo de 30% de mulheres candidatas — ou a legislação que determina o mínimo de 30% dos recursos para candidaturas delas.

No entanto, o que se vê são sucessivas burlas, seja no sentido de praticar irregularidades no cumprimento das normas (candidaturas “laranjas”, repasse de verbas nos dias finais da campanha etc.), seja no sentido de não se responsabilizar o partido que as descumpriu (ver a EC 117/2022 que anistiou os partidos políticos em relação ao não cumprimento das ações afirmativas referentes às candidaturas femininas⁷⁸).

⁷⁸ Ementa Constitucional 117/2022

Art. 3º Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.

Ademais dos números assustadores de sub-representação da mulher na política, há, também, uma enorme violência política de gênero que incide tanto contra as mulheres que tentam entrar na política, quanto em relação àquelas que possuem um mandato, tema que foi tratado pela Lei 14.192/2021.⁷⁹ Tal violência tem afastado candidaturas femininas, bem como a decisão de prosseguir na política, no caso das que foram eleitas.

A pesquisa “A cara da democracia”, antes mencionada, ainda questionou aos entrevistados a definição de feminismo. Do total, 42% disseram que é a luta das mulheres por direitos, enquanto 32% afirmaram ser um movimento para igualdade entre homens e mulheres.

E essa igualdade - há tanto tempo buscada pelo feminismo - deve ser encontrada também dentro dos lares. Mulheres dedicam quase o dobro do tempo que homens aos afazeres domésticos e/ou cuidados de pessoas. É o que mostra a Pnad Contínua – Outras formas de trabalho, uma pesquisa do IBGE feita a partir de entrevistas com pessoas acima dos 14 anos.

Em 2022, as mulheres destinaram 21,3 horas semanais a isso. Os homens, em contrapartida, dedicaram apenas 11,7 horas. O cenário piora: o estudo mostra que 86% das mulheres entre 14 e 24 anos cuidam dos afazeres da casa, enquanto os homens – na mesma faixa etária – são apenas 69%.

Mais dados:

- 92% das mulheres brasileiras se dedicaram a isso em 2022; eles foram 81%.
- Homens dedicam tempo a estas tarefas quando moram sozinhos. Elas, em contrapartida, quando dividem a casa.
- As mulheres se sobressaem no preparo de alimentos e lavagem de louça, cuidado com roupas, limpeza/arrumação da residência, pagar contas (contratar serviços e orientar empregados também), fazer compras e cuidar dos pets. Os homens só se destacam em uma atribuição: fazer reparos ou manutenção.

Quando há recorte por raça, os números também assustam. Mulheres pretas (38%) são as que mais cuidam de outras pessoas, seguidas por mulheres pardas (36,1%).⁸⁰

Essas informações nos mostram a disparidade gigantesca nas divisões de trabalho doméstico e de cuidados. A carga é claramente desproporcional e recai sobre as

⁷⁹ De acordo com sua ementa, a Lei 14.192/2021: Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais.

⁸⁰ Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/refens-da-vida-domestica/?fbclid=IwAR2KcsUSa65V4rPspc-iLFeCY_PK31B_ufV7hhGZ-TkFkUx02NcJyGfHwFo

mulheres (principalmente as mais jovens e negras). Isso reflete significativamente em oportunidades de educação, carreira e bem-estar, que passam a ser afetadas pelo tempo direcionado ao lar e aos cuidados de outras pessoas.

Voltando os olhos para a questão da violência de gênero, convém ressaltar que a condição econômica da vítima tem sido apontada por elas como motivo para permanecer no relacionamento violento. É o que mostra a Pesquisa DataSenado sobre “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, de novembro de 2023⁸¹, que identifica os motivos pelos quais as mulheres não fizeram nada em relação à violência. Com o mesmo percentual de 23% aparecem as duas principais motivações:

- depender financeiramente do agressor
- preocupação com a criação dos filhos.

É importante que os homens se sensibilizem sobre a importância da participação deles nos afazeres domésticos, bem como dos impactos negativos que a desigualdade exerce na vida das mulheres. É preciso que colaborem, dividam igualmente as tarefas e estimulem modelos de comportamento igualitários entre filhos(as), caso queiram/necessitem a ajuda das crianças e adolescentes — desde que não atrapalhe, é claro, o estudo e bem-estar destes.

Sem contar que, conforme pesquisa realizada por 26 anos na Suécia⁸², o homem que lava a louça é mais feliz! O estudo conclui que a divisão das tarefas entre o casal, torna o ambiente mais agradável, equilibrado e colaborativo, influenciando, diretamente, na qualidade de vida do casal.

O impacto dos afazeres domésticos no mercado de trabalho da mulher foi objeto de estudo da estadunidense Claudia Goldin, que venceu o Prêmio Nobel de Economia de 2023, por suas pesquisas sobre mulheres no mercado de trabalho. A professora da Universidade de Harvard é a 3ª mulher a vencer a premiação desde 1969.

Claudia Goldin tem 77 anos, é PhD pela Universidade de Chicago e codiretora do Grupo de Estudos sobre Gêneros na Economia do *National Bureau of Economic Research* (NBER).

Para a pesquisa, Claudia analisou 200 anos de dados sobre a participação das mulheres no mercado de trabalho dos Estados Unidos. Ela acreditava que haveria uma crescente, mas percebeu um gráfico em U — perpassa a sociedade agrária, a industrial e

⁸¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/pesquisa-nacional-de-violencia-contra-a-mulher-datasenado-2023>. Acesso em 25 out 2024.

⁸² Disponível em: https://exame.com/casual/homem-que-lava-louca-e-mais-feliz-diz-pesquisa/?fbclid=IwAR0_nG1YWqqAnfKxjHfg6PEa0ze4Ww3EtiKxQQ8YBqcg5OXTqWCBw6eJ_fQ

a de serviços, esta última que coincidiu com a criação das pílulas contraceptivas (o que aumentou a participação delas).

Alguns apontamentos da pesquisa:

- Até o século XVIII, mulheres apenas trabalhavam nas propriedades agrárias das próprias famílias.
- No início do século XIX, elas foram trabalhar fora. O número de casadas no mercado de trabalho caiu drasticamente.
- No começo do século XX, as mulheres voltaram fortemente ao mercado. Inclusive, elas tinham maior nível de educação, superando até os homens de países desenvolvidos.

Um fato constatado em suas pesquisas: mulheres recebem salários menores do que homens na maioria das economias liberais. Mesmo que ocupem as mesmas vagas e possuam qualificação igual ou até superior, em média, as mulheres recebem cerca de 30% a menos do que os homens.

Em seu recente livro “Carreira e família: a jornada de um século das mulheres rumo à igualdade” (tradução livre), Claudia Goldin, faz uma análise da trajetória de mulheres norte-americanas com ensino superior, pelos vieses da carreira e da maternidade. A autora atribui a disparidade salarial entre homens e mulheres à estrutura do sistema econômico.

No livro a pesquisadora organiza as mulheres analisadas em gerações, explorando as situações socioculturais e econômicas da época que podem ter influenciado as escolhas das mulheres nos temas centrais da pesquisa. Segundo a própria autora, a obra não tem por finalidade identificar soluções.

Claudia apresenta como possível resposta à disparidade salarial nas últimas décadas a escolha que muitas famílias fazem em relação ao “emprego exigente” (carreiras que requerem do profissional dedicação quase que exclusiva, desconsiderando horários ou datas especiais). Os cônjuges escolhem quem sai para trabalhar nessa fonte rentável e quem toma conta da rotina de casa e filhos; essa escolha pelos cuidados da família, na maioria das vezes, recai sobre a mãe.

A situação trazida por Claudia é confirmada, no Brasil, por meio de pesquisas acerca de mulheres empreendedoras. O empreendedorismo para mulheres pode ser visto de duas formas, num primeiro momento: 1. o empoderamento profissional, em busca de melhores condições e bem-estar; 2. uma forma do mercado de trabalho conduzi-las para

a informalidade, como forma de negar direitos trabalhistas básicos garantidos. Alguns fatos que ajudam a entender a questão:

— Um estudo do Sebrae, com recorte em Minas Gerais, mostra que sete em 10 mulheres passam a empreender após se tornarem mães. O motivo? Ter mais flexibilidade de tempo para conciliar a carreira, a maternidade e os afazeres não-remunerados em casa.

— No 3º trimestre de 2022, segundo o Sebrae (a partir de dados do PNADC do IBGE), mulheres empreendedoras em todo o Brasil chegavam a 10,3 milhões. Cerca de 34,4% de todos os negócios do país.

— Outra pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio) mostra que metade das mulheres são demitidas dos postos de trabalho, em até dois anos após a licença-maternidade. O estudo foi feito com 247 mil mães, entre 24 e 35 anos.

Mas empreender é difícil. Sem considerar que muitas enfrentam jornadas duplas, existem outros desafios, como se depreende da entrevista de Maria Augusta Pimentel Miglino, consultora do Sebrae/SP, para a revista Pequenas Empresas & Grandes Negócios. Ela aponta quatro barreiras⁸³:

1. Sobrecarga na posição de cuidadoras do lar e dificuldades para conciliar trabalho— casa.
2. Mulheres possuem mais dificuldade para acesso ao crédito, e taxas anuais de juros mais altas do que as de homens.
3. Negócios que fecham mais cedo. Os motivos para isso são dedutivos, segundo a consultora.
4. Empresas comandadas por mulheres faturam 22% menos do que as comandadas por homens. É o que aponta o Sebrae de Goiás.⁸⁴

Assim, vale dizer que os desafios para mulheres são ainda maiores, seja como funcionárias ou como empreendedoras. O Brasil, como mencionamos anteriormente, ainda é marcado por muito preconceito e desigualdade de gênero (o que é ainda mais grave em relação à mulher trabalhadora mãe), o que dificulta consideravelmente suas rotinas.

⁸³ Disponível em: https://revistapegn.globo.com/Feira-do-Empreendedor-SP/noticia/2019/09/4-desafios-que-mulheres-enfrentam-na-hora-de-empreender-e-como-supera-los.html?fbclid=IwAR2kZyxwoVFpPsH5UW_wYu15_xW-g0Ls33R9aBo6vLYoj_kyqCBL16JUv8k

⁸⁴ Disponível em: <https://www.facebook.com/SebraeGoias/photos/a.211443738949435/2829840993776350/?type=3>.

Se não bastassem todas essas violências, estudos mostram uma profunda injustiça quando se trata de produtos voltados a mulheres: eles têm grandes chances de serem mais caros, representando um gasto maior para mulheres.

Conhecido como “taxa rosa”, o acréscimo existe em vários países – desde a década de 1930, após a Grande Depressão, como forma de atrair homens para o consumo.⁸⁵

Recentemente, o Ministério da Justiça chegou a definir a taxa como “discriminatória” e anunciou a intenção de coibi-la.

Na Califórnia e em Nova York, nos Estados Unidos, leis estaduais proíbem a diferenciação no preço de produtos femininos com funções iguais ou parecidas à de masculinos.

A equipe de reportagem e a professora Karine Karam, da Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM), notaram a diferença nos preços em produtos como roupas de bebê, pijamas, lâminas de barbear, medicamentos, produtos de higiene (xampu) entre outros.

Ainda sobre o tema, pesquisadores da ESPM, em 2018, analisaram 150 produtos e perceberam que produtos destinados a mulheres são 12,3% mais caros. Quando o assunto é vestuário, a diferença chega a 17%.

Um olhar e uma atuação atentos às questões de gênero, portanto, faz-se necessário e urgente. Para tanto, não se pode exigir neutralidade, pois “neutro é quem já se decidiu pelo lado mais forte” - Marx Weber. Do tema da neutralidade nos ocuparemos na sequência.

3 A NEUTRALIDADE, QUANDO ESTAMOS DIANTE DE UM QUANDO DE INJUSTIÇA, DE DISCRIMINAÇÃO E DE PRECONCEITOS, REPRESENTA SUA HORRENDA MANUTENÇÃO

A Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação sobre a Mulher (CEDAW), no seu art. 4º, estabelece que:

- medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerarão discriminação;

⁸⁵ Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/negocios/noticia/2023/03/sabe-o-que-e-taxa-rosa-do-xampu-ao-pijama-produtos-iguais-sao-mais-caros-para-as-mulheres.ghtml?fbclid=IwAR0tngu9sgs_Id7J4z0enaI_zpOUbPha6IENAdq5zZcC8h0HrmN_Xo4ED4w

- de nenhuma maneira a utilização de tais medidas especiais implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais;
- essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

Na atualidade, nem toda discriminação é proibida ou desvaliosa para o ordenamento jurídico.

Um exemplo de discriminação positiva é a Lei Maria da Penha. Ela constitui-se em um critério de equiparação desigual igualitário e representa uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher, circunscrita aos casos de violência doméstica, familiar ou em uma relação íntima de afeto, já que o alcance da Lei é limitado.

A máxima *tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual* representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade, obter condição de vida igual equivalente aos que gozam de vantagem, sejam elas quais forem. Daí a necessidade de discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

As medidas especiais de caráter temporário (ou como preferem outros, as ações afirmativas) previstas na Lei Maria da Penha são destinadas ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas.

Por serem excepcionais e por preverem sérias restrições de direitos (como é o caso da maioria das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha), a aplicação dos instrumentos de discriminação positiva só se justifica em situações muito relevantes (princípio da proporcionalidade). É que, ao mesmo tempo em que de um lado se alargam garantias (em relação à vítima: garantia da vida, da integridade física e psicológica etc.), de outro se limitam direitos (concernentes ao réu: liberdade de ir e vir, presunção da inocência, direito ao contraditório etc.).

É assentado o entendimento de que “direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. [...] Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental,

quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.”⁸⁶

A Lei Maria da Penha é, ao mesmo tempo, protetiva de direitos de mulheres e restritiva de direitos de agressores. Decorrentemente, sua aplicação somente se justifica em razão das circunstâncias muito específicas que envolvem a violência de gênero: brutalidade, institucionalização da violência, ser praticada muitas vezes na frente de crianças e adolescentes, frequência, reiteração, permanência, intimidação e índices elevadíssimos.

Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade, já que o comum, dramático e de consequências gravosas é a violência do homem contra a mulher. A mulher agredida não se encontra em igualdade de condições com o agressor. Há uma vulnerabilidade, mesmo que transitória, ou seja, enquanto durar o estado de agressão, ainda que iminente.

As peculiaridades da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como os números absurdamente elevados, clamam pela utilização de instrumentos eficazes e enérgicos, mesmo que, para tanto, tenham-se que se sacrificar, em condições específicas e enquanto se fizer necessário, direitos, garantias e liberdades.

Nesse sentido, o tema alcança um interesse internacional e, já tem algumas décadas, que passou a ser objeto do direito internacional dos direitos humanos, consubstanciado em tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres – CEDAW. Na Recomendação Geral n. 35 do Comitê para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), consta que:

a violência de gênero contra as mulheres está enraizada em fatores relacionados ao gênero, como a ideologia do direito e privilégio dos homens sobre as mulheres, as normas sociais em relação à masculinidade, a necessidade de afirmar o controle ou poder masculino, o reforço dos papéis de gênero ou a prevenção, o desencorajamento ou a punição do que é considerado comportamento inaceitável para as mulheres. Esses fatores também contribuem para a aceitação social explícita ou implícita da violência de gênero contra as mulheres, muitas vezes ainda considerada como uma questão privada, e para a impunidade generalizada quanto a ela.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

E, tratando diretamente do Poder Judiciário, o documento antes mencionado estabelece expressamente as seguintes obrigações:

todos os órgãos judiciais devem abster-se de praticar qualquer ação ou prática de discriminação ou violência de gênero contra as mulheres; e aplicar rigorosamente todas as disposições de Direito Penal que punam essa violência, garantindo que todos os procedimentos legais em casos envolvendo alegações de violência de gênero contra as mulheres sejam imparciais e justos e não sejam afetados por estereótipos de gênero ou interpretações discriminatórias de disposições legais, inclusive de direito internacional. A aplicação de noções preconcebidas e estereotipadas sobre o que constitui violência de gênero contra as mulheres, quais deveriam ser as respostas das mulheres a essa violência e o padrão de prova exigido para sustentar sua ocorrência pode afetar o direito das mulheres ao gozo da igualdade perante a lei, ao julgamento justo e ao direito a uma reparação efetiva.

E ainda recomenda que o Estado Parte implemente várias medidas preventivas em relação à violência contra as mulheres, incluindo a de “fornecer capacitação, educação e treinamento obrigatórios, recorrentes e efetivos para membros do Judiciário [...] para capacitá-los a adequadamente prevenir e enfrentar a violência de gênero contra as mulheres.”⁸⁷

Um bom exemplo de julgamento com perspectiva de gênero: o TJDF, em sede liminar, permitiu que uma mãe lactante frequente o 6º período da faculdade de Direito a distância, por meio virtual. Para isso, o Instituto Presbiteriano Mackenzie terá que disponibilizar mecanismos para que a mulher tenha acesso às aulas e conteúdos — se a universidade não o fizer, poderá sofrer penalidade. A requerente havia solicitado à faculdade, mas não teve o pedido atendido. A aluna chegou a frequentar as aulas, no 5º período, com o bebê. No entanto, não havia estrutura para que ficasse com a criança em sala. Outro ponto trazido por ela é que teve um problema de hiperlactação.⁸⁸

O desembargador embasou a decisão na Constituição Federal, que garante a educação e a proteção à maternidade. Ainda entendeu que a estudante não tinha como objetivo “se eximir das suas obrigações como acadêmica”; atestou os relatórios médicos que comprovam a hiperlactação; e levou em consideração o fato de a universidade já ter ferramentas para atender ao pedido.

⁸⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>

⁸⁸ Disponível em: <https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetailheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=b2fa3658dcc8d81ec204707757d22da114e735cbbbace4fd>

Na interpretação da decisão, é possível dizer ainda que ela representa uma correta aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Vê-se aqui a compreensão de condições específicas das mulheres, conforme pontua o Protocolo criado pelo CNJ.

A decisão reconhece a importância de permitir que as mulheres cuidem de crianças recém-nascidas, garantindo proteção ao bebê, apoio à amamentação nos primeiros meses e fortalecimento do laço mãe-filha/o. Mais um passo em direção de uma sociedade com menos desigualdade.

Todas as preocupações acima mencionadas mostram que, ao se verificar a inexistência real da igualdade a nível internacional e em muitos países democráticos são estabelecidas medidas de ação positiva para corrigir as situações desequilibradas como consequência de práticas ou sistemas sociais discriminatórios⁸⁹, da qual a Lei Maria da Penha é um ilustre exemplo e, por meio da qual, o Poder Judiciário (como também todo o Sistema de Justiça) é chamado para uma atuação específica, efetiva e abrangente.

O documento Diretrizes Nacionais Femicídio 2016 traz um capítulo inteiro para tratar da atuação do Poder Judiciário com perspectiva de gênero nos casos de mortes violentas de mulheres (capítulo 9). De conformidade com o documento⁹⁰,

Desconstruir os estereótipos e o preconceito com base no gênero a partir de mudanças na linguagem empregada nos interrogatórios, depoimentos e na elaboração das peças processuais – evitando expressões que reforcem estereótipos e evidenciem a desigualdade estrutural entre homens e mulheres e as razões de gênero que se manifestam nos sentimentos de posse, ciúmes, controle sobre a vítima etc. – constitui uma estratégia de mudança substantiva e que deve ser observada também pelo(a)s juíze(a)s em todas as fases da investigação e do processo nas quais venham a intervir. Nesse sentido, recomenda-se o uso de expressões como “violência por razões de gênero” e “femicídio” como estratégia para transmitir a mensagem que a morte violenta de uma mulher por razões de gênero, ou sua tentativa, é resultado da desigualdade social de gênero e não fato individual e, muito menos, algo pelo qual se possa responsabilizar a vítima.

Faz-se necessário, assim, compreender que os crimes de feminicídio costumam ser antecidos de um *continuum* de violência, e que quanto maior o tempo em que essas

⁸⁹ ESCOBAR CIRUJANO, Ana; QUINTEROS, Andrés, SÁNCHEZ GAMONAL, Sara Belén; TANDÓN RECIO, Bárbara. In: PEREZ VIEJO, Jesús M., HERNÁNDEZ, Ana Montalvo (Coord.). Violencia de género, prevención, detección y atención. Madrid: Grupo 5, 2011, p. 31.

violências acontecem, mais graves elas se tornam, até, infelizmente, culminarem no extermínio da mulher por seu parceiro. De ver-se então que os fatos desencadeadores da morte passam muito longe de um sentimento de amor, de um desespero pela perda de alguém que se ama, por quem se tem carinho, por quem se cultiva admiração. Explica Tania Teixeira Laky de Sousa que o feminicídio “apresenta-se como o culminar de um processo continuado de práticas de dominação e submissão sobre as mulheres, onde, a cada violação de direitos e de ofensa à dignidade, se sucedem outras violações. A este processo corresponde a perda de referenciais na relação entre sujeitos, onde a desigualdade de poder entre eles resulta na submissão reiterada e sistemática e na perda de direitos dos dominados ao ponto da depreciação de seu direito à vida” (SOUSA: 2016, p 27). As circunstâncias, portanto, que necessitam ser percebidas e valoradas negativamente e nessa condição explicitadas são: dominação, discriminação, menosprezo, ódio, despeito, represália, opressão, subjugação, sexismo, misoginia, violência reiterada, desumanização, hierarquização, ofensa à dignidade da pessoa humana, restrição de direitos, possessividade, controle etc.

Os levantamentos trazidos no presente artigo mostram uma triste e brutal realidade da condição da mulher na nossa Sociedade, evidenciando que ainda é longo o caminho para que as mulheres brasileiras possam alcançar o seu constitucional direito à igualdade.

Por conta disso, não podemos deixar de envidar esforços no sentido de remover obstáculos que dificultam ou impedem a efetivação do pleno exercício dos direitos das mulheres. Uma estratégia importante e poderosa nesse sentido são, como dito, as ações afirmativas, podendo-se destacar as seguintes iniciativas legais voltadas a buscar mais equilíbrio na relação de trabalho entre homens e mulheres, ambas sancionadas em 20 de setembro de 2023 e que já se encontram em vigor:

a) Selo “Empresa Amiga da Mulher”

Criado pela Lei 14.682/2023, o objetivo do selo é identificar e celebrar empresas que adotem práticas para inclusão de profissionais mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

O selo será concedido com o cumprimento de no mínimo dois dos seguintes requisitos:

⁹⁰ BRASIL. ONU Mulheres. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios. Brasília: Secretaria de Políticas para Mulheres, abril de 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf, p. 104.

- I. percentual mínimo de 2% do quadro pessoal para mulheres, e com a garantia de anonimato da violência;
- II. adoção de política de ampliação de participação da mulher nos cargos de alta administração da sociedade;
- III. adoção de práticas para educação e promoção dos direitos das mulheres, bem como para prevenção da violência familiar, e;
- IV. garantia de equiparação salarial entre homens e mulheres, de acordo com o artigo 461 da CLT.

Com validade de 2 anos, o selo pode ser renovado pelo mesmo período, desde que se comprove a manutenção dos critérios.

b) Selo “Empresa Amiga da Amamentação”

Selo criado pela Lei 14.683/2023, com o objetivo de incentivar o aleitamento materno nas empresas. Também possui requisitos necessários:

- I. cumprimento do artigo 396 da CLT, que determina dois descansos de meia hora cada um durante a jornada de trabalho, bem como de instrumentos de negociação coletiva que estabeleçam os direitos da empregada lactante;
- II. manutenção do local, horários e condições para o uso das mulheres na amamentação ou coleta de leite materno;
- III. criação de campanha interna para sensibilizar sobre a importância do aleitamento materno, para estímulo da doação aos bancos de leite humano, e ainda para alertar sobre os perigos para o desenvolvimento fetal quando existe automedicação e o uso de álcool, fumo e drogas ilícitas;
- IV. iluminação ou decoração de espaços externos na cor dourada durante o mês de agosto, utilizado para conscientizar sobre amamentação e aleitamento materno.

Este selo poderá ser usado, durante a concessão, que é válida por 1 ano, em embalagens, anúncios publicitários e peças de publicidade.

Caso a empresa sofra advertência, multa ou penalidade por descumprimento da legislação trabalhista durante a concessão, o selo poderá ser revogado. Empresários(as) autuados(as) em processo administrativo concluído ou condenadas por exploração de trabalho infantil não poderão receber o selo.

Outra importante iniciativa é a Lei 13.872/19, que “estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União.”

Os caminhos para a redução da desigualdade entre mulheres e homens e, por consequência, para a diminuição da violência contra a mulher, passa pelo reconhecimento de que as diferenças entre homens e mulheres não podem ter como consequência prejuízos para o contingente feminino. Daí a importância das ações afirmativas.

Considerações finais

A manutenção dos papéis de gênero (que prestigiam os homens, em detrimento das mulheres) impulsiona a desigualdade de gênero, constituindo o pano de fundo para a violência estrutural que vitimiza inúmeras mulheres seja no âmbito privado, seja no público.

A mudança interna de valores socioculturais é a única chave capaz de levar à erradicação do sistema patriarcal, responsável direto pela opressão feminina/dominação masculina. O esforço de mudança que alcance cada um pode levar a uma alteração da forma de se viver em sociedade.

Daí a importância do presente artigo: potencial de despertar a atenção, para que se possa reconhecer e nomear as violências, injustiças, preconceitos, discriminações, estereótipos de gênero, opressões, sofrimentos e subalternidades que se associam à condição feminina.

O **conhecimento** acerca da triste realidade da condição da mulher na sociedade, conduz ao passo seguinte, que é o de adquirir a **consciência** do fenômeno, o que, por certo levará ao sentimento de **indignação**. Daqui chega-se ao **envolvimento** para com a causa feminina, o qual poderá conduzir ao tão necessário e já tardio processo de **mudança**, para que se possa, finalmente, alcançar o preceito constitucional que apregoa a igualdade entre homens e mulheres.

**RECURSOS VISUAIS NO
CORPO DE PETIÇÕES COMO
NUDGES PARA O
CONVENCIMENTO DO
JULGADOR: ALGUMAS
RECOMENDAÇÕES**

Alexandre Soares Bartilotti

Alexandre de Paula Filho

Lúcio Grassi de Gouveia

RECURSOS VISUAIS NO CORPO DE PETIÇÕES COMO NUDGES PARA O CONVENCIMENTO DO JULGADOR: ALGUMAS RECOMENDAÇÕES

VISUAL RESOURCES IN THE BODY OF PETITIONS AS NUDGES FOR CONVINCING THE JUDGE: SOME RECOMMENDATIONS

Alexandre Soares Bartilotti

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor Assistente da Universidade de Pernambuco (UPE). Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado.

Alexandre de Paula Filho

Doutorando e Mestre em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor no Centro Universitário Frassinetti do Recife (UniFafire). Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (Facepe). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado.

Lúcio Grassi de Gouveia

Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Professor Adjunto III da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo, Linguagem e Tecnologia da Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Norte-Nordeste dos Professores de Processo. Juiz de Direito em Recife/PE.

RESUMO

A presente pesquisa tem como problemática a utilização de recursos visuais no corpo de peças processuais a fim de conduzir o leitor mais facilmente ao conhecimento de uma prova documental digital. Inicialmente, apresentam-se os conceitos-chave para o estudo da temática, notadamente, os de design thinking, legal design e visual law. Em seguida, será problematizado, à luz dos conceitos teóricos apresentados, em que medida cumpre à linguagem jurídica adaptar-se para se tornar mais acessível. Ato contínuo, estuda-se, especialmente à luz da psicologia cognitiva e economia comportamental, de que forma os recursos visuais podem funcionar como âncoras de convencimento de uma tese e ajudar na construção de sua fundamentação. Por fim, o que o operador do direito deve observar, à luz da dogmática processual e dos dilemas éticos do processo digital, para se utilizar adequadamente desses recursos.

Palavras-chave: Visual law – Nudges – Heurísticas – Viés de ancoragem – Prova documental digital

ABSTRACT

The problem of this research is the use of visual resources in the body of procedural documents in order to guide the reader more easily to knowledge of digital documentary evidence. Initially, the key concepts for studying the topic are presented, notably design thinking, legal design and visual law. Next, it will be problematized, in light of the theoretical concepts presented, to what extent legal language must adapt to become more accessible. Continuously, we study, especially in the light of cognitive psychology and behavioral economics, how visual resources can function as anchors to convince a thesis and help build its foundation. Finally, what the legal operator must observe, in light of the procedural dogmatics and ethical dilemmas of the digital process, to properly use these resources.

Keywords: Visual law – Nudges – Heuristics – Anchoring bias – Digital documentary proof

INTRODUÇÃO

O acesso à informação, que era uma grande preocupação outrora, até hoje não foi superado por outras questões: o excesso de informação, a confiabilidade dessa informação e, principalmente, o pensamento acrítico, o desprezo da formação humanística e a proliferação da tecnocracia¹.

Pensar o direito com unidade e coerência passa a demandar habilidades e conhecimentos que enaltecem a criatividade e os domínios cognitivos que apenas os seres humanos possuem. O jurista da atualidade não labora no cenário da dependência informacional, muito pelo contrário, seu ambiente é uma sociedade hiperconectada com grandes fluxos informacionais (*big data*) que adquiriram muito mais valor do que a informação em si. A busca atual é pela qualidade da informação diante da grande quantidade disponível. A implementação da tecnologia 5G, da computação quântica, da nanotecnologia e da proliferação da internet das coisas levarão a comunicação a patamares inimagináveis².

Na seara do direito processual, a inteligência artificial é uma realidade que mexe na dinâmica de funcionamento dos diversos agentes de justiça. De um lado, vários robôs já auxiliam o Poder Judiciário em diversas frentes, a exemplo do Athos e do Sócrates no STJ e do Victor no STF, que ajudam a identificar vícios de admissibilidade em recursos, triar e catalogar processos repetitivos para caracterização de repercussão geral e realização de julgamento em conjunto. Pelo lado dos escritórios de advocacia, a utilização e busca de dados por meio da jurimetria (utilização da estatística para

investigar o funcionamento da ordem jurídica)³ também possibilita a análise preditiva das decisões judiciais.

Diante de todo este novo cenário, é inquestionável a necessidade de aprimoramento do profissional do direito e o desenvolvimento de *digital skills*, termo que compreende a necessidade de o profissional do direito melhorar suas habilidades críticas, como a capacidade de pesquisar, selecionar e processar as informações encontradas em superabundância na internet, sem menosprezar os modelos tradicionais, e sempre voltar-se à confiabilidade dos conteúdos. A necessidade do desenvolvimento dessas habilidades vem de um cenário já facilmente identificável: a facilidade da informação que a tecnologia oferece.

A tecnologia abundante modificou a nossa comunicação jurídica, fazendo eclodir algo que não é novidade, mas se encontrava adormecido: o uso dos elementos visuais na linguagem jurídica. A partir de então, passamos a conviver com o *legal design*, com o *visual law* e com experiências de *design* cujo objetivo é justamente facilitar a comunicação jurídica com foco no(s) destinatário(s) final(is) da informação, que pode(m) ser os agentes de justiça (magistrados, advogados, procuradores e serventuários) ou mesmo os jurisdicionados.

A realidade dos processos eletrônicos em todas as unidades federativas do país ampliou as formas de produção de prova documental. Se antes a prova documental era produzida por meio de papel impresso ou mídia apresentada à secretaria da unidade jurisdicional, hoje o acesso às diversas formas de mídia pode dar-se por anexo aos autos ou mesmo inserção no corpo da petição.

Para tanto, para além de imagens, fluxogramas e linhas do tempo, tem-se utilizado, no bojo de petições processuais, *QR Codes*, ícones clicáveis ou mesmo *links*, com a finalidade de levar o leitor a ambientes externos (como *sites* na internet, aplicações ou pastas/documentos compartilhados em nuvem), onde se pode acessar provas importantes ao que se está alegando.

A presente pesquisa tem como problemática a utilização destes recursos nas diversas peças processuais. As respostas que podem ser ofertadas ao final do artigo passam pela seguinte construção: a) inicialmente, apresentam-se os conceitos-chave para o estudo da temática, notadamente, os de *design thinking*, *legal design* e *visual law*; b) em seguida, será problematizado, à luz dos conceitos teóricos apresentados, em que medida cumpre à linguagem jurídica adaptar-se para se tornar mais acessível; c) ato

contínuo, estuda-se, especialmente à luz da psicologia cognitiva e economia comportamental, de que forma os recursos visuais podem funcionar como âncoras de convencimento de uma tese e ajudar na construção de sua fundamentação; e d) diante disso, o que se deve observar, à luz da dogmática processual e dos dilemas éticos do processo digital, para o uso adequado desses recursos.

O método da pesquisa é o dedutivo, por meio do qual se pode construir uma análise dogmática de uma questão real do direito, especialmente, para que se apresente um modelo de produção de prova documental digital no corpo de petições, que respeite as normas processuais em vigor, bem como coopere, de fato, com o convencimento do magistrado. O levantamento dos dados e das informações necessários à consecução da pesquisa deu-se pelas vias bibliográfica (artigos, livros e teses) e documental (documentos públicos e privados).

1 DIFERENCIANDO O DESIGN THINKING, O LEGAL DESIGN E O VISUAL LAW

A primeira questão a ser tratada é a correta análise do significado da atividade do *design*. Quando ouvimos essa palavra, normalmente, associamos ao trabalho de profissionais que embelezam coisas, imagens ou peças publicitárias. É um engano resumir assim a atuação de tão importante atividade. Existem realmente os profissionais de *design* que se dedicam a essas atividades, todavia, o *design* também tem o papel importantíssimo de resolver os problemas humanos, adequando formas e funcionalidades de produtos e serviços, tendo em vista melhorar as experiências e as necessidades das pessoas.

O termo *design* é oriundo do latim *designare*, que significa diagramar, achar meios, projetar. O *design* visa a criação de planos, projetos, para a solução de algum problema ou melhoria de uma situação, a partir de um pensamento inovador e criativo⁴. No âmbito da aplicação de ferramentas de *design* ao direito, alguns conceitos devem ser esclarecidos. Eles baseiam-se no *design thinking*: “uma metodologia que aplica ferramentas do *design* para solucionar problemas complexos. Propõe o equilíbrio entre o raciocínio associativo, que alavanca a inovação, e o pensamento analítico que reduz os riscos. Posiciona as pessoas no centro do processo, do início ao fim, compreendendo a fundo suas necessidades. Requer uma liderança ímpar, com habilidade para criar soluções a partir da troca de ideias entre perfis totalmente distintos.”⁵

O *design thinking* é um método de resolução de problemas que consiste em cinco etapas: empatia, definição do público, surgimento de ideias, prototipação e teste (usabilidade). A metodologia pauta-se na pesquisa das necessidades, dos desejos e das limitações do usuário para identificar o problema e buscar a solução⁶, tendo em vista atender às necessidades humanas⁷, podendo, por isso, ser resumido como o “*design* centrado no ser humano”⁸.

As técnicas do *design thinking* passaram a ser aplicadas ao direito por meio do *legal design*, que pode ser compreendido pela junção do *design*, direito e tecnologia, tendo por objetivo a resolução dos problemas dos usuários dos serviços jurídicos, com nítido propósito de reorientar as práticas jurídicas para os seus usuários, isto é, melhorar a experiência do usuário⁹.

Não há data precisa que marque o surgimento do *legal design*. Em 1999, Robert Jacobson lançou seu livro sobre técnicas de *information design*. São técnicas que objetivavam facilitar a compreensão de informações complexas com o auxílio de gráficos, imagens, cores, ícones, entre outros recursos¹⁰. O *design* da informação é uma prática que consiste no planejamento, na seleção do conteúdo, na organização, na escrita, na formatação, na revisão e no teste de documentos para que seus autores tenham certeza de que os documentos atingiram os objetivos para os quais foram criados¹¹. Compreende-se por *information design* a capacidade de enviar as informações certas, para as pessoas certas, na hora certa. Os objetivos perseguidos na aplicação dessas técnicas servem ao direito, pois os seus operadores, seja entre si, seja com o jurisdicionado, comunicam-se por documentos jurídicos.

Por tais razões, ao redor do mundo, várias pessoas despertaram para a aplicação do *design* da informação ao direito¹². Atribui-se a Margareth Hagan, diretora do *Legal Design Lab* da Universidade de Stanford, o pioneirismo por juntar essas duas expressões, *law* e *design*, e referi-las como uma área específica do *design*. Segundo ela, “o *legal design* é a aplicação de um *design* humanamente centrado no mundo da legislação, para conceder sistemas legais e serviços mais humanos, usuais e satisfatórios”¹³.

Conforme esclarece Thiago Aramizo, o *legal design* “é uma disciplina instrumental, que auxilia os profissionais de todas as áreas jurídicas em práticas mais humanas e assertivas para os seus clientes e usuários”¹⁴. De forma mais sucinta, seria a “aplicação

das metodologias do *design* ao Direito”¹⁵. O *legal design* surgiu como uma nova abordagem para (re)desenhar a maneira de se resolverem problemas jurídicos complexos. Este conceito foi desenvolvido para aplicar as técnicas do *design* à solução de problemas de conflitos de interesses, de adequação de uma atividade ao ordenamento jurídico, entre outros¹⁶.

Assim, para a solução de cada um desses problemas, segundo Margareth Hagan, o *legal design* divide-se nas seguintes subáreas: *Legal Design Process*, *Visual Law*, *Access to Justice* e *Legal Ed & Practice*. O *legal design* é a maneira de gerar ideias promissoras de como os serviços jurídicos podem ser melhorados e, em seguida, desenvolvê-los de forma rápida e eficaz. Uma abordagem orientada do *design* oferece um conjunto claro de processos, mentalidades e mecânicas que podem estruturar nossas tentativas de inovar e nos ajudar a pensar de forma mais ambiciosa e criativa como devemos lidar com confusões, frustrações e atritos causados pela lei.

Nesse sentido, o sistema legal pode ser mais claro, eficiente, acessível e amigável, e o *design* é a forma de se alcançar esse objetivo, pois oferece uma maneira de repensar as experiências das pessoas para, em seguida, criar e lançar intervenções capazes de realizarem as mudanças desejadas, tornando o ambiente jurídico mais acessível, democrático e utilizável. O uso das avançadas técnicas de *design* pode ajudar o jurista a trilhar novas formas de resolver os problemas jurídicos, colocando o ser humano no centro de todo esse movimento¹⁷.

Como categoria do *legal design*, temos o *visual law* (“direito visual”), que pode ser entendido como a utilização de técnicas que conectam a linguagem escrita com a linguagem visual ou audiovisual em documentos jurídicos¹⁸. Assim, o *visual law* seria a conjugação das técnicas visuais¹⁹ de *design* para a transmissão da informação jurídica, principalmente, na compreensão de documentos jurídicos e peças processuais.

A principal finalidade do *visual law* é simplificar conteúdos volumosos de informação em um produto de menos páginas, com acesso fácil, de maneira interativa e almejando sempre a máxima eficiência e absorção das informações pelo interlocutor²⁰.

Como as técnicas de *design* objetivam sempre o bem-estar do usuário, o *visual law* seria um facilitador para que a informação jurídica seja compreendida, sobretudo, pelo leigo; mas cumpre destacar que hoje tem sido amplamente empregado no diálogo processual entre partes e juízo, tendo em vista tornar mais claros os argumentos das petições, pareceres e decisões judiciais.

Os recursos visuais vão de elementos mais simples e tradicionais, como a aplicação de destaque (negrito, itálico e sublinhado) em trechos escritos, a outros mais disruptivos, a exemplo da inserção de imagens, fluxogramas, gráficos e infográficos, mapas, linhas do tempo, chegando à menção a *links* e *hiperlinks* ou, ainda, a menção deles por meio de *QR Codes*²¹ ou ícones clicáveis.

Da mesma forma que hoje nossos cérebros são acostumados a navegar nos milhões de aplicativos existentes, o *visual law* proporciona a criação de recursos capazes de guiá-los para extrair do documento jurídico a informação necessária para a compreensão da questão e a tomada acertada de decisões.

2 LINGUAGEM JURÍDICA: QUAL O ESPAÇO PARA A DISRUPTIVIDADE?

Com a modernidade jurídica posteriormente ao advento da Revolução Francesa, essa dimensão visual do direito foi marginalizada, criando-se uma verdadeira imagofobia. Seguiram-se mais 230 anos com o abandono da cultura visual, da semiótica visual e da iconologia, transformando o direito em uma ciência meramente textual²².

Em sua obra denominada *A caminho da linguagem*, Heidegger mostra-nos que a linguagem se encontra por toda parte e que falamos por diversos canais²³. Mostra-se, portanto, equivocado o entendimento da inexistência de eloquência nas cores, nos sinais, nos símbolos, nas imagens, entre outros. Passados mais de dois séculos, apenas no início do século XX, esses elementos passaram a ser estudados na Alemanha numa disciplina jurídica denominada *Rechtsarchäologie* (“arqueologia jurídica”), fundada pelo Professor Karl von Amira, da Universidade de Munique²⁴.

A partir dos anos 90, no continente europeu, ocorreu uma onda de disseminação de estudos histórico-estético- culturais sobre justiça e direito, dando origem à constituição da escola francófona de “iconologia jurídica”. Já agora no século XXI, fortemente influenciadas pelas tecnologias da informação, pela informática jurídica e pelo caráter multimídia da cultura contemporânea, novíssimas disciplinas jurídicas começaram a se delinear a partir da Áustria, da Suíça e da Alemanha: a “visualidade jurídica” (*Visual Jurisprudence*, *Visual Law*, *Rechtsvisualisierung*, *Bildrecht* ou, ainda, *Visuelle Rechtskommunikation*) e o “Direito Multissensorial”. Todos ocupam-se em estudar o *design* da informação jurídica e as múltiplas modalidades de comunicação do fenômeno

jurídico ao longo da história – dos manuscritos medievais aos esquemas de informação digital em 3D dos dias de hoje – a partir da constatação de que vivemos numa “iconocracia” ou “visiocracia”²⁵.

Apesar de o direito ter se comunicado mediante uma linguagem própria, sem muita alteração ao longo dos séculos, e de ter uma compreensão quase que exclusiva dos seus operadores, é certo que a sua linguagem não serve somente para os seus operadores. É também para o cidadão, e, quanto mais rebuscada e incompreensível para o homem médio ela for, menos proporciona o acesso à justiça e o real poder de escolha e decisão do cidadão. No entanto, os recursos visuais não devem ter o objetivo de superar a linguagem escrita ou a utilização de termos técnicos que tantas vezes são necessários – afinal, o direito é uma ciência. Sua aplicação deve ter o escopo de ajudar na compreensão do documento pelo destinatário final, seja o jurisdicionado, sejam os operadores do direito.

Não se está defendendo a simplificação do direito, tampouco a vulgarização da linguagem entre os atores de uma relação jurídica. O Direito, em determinadas situações, é simples, mas, em outras vezes, cuida de situações complexas.

“A questão é que qualquer tradução leva ao uso de diferentes tipos de signos, o que modifica o significado daquilo que foi traduzido. Traduzir uma linguagem complexa para uma linguagem mais simples, ou de uma linguagem especializada para a do senso comum, pode sim melhorar a comunicação entre especialistas e as pessoas em geral, mas jamais uma linguagem especializada poderia ser substituída pela do senso comum, sem que o próprio pensamento especializado seja com isso destruído ou transformado em algo próximo ao senso comum.”²⁶

Como dito anteriormente, o *visual law* não objetiva adornar o documento jurídico, mas, sim, tornar a comunicação jurídica adequada, consideradas as necessidades do usuário com o uso das ferramentas tecnológicas disponíveis. Para tanto, é necessário o estudo interdisciplinar das técnicas de *design* para que se alcance esse objetivo. A escrita alfabética e linear permanece relevante ao Direito, principalmente no uso e na definição dos vocábulos técnicos. A estes textos, soma-se o emprego das ferramentas tecnológicas para prender a atenção e facilitar a compreensão do seu colocutor.

Além da simplificação da linguagem, a utilização de ferramentas visuais interativas, personalizadas e responsivas, que ajudam significativamente a entender as informações, é outro ponto a ser abordado. Como já dito anteriormente, o objetivo do *visual law* é tornar

a comunicação clara e objetiva, e não necessariamente deixar o documento bonito. Concretiza-se por meio de elementos textuais e visuais.

As petições e as decisões judiciais podem valer-se de textos multimodais e hipertextos para ampliar a construção dos sentidos discursivos²⁷. Ao texto, agregam-se a utilização de *QR Codes*, vídeos, memes, quadrinhos, pictogramas, fluxogramas, infográficos (compostos por estatísticas ou narrativas cronológicas, matrizes espaciais, gráficos e diagramas)²⁸, textos diagramados, *bullet points*, linhas do tempo e outras ferramentas como forma de atrair a atenção, passar o conteúdo informacional necessário e facilitar a compreensão do usuário.

Considerando os estudos que evidenciam que a associação de palavras com imagens é a maneira mais eficaz de comunicação natural²⁹, a correta combinação das palavras com as imagens promove um significativo aumento na compreensão dos conceitos ligados ao mundo jurídico. É cientificamente comprovado que o cérebro humano processa imagens 60.000 (sessenta mil) vezes mais rápido do que textos, e 90% (noventa por cento) das informações transmitidas ao cérebro são visuais. Estudos também comprovam que apresentações usando recursos visuais são 43% mais persuasivas do que apresentações sem o auxílio dos referidos recursos³⁰. Assim, advogados, juízes e promotores passam literalmente a desenhar processos e fluxos. É preciso aceitar a ideia de que as palavras nem sempre facilitam a transmissão da informação e muitas vezes a forma simbólica reduz a complexidade³¹.

Se pensarmos em uma peça processual, a narrativa de uma sequência de fatos em uma linha do tempo inserida na petição atrai mais o leitor do que se o redator utilizar exclusivamente o texto escrito. É o que se entende por alfabetização visual pelo *design centrado no humano*, pois a forma como atualmente consumimos as informações – também no âmbito jurídico – exige uma linguagem mais funcional, compreensiva e interativa³².

Nesse sentido, já existem pesquisas desenvolvidas junto às magistraturas federal e estadual que identificam a simpatia e a boa receptividade dos juízes aos elementos visuais e uma quase que unívoca repulsa a petições extensas, com redação prolixa e argumentação genérica³³.

Quanto ao uso de ferramentas de *visual law*, 41% dos magistrados estaduais indicaram que a combinação de elementos visuais e textuais torna a redação da petição mais agradável. Na magistratura federal, o percentual foi de 38,6%. Entre os principais

recursos visuais identificados nas peças processuais, os fluxogramas, gráficos e *links* foram os três mais assinalados pelos respondentes de ambos os levantamentos, sendo o fluxograma o mais citado pelos magistrados federais³⁴, e o *link* pelos magistrados estaduais³⁵.

As ferramentas não são taxativas e, com o avanço tecnológico, surgem e se renovam progressivamente. Tome-se o exemplo de um advogado que precisa descrever ao julgador como ocorreu a dinâmica de um acidente de trânsito. É bem mais fácil fazê-lo compreender sua narrativa por meio de animações digitais em 3D, elaborando toda a simulação do acidente com uma qualidade gráfica quase real. Basta pensar nos recursos gráficos dos atuais *videogames* que muitas vezes nos confundem e não sabemos se temos uma imagem real ou computacional. É claro que, neste mesmo exemplo, o advogado pode narrar os fatos apenas com texto escrito e apresentar as provas de modo completo e organizado, logrando êxito na tarefa de convencer o magistrado. Porém, este caminho pode ser “encurtado” quando, já no corpo da petição, além de fazer menção às principais peças, ele as apresenta visualmente de modo intercalado ao texto escrito.

Diversos são os exemplos de aplicação do *visual law* em documentos jurídicos das mais variadas naturezas em nosso país. Vejamos alguns exemplos.

Para viabilizar a compreensão do contribuinte, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional passou a adotar um novo modelo de Carta de Cobrança, tendo em vista gerar uma comunicação inclusiva e acessível para quem tem débitos na Dívida Ativa, utilizando técnicas de linguagem simples e direito visual. Os sistemas da PGFN foram adaptados para permitir a utilização de imagens³⁶.

Ainda, tendo por objeto facilitar a compreensão do jurisdicionado, a 6ª Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte desenvolveu modelo de mandado de citação e penhora com elementos visuais para facilitar a compreensão do leitor, inclusive com um vídeo gravado pelo Juiz Federal titular da Vara, explicando ao jurisdicionado no que consiste aquela ordem de pagamento, quais os incentivos e as formas disponíveis para que se efetue o pagamento e as consequências legais caso não ocorra o pagamento da dívida³⁷.

Outro exemplo é o do projeto piloto do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que incluiu, em acórdão da sua autoria, um resumo em forma de esquema gráfico. O acórdão manteve a formatação tradicional e os elementos legais indispensáveis,

adicionando um esquema gráfico para facilitar a compreensão do resultado do julgamento³⁸.

Os recursos tecnológicos podem ser utilizados pelos sujeitos do processo, permitindo-os transmitir a informação precisa e compreensível, focando nas necessidades do usuário e promovendo a eficiência da jurisdição. As barreiras linguísticas dantes mencionadas são entraves que comprometem a jurisdição, na medida em que afastam o cidadão da compreensão dos seus direitos e, muitas vezes, dificultam a prática dos seus próprios operadores. Nesse sentido, a aplicação das técnicas do *legal design*, materializadas pelo *visual law* no sistema judicial, pode contribuir para a efetividade e garantia dos direitos com a inclusão linguística dos atores sociais que visem à composição do conflito. O direito à informação antecede a prática dos direitos humanos e se configura como direito-síntese dos direitos sociais, sendo uma condição fundamental para o exercício da cidadania³⁹.

3 PROVAS ANEXADAS NO CORPO DAS PETIÇÕES: INCENTIVOS PARA O CONVENCIMENTO E FACILITADORES PARA FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO

No âmbito do diálogo processual entre magistrados e procuradores, para além da mera simplificação da linguagem, a utilização de recursos de *visual law* como *QR Codes*, *hiperlinks* e ícones clicáveis em petições pode facilitar o controle do processo de convencimento do magistrado, a fim de levá-lo a decidir como o peticionário deseja.

Ao se realizar uma interseção entre direito processual, psicologia e economia comportamental, percebe-se, na prática, refrações de comportamentos previstos em modelos legalistas⁴⁰. Nesse sentido, incide a *heurística*, conceito oriundo da Psicologia Comportamental Cognitiva, que diz respeito aos procedimentos de simplificação mental.

“A mente humana se utiliza deles para processar informações complexas vindas do exterior e possibilitar a tomada de decisões de forma eficiente. Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta.”⁴¹

Em outras palavras, apesar de ser inerente à natureza humana valer-se de processos inconscientes de simplificação mental para decidir, não se tem certeza se o resultado desses processos condirá com o que se espera do decisor.

A heurística aponta para diversos desses processos inconscientes, que conduzem a vieses cognitivos, que podem operar no curso da atividade judicante. Um deles é o viés de ancoragem, que é a tendência de que as pessoas se valham de informações aleatórias para responder a questões concretas. Nesse processo, tem-se uma determinada informação como “âncora” para um juízo de valor. A partir dessa informação, pode-se atrair o julgamento para algo aproximado dela⁴². Por exemplo, “se lhe perguntassem se Gandhi tinha mais do que 114 anos quando morreu, você acabaria com uma estimativa muito mais elevada da idade dele do que teria se a pergunta de ancoragem se referisse à morte dele com 35 anos”⁴³. São diversos os experimentos demonstrados na literatura que a apresentação de uma informação-âncora na pergunta tende a interferir na resposta⁴⁴.

No âmbito do direito processual, o efeito de ancoragem afeta julgamentos quando se está a fixar valores numéricos, como a afetação do tempo de prisão requerido na denúncia do Ministério Público, na dosimetria da pena pelo juízo, ou a fixação de indenizações em geral a partir de um valor mais ou menos alto apresentado na exordial. Assim, é possível que punições sejam aplicadas pelo seguimento de valores orientadores apresentados consciente ou inconscientemente⁴⁵.

Outro viés de ancoragem que diversos estudos apontam influenciar juízos na seara processual é o do contato com a prova ilícita e a dificuldade de desconsiderá-la, embora se saiba que se deve fazê-lo. Em outras palavras, ainda que se elimine do processo uma prova que seja ilícita, será muito difícil que o contato anterior que se teve com ela seja completamente desconsiderado no momento do julgamento⁴⁶.

Retomando o debate aos recursos de *visual law*, efeito semelhante ao enviesamento por ancoragem da prova ilícita é capaz de se fazer com a prova anexada diretamente à petição, com uso de imagens, infográficos, *links* ou *QR Codes*, notadamente quando o conjunto probatório é extenso. Aqui o viés não se opera pela (i)licitude da prova, mas em razão de a prova anexada servir de âncora para a fundamentação da decisão, ou seja, caso o magistrado se convença da tese da parte, tenderá a fundamentar suas razões valendo-se da prova inserida no bojo da petição.

De modo consciente, essa forma de apresentação de uma prova de natureza documental favorece o esclarecimento imediato dos fatos, ajudando o julgador a entendê-los provados sem perder o fio da leitura, como poderia ocorrer caso tivesse de buscar sua prova nos anexos fora da petição. De modo inconsciente, no entanto, serve de âncora para o julgamento favorável e sua fundamentação, isto é, o magistrado tenderá a mencionar a prova anexada à petição em suas razões de decidir.

Na análise do conjunto probatório, o magistrado deve analisar todas as provas juntadas aos autos, sendo, inclusive, obrigado a refutar todas as que infirmem a sua decisão, conforme o art. 489, § 1º, IV, do CPC (LGL\2015\1656). Tal obrigação legal, aliada com a exigência de observação do contraditório substancial (notadamente, a vedação à decisão surpresa), é capaz de reduzir as chances de enviesamento por ancoragem de uma prova específica⁴⁷. Porém, outros fatores – desconsiderados na lei – influenciam o processo de tomada de decisão dos magistrados, a exemplo do tempo escasso que têm para proferir uma sentença e da necessidade de se bater metas. Esses fatores acabam por tornar mais propício o terreno para julgamentos por meio de simplificações mentais inconscientes – os vieses cognitivos. Nesse sentido, a apresentação da prova no bojo da petição pode servir como um incentivo para o julgamento com fundamento e menção a ela.

Assim, o uso dos recursos visuais em petições serve como *nudge* para um julgamento favorável. O termo *nudge* significa, em português, um “empurrãozinho”, um “cutucão”. No âmbito da tomada de decisão, trata-se de “um aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos”⁴⁸.

O que se está estudando – vieses cognitivos e *nudges* – tem como premissa o fato de que os indivíduos exercem suas escolhas com base nas suas preferências e nas limitações que são impostas pelo ambiente em que estão inseridos, em uma lógica orientada pelo custo-benefício, isto é, o resultado é aquele que maximiza ou otimiza o seu bem-estar⁴⁹.

Como dito, no sistema processual brasileiro, há fatores que pressionam os magistrados na tomada de decisão, o que lhes retira tempo sem tirar diversas exigências ligadas à qualidade das decisões, cenário de escassez que pode favorecer o enviesamento cognitivo e, por conseguinte, o uso de *nudges* (incentivos processuais) que ajudem a reduzir o tempo necessário para decidir e fundamentar. Afinal, o agente jurídico-processual não é, na sua mecânica de ação, distinto do agente real, ou seja, a

obediência a normas processuais não transforma os sujeitos do processo em seres distintos de quando agem fora dele⁵⁰.

Nesse ínterim, a apresentação de provas por meio de recursos de *visual law* no bojo de petições é um incentivo para a tomada de decisão favorável. Como *nudge*, não impõe ou constrange o decisor ou veta qualquer opção de escolha que ele tem, mas cria uma ancoragem naquela prova mencionada. O magistrado continua podendo não se convencer da tese do peticionário ou, ainda que se convença, pode fundamentar sua decisão em outras provas, mas terá, além de um esclarecimento mais rápido dos fatos narrados, uma âncora que pode poupar tempo e esforço no processo inconsciente de tomada de decisão e elaboração de sua fundamentação.

Assim, considerando que a utilização desses elementos pode exercer inconscientemente uma influência sobre o julgamento e fundamentação da decisão, cumpre apresentar alguns parâmetros para sua saudável utilização.

4 APRESENTAÇÃO DA PROVA POR MEIO DE VISUAL LAW: ALGUMAS RECOMENDAÇÕES

Admitindo-se a utilização dos elementos de *visual law* como formas de linguagem que contribuem para o acesso à justiça e o diálogo entre partes, procuradores e magistrados, cumpre apresentar algumas recomendações para seu uso como indicadores de prova documental no curso de petições, considerando que tal prática já é bastante comum, ainda que não seja expressamente admitida em lei⁵¹.

Outro dado interessante extraído do levantamento feito junto a magistrados estaduais e federais citado no tópico anterior é o da ótima aceitação do uso de elementos visuais em petições. Na magistratura federal, apenas 3,3% entendem que esses elementos não devem ser usados, enquanto na estadual esse dado ficou em zero, demonstrando que não se registrou oposição dos magistrados questionados neste ponto⁵². No entanto, questionados se entendem que o uso de *visual law* em petições facilita ou dificulta a análise, 77,12% dos magistrados federais responderam que o uso de recursos visuais facilita a análise da petição *desde que usado com moderação*, percentual semelhante (77,9%) observado para a magistratura estadual⁵³.

Assim, uma primeira recomendação é o uso moderado dos elementos visuais. Do contrário, dilui-se o potencial de incentivo processual, uma vez que a petição restará

repleta de elementos que dificultam que se opere algum viés de ancoragem na leitura da petição.

Mais um cuidado necessário é com o risco de adulteração da informação quando o elemento visa conduzir o leitor da petição a ambientes externos, como *sítes* e documentos compartilhados. Isso porque, entre o momento do protocolo da peça no sistema e o da efetiva leitura pelos demais agentes do processo, pode haver modificações no conteúdo que serve a título de prova documental, por exemplo, se o detentor do domínio de um *site* alterar as suas informações.

Outro exemplo é o da conhecida plataforma do *Youtube*, em relação a qual tem-se utilizado *links* ou *QR Codes* que levam o leitor a ela quando se está a anexar um vídeo cujo tamanho não é suportado no programa de processo eletrônico. Ocorre que, paralelo ao *Youtube*, o usuário tem à disposição a ferramenta *Youtube Studio*, que, entre as diversas funcionalidades, permite a edição do vídeo. Segundo a Central de Ajuda do *site*, o usuário pode cortar seu conteúdo, adicionar telas finais ou faixas de áudio e usar a ferramenta de desfoque⁵⁴, ou seja, modificar um vídeo já postado.

“Não se desconhece que é possível utilizar os QR Codes para remeter aquele que lê ao vídeo, por meio da conversão do código em um endereço URL que contenha o arquivo. Todavia, por se tratar de uma ferramenta muito nova, ainda surgem dúvidas, uma vez que um vídeo fora do sistema do PJe ou fora da secretaria pode ser modificado inúmeras vezes, impossibilitando um controle constante do seu conteúdo e podendo ser desfavorável ao contraditório. As discussões em torno do assunto ainda deverão se aprofundar diante da utilização, cada vez maior, da ferramenta.”⁵⁵

Essa questão, aliás, alerta para a problemática da prova documental ilícita e do seu controle. Isso porque, se uma determinada prova documental constante em ambiente externo for considerada ilícita, por qualquer motivo que seja, não haverá meios de desentranhamento da informação que leva a ela (*link* ou código) sem o desentranhamento de toda a petição.

Recomenda-se, para se preservar do problema da adulteração do conteúdo do *site*, a anexação de documento aos autos do processo apresentando este conteúdo com a devida comprovação de criptografia⁵⁶ – evitando-se um mero *print*, portanto. Alguns *sítes* fazem isso de modo automático. Por exemplo, se o usuário do sistema *Windows*

salvar como PDF a página de um *site*, no rodapé do documento gerado, restará legível um código em texto que visa certificar a validade do documento.

Nessa linha de raciocínio, sempre que for possível anexar documento referente ao conteúdo presente em ambiente externo, deve o peticionário ter em mente que esta é a forma adequada de produção da prova documental, e não por meio de *link* ou código aposto na petição. Isso porque o Código de Processo Civil, ao admitir a prova documental eletrônica, dispõe, no art. 439, que “a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei”. E, em complemento, no seu art. 441, prevê que “serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”.

Outra prática comum em termos de utilização de ferramentas visuais é a inclusão de imagens/*prints* no corpo da petição, alternando-se com o texto, recurso que pode ajudar na compreensão de fatos complexos e para destacar uma prova em meio a muitos anexos. Conforme o que se vem discutindo, faz-se importante que, ao juntar um *print* ou uma imagem no corpo da petição, o peticionário não deixe de juntar o conteúdo na íntegra nos anexos da petição.

Com efeito, se um advogado inserir no curso da petição um *print* de parte de um documento, e não juntar o documento na íntegra nos anexos do seu petítório, o uso de tal imagem poderá restar prejudicado para fins probatórios, ante a apresentação de apenas parte do todo ao juízo, o que reduzirá sua confiabilidade e seu grau de evidência que se busca dela.

Nunca é demais lembrar que a inserção de recursos visuais não deixa de ser meio possível de apresentação de prova documental eletrônica, especialmente, pelo seu caráter de âncora de convencimento e fundamentação do julgador, mas, paralelo a isso, a prova eletrônica deve ser produzida de modo a também garantir a integridade do seu conteúdo.

Um último problema inerente ao uso de *links* e códigos em petições precisa ser destacado: o risco que os destinos deles podem trazer à segurança dos usuários. São diversos tipos de vírus e aplicações que danificam a máquina do usuário com um simples clique ou ativação de algumas ferramentas na internet. Vejamos alguns exemplos: “É possível, portanto, em tese, que o destino do QR code seja para determinado site que tenha por objetivo a instalação de arquivos ou aplicações maliciosas – malwares

(conhecidos na linguagem de tecnologia da informação como Trojan, em referência ao Cavalo de Troia – *Trojan Horse*) – de espionagem (*backdoors*) ou de furto de informações (*keyloggers*), muito utilizada por cyber criminosos. Além dessa ameaça, existem também os vírus e os *worms*, que podem infectar informações e o próprio dispositivo, diminuindo sua eficiência.”⁵⁷

Além disso, a condução do leitor de uma petição a ambientes externos pode ensejar o problema dos *Dark Patterns*, que seriam “padrões obscuros” de linguagem utilizados mediante estratégias antiéticas de *design*. Tal problemática se desenvolve por meio de: “escolhas de design de interface que beneficiam um serviço online ao coagir, direcionar ou enganar os usuários a tomar decisões que, se totalmente informados e capazes de selecionar alternativas, eles podem não tomar. Os *Dark Patterns* atuam, portanto, como uma espécie de padrão de design deliberadamente projetado para induzir os usuários a ações indesejadas.”⁵⁸

Diante de tal questão, deve-se proteger os agentes processuais para que não sejam conduzidos a um ambiente externo com informações que colocam em risco a segurança de navegabilidade e nem que sejam levados a informações apresentadas com padrões obscuros e antiéticos para não desnaturar a boa-fé processual, norma fundamental insculpida no art. 5º do CPC (LGL\2015\1656).

Diante da maior dificuldade de se prevenir, por meio de ferramentas processuais, a problemática da segurança dos dados ora tratada, deve-se garantir a responsabilização do peticionário que colocar os demais usuários do sistema processual em risco. Considerando a regra da publicidade, essa responsabilização deve recair ainda que o lesado não seja advogado ou juiz que atue naquele processo.

CONCLUSÃO

Tendo a comunicação entre as pessoas sofrido substanciais modificações, principalmente, na ciência jurídica, conclui-se que os sujeitos processuais também precisam acompanhar essa evolução, a começar por colocar de lado a desnecessária erudição na redação dos documentos jurídicos.

O *visual law* como resultado final das técnicas de *legal design*, para simplificar as informações ao seu destinatário final, tem se mostrado um elemento facilitador dessa comunicação entre juízes e advogados, já existindo pesquisas que atestam a boa

receptividade dos magistrados federais ao se depararem com peças processuais que utilizam essas ferramentas, inclusive várias delas já usadas na magistratura.

O emprego de recursos visuais no bojo de petições como facilitadores da percepção da prova documental é estratégia que tem íntima ligação com a teoria dos vieses cognitivos, oriunda da psicologia cognitiva e da economia comportamental, e que não é novidade na processualística, apesar de ainda carecerem de estudos empíricos mais sólidos apontando a força de sua influência no efetivo convencimento do magistrado.

O uso dos recursos visuais, contudo, não deve ser feito de qualquer modo. É estratégico. O peticionário deve entender que a ferramenta em questão pode servir como âncora para o convencimento e como um facilitador para a fundamentação do julgador, porém, para que sirva a tal escopo, deve também ter em mente que deve usá-la moderadamente.

Ademais, cumpre atentar para o que o CPC (LGL\2015\1656) prevê quanto à produção da prova documental em meio eletrônico, notadamente os arts. 439 e 441, prezando-se pela anexação de via integral e, se constante em ambiente externo, devidamente criptografada.

Por fim, não se pode olvidar que, com a admissibilidade de provas documentais presentes em ambientes externos, como *sites*, nasce também a responsabilização do peticionário pelos danos causados em razão de vírus, *spam*, *dark patterns*, entre outros elementos presentes nesses ambientes, que põem em risco a segurança de dados e o bom funcionamento de *hardwares* e *softwares* dos demais usuários do sistema processual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais – Economia comportamental e nudges* no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2020.

AGUIAR, Karoline Staut de. *Visual law: como a experiência do Direito pode ser aprimorada*. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

ARAMIZO, Thiago. *Curso de legal design – Teoria e prática*. Belo Horizonte: KLSN, 2021. Versão *Kindle*.

AZEVEDO, Bernardo de. *Como aplicar o visual law na prática*, 2019. Disponível em: [<https://bit.ly/3hInczi>]. Acesso em: 11.05.2021.

BOLESINA, Iuri; LEMES, Jeverson Lima. *Visual law*: um conceito emergente do encontro entre direito e design. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 155-171, jan.-jun. 2022.

BORGES, Priscila. *Legal design*, direito como mercadoria. *Pensamentos em Design*, v. 3, n. 1, p. 63-73, 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN adota novo modelo de Carta de Cobrança inclusiva e mais acessível*. 31 out. 2022. Disponível em: [<https://gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2022/pgfn-adota-novo-modelo-de-carta-de-cobranca-inclusiva-e-mais-acessivel>]. Acesso em: 06.10.2023.

CARVALHO FILHO, Antônio; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O uso de *QR code* nos processos judiciais. Por que não? *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, p. 99-115, abr.-jun. 2018.

CENTENO, Murillo Heinrich. O impacto dos recursos visuais no âmbito jurídico. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

COELHO, Alexandre Zavaglia; BATISTA, Cynara de Souza. *Design de serviços jurídicos*. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. *Legal design/Visual law – Comunicação entre o universo do direito e os demais setores da sociedade*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério – Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O profissional do direito no século XXI. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A iconografia jurídica brasileira na casa de Tobias Barreto. *Conjur*, 02 out. 2019. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2019-out-02/direito-comparado-iconografia-juridica-brasileira-casa-tobias-barreto>]. Acesso em: 04.05.2021.

FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. Câmara Cascudo e o *legal design* – A visualidade do direito entre provincianismo e globalização. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 189-200, 2020.

GRANJA, Gustavo Borges Pereira; REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. Como o *design* jurídico e o direito visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

HAGAN, Margareth. *Law by design*. 2020. Disponível em: [www.lawbydesign.co/]. Acesso em: 03.08.2021. HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.

HORN, Robert E. Information design: emergence of a new profession. In: JACOBSON, Robert (Ed). *Information design*, Cambridge: The MIT Press, 1999.p. 15.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar* – Duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KASPERSKY. *O que é criptografia de dados? Definição e explicação*. 2023. Disponível em: [<https://kaspersky.com.br/resource-center/definitions/encryption>]. Acesso em: 12.10.2023.

KATHLEEN, Chrys; PACHECO, Daniela; BARCI, Heloísa. LAB de inovação. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

LOPES, Fernanda de Oliveira. Como aplicar o *visual law* nos departamentos jurídicos. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law* – Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Ed. RT, 2020.

MAIA, Ana Carolina; NYBO, Erik Fontenele; CUNHA, Mayara. *Legal design*. Criando documentos que fazem sentido para os usuários. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Versão *Kindle*.

MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. A implementação de *nudges* em plataformas digitais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 340, v. 48, p. 385--405, jun. 2023.

MELO, Adriana; ABELHEIRA, Ricardo. *Design thinking & thinking design* – Metodologia, ferramentas e uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Novatec, 2017. MORAES, Juliana Almeida de. Uma releitura dos contratos de plano de saúde com as técnicas do *visual law*. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law* – Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Ed. RT, 2020.

NUNES, Dierle et al. *Visual law* – O *design* em prol do aprimoramento da advocacia. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2023.

NUNES, Dierle; LUD; Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidadedos sujeitos processuais* – Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação e seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo *design: design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e direito processual* – Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

NYBO, Eric Fontenele. A aplicação de recursos de *design* na elaboração de documentos jurídicos. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

SANTOS, Bruno Rabelo dos; MANDALOZZO, Silvana. *Visual law* aplicada no direito do trabalho: estudo de caso Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 6ª Região. *Conjecturas*, v. 22, n. 12, p. 806-820, 2022.

SOUSA, Leonardo Sathler de. *Visual law* e o direito. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura estadual. *VisuLaw*, 2021. Disponível em: [https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2022/10/pesquisa-visulaw-2021.pdf]. Acesso em: 07.10.2023.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. *VisuLaw*, 2020. Disponível em: [https://conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf]. Acesso em: 07.10.2023.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge – Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Westminster: Penguin Books, 2009.

UENO, Gisele. Metodologia ágil e o *legal design* em projetos de transformação digital. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

YOUTUBE. *Central de Ajuda do Youtube* (s.d.). Disponível em: [https://support.google.com/youtube/answer/7548152?hl=pt-BR]. Acesso em: 12.10.2023.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.643/2021. 29 abr. 2021. Disponível em: [https://camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2279854]. Acesso em: 06.10.2023.

1. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O profissional do direito no século XXI. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021. p. 81.

2. *Ibid.*, p. 79.

3. NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 111.

4. NUNES, Dierle et al. *Visual law: o design em prol do aprimoramento da advocacia*. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2023. p. 22-23.

5. MELO, Adriana; ABELHEIRA, Ricardo. *Design thinking & thinking design – Metodologia, ferramentas e uma reflexão sobre o tema*. São Paulo: Novatec, 2017. p. 15.
6. KATHLEEN, Chrys; PACHECO, Daniela; BARCI, Heloísa. LAB de inovação. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021. p. 108.
7. NUNES, Dierle et al. Op. cit., p. 25.
8. BORGES, Priscila. *Legal design, direito como mercadoria. Pensamentos em design*, v. 3, n. 1, p. 71, 2023.
9. Tendo a mesma premissa do *design thinking*, o *legal design* tem o usuário (que muitas vezes é o jurisdicionado) – e não do sistema – como fim último, focando menos no “o que o produto faz” e mais em “como ele faz” (BOLESINA, Iuri; LEMES, Jeverson Lima. *Visual law: um conceito emergente do encontro entre direito e design*. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./jun. 2022. p. 169).
10. HORN, Robert E. Information design: emergence of a new profession. In: JACOBSON, Robert (Ed). *Information design*, Cambridge: The MIT Press, 1999, p. 15.
11. NYBO, Eric Fontenele. A aplicação de recursos de *design* na elaboração de documentos jurídicos. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021. p. 81.
12. MAIA, Ana Carolina; NYBO, Erik Fontenele; CUNHA, Mayara. *Legal design*. Criando documentos que fazem sentido para os usuários. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Posição 168 (E-book).
13. HAGAN, Margareth. *Law by design*. 2020. Disponível em: [www.lawbydesign.co/]. Acesso em: 03.08.2021. Tradução livre.
14. ARAMIZO, Thiago. *Curso de legal design – Teoria e prática*. Belo Horizonte: KLSN, 2021. Posição 24. Versão Kindle.
15. Ibid.
16. COELHO, Alexandre Zavaglia; BATISTA, Cynara de Souza. *Design de serviços jurídicos*. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021.
17. HAGAN, Margareth. *Law by design*. 2020. Disponível em: [www.lawbydesign.co/]. Acesso em: 03.08.2021.
18. NUNES, Dierle et al. *Visual law – O design em prol do aprimoramento da advocacia*. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2023. p. 40.
19. A aplicação do *storytelling*, que consiste na habilidade de contar histórias de maneira envolvente, explorando um enredo elaborado e seus aspectos relevantes, é uma

ferramenta de *legal design* que, se utilizada mediante recursos audiovisuais, também poderá ser considerada *visual law* (AGUIAR, Karoline Staut de. *Visual law* – Como a experiência do Direito pode ser aprimorada. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law* – Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 65). Com o uso da técnica de *storytelling*, cria-se a possibilidade da superação de eventuais preconceitos, atalhos mentais ou mantras do julgador que já tem a decisão pensada, possibilitando a modificação do seu entendimento. O impacto cognitivo dos elementos visuais pode servir como elemento-chave para a persuasão do magistrado.

20. CENTENO, Murillo Heinrich. O impacto dos recursos visuais no âmbito jurídico. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law* – Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 126.

21. Trata-se de um código de barras bidimensional com capacidade de codificar atalhos para endereços eletrônicos (URL e *e-mails*, inclusive múltiplos), cartões de visitas virtuais (VCard), textos, SMS, PDF, aplicativos, arquivos em geral, imagens e vídeos (CARVALHO FILHO, Antônio; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O uso de QR code nos processos judiciais. Por que não? *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, abr.-jun. 2018. p. 101).

22. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A iconografia jurídica brasileira na casa de Tobias Barreto. *Conjur*, 02 out. 2019. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2019-out-02/direito-comparado-iconografia-juridica-brasileira-casa-tobias-barreto>]. Acesso em: 04.05.2021.

23. HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 7.

24. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Câmara Cascudo e o *legal design* – A visualidade do direito entre provincianismo e globalização. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 192, 2020.

25. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A iconografia jurídica brasileira na casa de Tobias Barreto. *Conjur*, 02 out. 2019. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2019-out-02/direito-comparado-iconografia-juridica-brasileira-casa-tobias-barreto>]. Acesso em: 04.05.2021.

26. BORGES, Priscila. *Legal design*, direito como mercadoria. *Pensamentos em design*, v. 3, n. 1, 2023. p. 70.

27. GRANJA, Gustavo Borges Pereira; REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. Como o *design* jurídico e o direito visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law* – Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 65.

28. SOUSA, Leonardo Sathler de. *Visual law* e o direito. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; CALAZA, Teles. *Legal design*. São Paulo: Foco, 2021. p. 101.

29. COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. *Legal design/Visual law* – Comunicação entre o universo do direito e os demais setores da sociedade. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

30. Nesse sentido, estudos em estratégias de convencimento para vendas concluem que muitas escolhas que os consumidores precisam fazer são simplificadas graças à tecnologia da informática e à internet, pois os índices de aquisição aumentam em razão da facilidade de aderir ao negócio (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge – Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Westminster: Penguin Books, 2009. p. 142-167).

31. LOPES, Fernanda de Oliveira. Como aplicar o *visual law* nos departamentos jurídicos. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 54.

32. GRANJA, Gustavo Borges Pereira; REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. Como o *design* jurídico e o direito visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 65.

33. Em questionário respondido por 147 juízes federais integrantes de seções judiciárias de todos os estados brasileiros, entre os maiores problemas nas petições, a argumentação genérica estava presente em 71,90% das respostas, seguida da redação prolixa (71,24% das respostas) e o número excessivo de páginas (62,09% das respostas). Questionados sobre o que pode tornar a leitura de uma petição mais agradável, 96,7% indicaram a objetividade da redação, 66% apontaram a boa formatação da peça e 59% informaram a redução no número de páginas (SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. *VisuLaw*, 2020. Disponível em: [<https://conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023). No âmbito da magistratura estadual, 517 integrantes de unidades judiciárias de todos os Estados brasileiros ratificaram o cenário, indicando que os três maiores problemas nas petições são, respectivamente, argumentação genérica (73,40%), número excessivo de páginas (72%) e redação prolixa (71,60%). Em relação ao que pode tornar a leitura de uma petição mais agradável, 99,20% dos magistrados indicaram a objetividade da redação, enquanto 64,20% mencionaram a boa formatação da peça e 58,40% informaram a redução no número de página (SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura estadual. *VisuLaw*, 2021. Disponível em: [<https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2022/10/pesquisa-visulaw-2021.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023).

34. SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. *VisuLaw*, 2020. Disponível em: [<https://conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023.

35. SOUZA, Bernardo de Azevedo e (coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura estadual. *VisuLaw*, 2021. Disponível em: [<https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2022/10/pesquisa-visulaw-2021.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023.

36. BRASIL, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN adota novo modelo de Carta de Cobrança inclusiva e mais acessível*. 31 out. 2022. Disponível em: [<https://gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2022/pgfn-adota-novo-modelo-de-carta-de-cobranca-inclusiva-e-mais-acessivel>]. Acesso em: 06.10.2023.

37. AZEVEDO, Bernardo de. *Como aplicar o visual law na prática*, 2019. Disponível em: [<https://bit.ly/3hInczi>]. Acesso em: 11.05.2021.
38. SANTOS, Bruno Rabelo dos; MANDALOZZO, Silvana. *Visual law* aplicada no direito do trabalho – Estudo de caso Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 6ª Região. *Conjecturas*, v. 22, n. 12, p. 813-817, 2022.
39. MORAES, Juliana Almeida de. Uma releitura dos contratos de plano de saúde com as técnicas do *visual law*. In: SOUZA, Bernardo Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. *Visual law – Como os elementos visuais podem transformar o direito*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 65.
40. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 409.
41. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério – Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 53.
42. NUNES, Dierle; LUD; Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação e seus efeitos e o debiasing*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 103.
43. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – Duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 153.
44. Um exemplo: nos Estados Unidos, fez-se um experimento onde se questionou se os entrevistados estariam dispostos a contribuir com uma determinada questão ambiental de três formas: uma sem sugerir qualquer valor prévio, outra questionando se poderiam ajudar com cinco dólares e mais uma questionando se poderiam ajudar com 400 dólares. As médias dos valores de contribuição em cada pergunta foram: 64 dólares para a primeira (sem âncora), 20 dólares para a segunda (âncora baixa) e 143 dólares para a terceira (âncora alta), podendo-se concluir que o efeito de ancoragem era acima de 30%, isto é, o aumento do pedido inicial em 100 dólares trazia um retorno de 30 dólares na média de predisposição dos entrevistados a contribuir (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar – Duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 159).
45. NUNES, Dierle; LUD; Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação e seus efeitos e o debiasing*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 104.
46. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério – Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 152.
47. NUNES, Dierle. Op. cit., p. 104.

48. THALER, Richard; SUNSTEIN, CASS. *Nudge* – Improving decisions about health, wealth, and happiness. Westminster: Penguin Books, 2009. p. 12.

49. ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais* – Economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 59.

50. Ibid., p. 57.

51. Em que pese exista Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional com tal intuito. No PL 1.643/2021, visa-se incluir ao Código de Processo Civil um artigo com o seguinte texto normativo: “Art. 192-A. Nos processos judiciais eletrônicos, admite-se a utilização de Código QR para acesso a informações paratextuais em ambiente extra-autos.” (BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.643, de 29 de abril de 2021. Disponível em: [<https://camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2279854>]. Acesso em: 06.10.2023.)

52. SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. *VisuLaw*, 2020. Disponível em: [<https://conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023; SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura estadual. *VisuLaw*, 2021. Disponível em: [<https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2022/10/pesquisa-visulaw-2021.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023.

53. SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. *VisuLaw*, 2020. Disponível em: [<https://conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023; SOUZA, Bernardo de Azevedo e (Coord.). Elementos visuais em petições na visão da magistratura estadual. *VisuLaw*, 2021. Disponível em: [<https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2022/10/pesquisa-visulaw-2021.pdf>]. Acesso em: 07.10.2023.

54. YOUTUBE. *Central de Ajuda do Youtube* (s.d.). Disponível em: [<https://support.google.com/youtube/answer/7548152?hl=pt-BR>]. Acesso em: 12.10.2023.

55. NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo *design: design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e direito processual* – Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 227-260, esp. p. 249.

56. “A criptografia é um elemento fundamental da segurança de dados. É a forma mais simples e mais importante de garantir que as informações do sistema de um computador não sejam roubadas e lidas por alguém que deseja usá-las para fins maliciosos. [...] A criptografia envolve a conversão de texto simples legível por humanos em texto incompreensível, o que é conhecido como texto cifrado. Essencialmente, isso significa pegar dados legíveis e transformá-los de forma que pareçam aleatórios. A criptografia envolve o uso de uma chave criptográfica, um conjunto de valores matemáticos com os

quais tanto o remetente quanto o destinatário concordam. O destinatário usa a chave para descriptografar os dados, transformando-os de volta em texto simples legível. Quanto mais complexa for a chave criptográfica, mais segura será a criptografia, pois é menos provável que terceiros a descriptografem por meio de ataques de força bruta (ou seja, tentar números aleatórios até que a combinação correta seja adivinhada).” (KASPERSKY. *O que é criptografia de dados? Definição e explicação*. 2023. Disponível em: [https://kaspersky.com.br/resource-center/definitions/encryption]. Acesso em: 12.10.2023).

57. CARVALHO FILHO, Antônio; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O uso de QR code nos processos judiciais. Por que não? *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, abr.-jun. 2018. p. 108.

58. MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. A implementação de nudges em plataformas digitais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 340, v. 48, p. 385-405, jun. 2023.

**POR UMA NOVA
RESPONSABILIDADE CIVIL
NO AMBIENTE DIGITAL**

Carolina Nobre
Caroline Amadori Cavet

POR UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL NO AMBIENTE DIGITAL

FOR A NEW CIVIL LIABILITY IN THE DIGITAL ENVIRONMENT

Carolina Nobre

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Presidente da Comissão de Direito Constitucional da OAB-AM (gestão 2022-2024). Membro da Comissão Especial de Responsabilidade Civil do Conselho Federal da OAB (gestão 2022-2024). Professora de cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Advogada e parecerista.

Caroline Amadori Cavet

Mestre em Direito das Relações Sociais – Novos paradigmas do Direito, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OABPR (gestão 2022-2024). Membro da Comissão Especial de Responsabilidade Civil do Conselho Federal da OAB (gestão 2022-2024). Professora de cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Advogada. Sócia Fundadora do escritório de advocacia Caroline Cavet Advocacia.

RESUMO

O artigo investiga os desafios da responsabilidade civil no ambiente digital, em especial frente as novas dinâmicas sociais trazidas pela internet, como a disseminação de desinformação e o anonimato. A pesquisa começa com uma análise do conceito clássico de responsabilidade civil, aplicando-o às relações no ambiente digital e explorando os limites do Marco Civil da Internet na responsabilização de provedores de serviços. Por meio de método dedutivo, a investigação evidencia a necessidade de evolução normativa para a proteção de direitos fundamentais. Em linhas conclusivas, o estudo enfatiza a importância de encontrar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e o controle jurídico, a fim de mitigar os impactos negativos das interações online.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Ambiente Digital. Desinformação. Marco Civil da Internet. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

This article investigates the challenges of civil liability in the digital environment, particularly considering the new social dynamics introduced by the internet, such as the dissemination of misinformation and anonymity. The research begins with an analysis of the classic concept of civil liability, applying it to relationships in the digital environment and exploring the limits of the Internet Civil Framework regarding the accountability of service providers. Through a deductive method, the investigation highlights the need for regulatory evolution to protect fundamental rights. In conclusion, the study emphasizes the importance of finding a balance between freedom of expression and legal control to mitigate the negative impacts of online interactions.

Keywords: Civil Liability, Digital Environment, Misinformation, Internet Civil Framework, Freedom of Expression.

INTRODUÇÃO

O surgimento da internet proporcionou novas formas de relações sociais para além do ambiente físico. Se, por um lado, a superação da barreira geográfica por meio da conectividade global facilita o acesso às informações, por outro, impõe uma densa camada de complexidade. Isso se deve ao fato de que, com a rapidez e a amplitude da comunicação online, emergem problemas como a disseminação de desinformação, a criação de perfis falsos e a coleta e manipulação de dados. Embora essas práticas possuam tipificação jurídica na maioria das vezes, nem sempre encontram a proteção legal necessária para que a função social do direito seja efetivamente exercida.

Nesse contexto, a doutrina da responsabilidade civil merece ser reavaliada à luz das novas realidades sociais, uma vez que as consequências jurídicas atuais parecem insuficientes para regular as condutas no ambiente digital. O objetivo deste artigo é apresentar os desafios da responsabilidade civil derivada de atos praticados no ambiente digital. Para tanto, uma análise da doutrina clássica da responsabilidade civil será feita para que demonstre que nem o legislador, tampouco a doutrina, previam a repercussão digital desses atos. Nesse sentido, serão apresentadas situações concretas que demonstram que as consequências jurídicas dessas ações são singulares e exigem soluções jurídicas diferenciadas, que vão além das já propostas pelo Marco Civil da Internet.

A pesquisa é substancialmente bibliográfica, fundamentada em artigos científicos, referências doutrinárias e documentos jurídicos, no intuito de evidenciar as consequências atualmente apresentadas pelo Direito e a necessidade de construção de novas soluções para as relações desenvolvidas no ambiente digital. O que se pretende demonstrar é a necessidade de observância de que os atos sociais praticados em ambientes digitais possuem características distintas por terem consequências jurídicas também diferenciadas, caso fossem praticadas em um ambiente físico.

1 A IDEIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em toda ordem jurídica há uma preocupação com o estabelecimento prévio de normas de conduta social capaz de organizar a convivência em sociedade. O Estado

contemporâneo desempenha o importante papel de regular o convívio dos indivíduos e, ao mesmo tempo, proteger seus Direitos Fundamentais em sua vida privada.

Assim, a Constituição de 1988, concretizando Direitos Fundamentais de primeira geração, garante direitos que se destinam à esfera individual: liberdade, propriedade, privacidade, propriedade *etc.* A par desses, o Estado também tutela direitos que decorrem do convívio em sociedade e que são concretizados por meio da prestação de serviços públicos, como a segurança, a previdência social, a proteção do trabalhador, à saúde entre outros. Os direitos que correspondem à coletividade também são direitos constitucionalmente garantidos e demandam igual tutela estatal, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse contexto, a ordem jurídica estabelece deveres individuais, coletivos e estatais, que devem ser rigorosamente observados para que a dinâmica da proteção dos direitos seja possível. Significa dizer que a concretização de direitos não é algo que acontece de modo estático porque a mesma pessoa que detém a garantia de proteção aos direitos também deve respeitar o direito de outro indivíduo igualmente tutelado naquela sociedade.

Assim, há um dever jurídico de uma conduta externa imposta pelo Direito Positivo em razão de uma convivência social. A violação desse dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre, acarreta dano para outrem, o que faz com que um novo dever jurídico surja: o dever de reparar o dano⁹¹.

A doutrina civilista explica que há um dever jurídico originário (ou primário) e um dever jurídico sucessivo (ou secundário). O dever jurídico originário é um dever que, ao ser descumprido, acarretará o dever de indenizar o prejuízo causado, ou seja, no dever reparar o dano. Nesse contexto, a ideia de responsabilidade civil corresponde ao dever imposto a alguém que tem a obrigação ou encargo de reparar o prejuízo porque violou um dever jurídico originário. A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor esse dano, pois responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico⁹².

Desse modo, para haver responsabilidade civil é essencial que ocorra a violação de um dever jurídico e o dano. Ou seja, o sujeito deveria ter agido de modo diferente⁹³, deveria ter se preocupado com seu dever jurídico, mas acabou agindo de modo distinto e

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª edição ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª edição ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

⁹³ Sergio Cavaliere Filho explica que a obrigação sempre corresponde ao dever jurídico originário enquanto a responsabilidade é o dever jurídico sucessivo porque é consequência da violação do primeiro: "Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo, daí a feliz imagem de Larenza ao dizer que 'a responsabilidade é a sombra da obrigação'." CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª edição ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

deixou de agir conforme o seu dever. Com isso, gerou prejuízo para outra pessoa e, portanto, na proteção dos direitos dessa outra pessoa, o Estado impõe o dever de indenizar.

1.1 A configuração do ilícito

Se a responsabilidade civil ocorre quando há a violação do dever jurídico e essa violação configura um ilícito, é importante esclarecer como o conceito de ilícito pode variar em diferentes jurisdições e contextos culturais. Do ponto de vista do Direito, o ato jurídico pode ser considerado ilícito porque é contrário ao que é considerado lícito, ou seja, é antijurídico, vai contra ao ordenamento jurídico, é contrário às normas de convivência social. Por vezes, esses atos têm a sua ilicitude definida pelo próprio Estado, por meio de normas jurídicas que tipificam ilícitos civis e penais ao indicar as condutas que, se praticadas, serão assim consideradas. Por outras vezes, o Estado não configura tais condutas, mas determina como os atos jurídicos devem ser praticados ou, ainda, determina direitos e garantias considerados fundamentais que, se desrespeitados, poderão ser reparados civilmente.

Assim, em sentido amplo o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato e da conduta humana antijurídica, porque contrária ao direito. Porém, no sentido estrito, a configuração da ilicitude do ato considerará elementos subjetivos e psicológicos para a avaliação da conduta. Nesse aspecto, o ato ilícito que acarretará responsabilização avaliará outros requisitos para além da violação do dever e do dano. Será necessário avaliar também a culpa e o nexos causal, elementos que vão caracterizar a responsabilidade subjetiva ou objetiva⁹⁴.

No entanto, a identificação desses elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade se demonstra cada vez mais complexa no ambiente digital, especialmente porque, no contexto analógico, as intenções e os contextos são mais facilmente discerníveis. A internet dá origem a novas relações que não podem ser reduzidas a meras interações artificiais; seus efeitos reverberam de maneira significativa na sociedade.

O impacto dessas relações na proteção de dados pessoais, na responsabilidade civil, nos danos à imagem e à propriedade intelectual, assim como na velocidade com que os danos decorrentes de atos ilícitos se propagam. Além disso, a dificuldade em rastrear e responsabilizar os indivíduos por suas ações online, muitas vezes anônimas, complica

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª edição ampliada. São Paulo: Atlas, 2008, p.10.

ainda mais a aplicação das normas jurídicas. Essas questões não poderiam ser imaginadas pelos legisladores do passado, de modo que as soluções jurídicas apresentadas pelo sistema atual precisam ser ajustadas para que seja possível efetivar a proteção jurídica pelo Estado nesse novo contexto.

2 AS RELAÇÕES NO AMBIENTE DIGITAL DA INTERNET

O desenvolvimento tecnológico atual marca a ascensão da quarta revolução industrial, caracterizada pelo surgimento de inovações computacionais que possibilitam a virtualização da sociedade⁹⁵. Como consequência, as novas formas de conexão por meio de redes digitais disseminaram essas inovações de maneira tão intensa que se observa uma fusão entre os mundos digital e analógico. Essa interconexão não apenas transforma a forma como interagimos, mas também redefine as dinâmicas sociais, econômicas e culturais⁹⁶, criando um ambiente em que os limites entre o físico e o virtual se tornam cada vez mais tênues.

Do ponto de vista da formação estatal, a identificação de um espaço territorial físico, com delimitação geográfica, sempre foi considerada essencial para o exercício da soberania. Dessa forma, o desenvolvimento do Estado de Direito, baseado em normas capazes de orientar a convivência social estaria intrinsecamente ligado à manutenção do poder em determinado território.

Segundo Fiorillo, o meio ambiente pode ser classificado em várias categorias, incluindo dentre elas o natural, artificial, cultural, digital, do trabalho e do patrimônio genético⁹⁷. Para Fiorillo, o meio ambiente digital é ramo do Direito Ambiental porque estuda os bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira no meio digital, incluindo a rede mundial de computadores – a *internet*.

Os reflexos jurídicos dessa nova realidade implicam no reconhecimento do surgimento de novas necessidades derivadas das novas formas de interação social exigem respostas diferenciadas do sistema normativo, tanto do ponto de vista material quanto processual⁹⁸. Diante dos novos desafios de tutela jurisdicional, não apenas o

⁹⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 37.

⁹⁶ SOUSA, Bernardo de Azevedo e; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romullo. **Manual prático de provas digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 37.

⁹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

⁹⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza Viana; PAOLINELLI, Camila. Problematizando o direito à prova produzida em ambiente virtual: atipicidade, preservação de dados e valoração das provas no contexto da tecnologização das relações jurídicas. In: IWAKURA, Cristiane; BORGES, Fernanda Gomes e Souza; BRANDIS, Juliano Oliveira. **Processo e Tecnologia: justiça digital, inteligência artificial, resolução consensual de conflitos, gestão estratégica e governo digital e legal design**. Londrina: Editora Thoth, 2022, p. 161.

acesso à justiça em si é afetado⁹⁹, mas também as próprias relações jurídicas materiais e processuais.

Por outro lado, a seleção e manipulação de informações encontrou na *internet* um ambiente propício para se disseminar, capaz de impactar nas decisões políticas e até mesmo enfraquecer a democracia e as instituições públicas. Para Fischer¹⁰⁰ por ser tão predominante na vida das pessoas, a tecnologia das redes sociais exerce uma atração poderosa na psicologia e na identidade porque transforma a forma como as pessoas pensam, se comportam e agem.

As pessoas são classificadas, categorizadas e pontuadas em centenas de modelos com base em suas preferências e comportamentos. Isso estabelece uma base para campanhas publicitárias legítimas, mas também abastece anúncios que identificam com precisão pessoas em necessidades e que as vendem promessas falsas ou exageradas. Essa prática resulta em desigualdade e o resultado é a perpetuação da estratificação social já existente com todas as suas injustiças¹⁰¹.

Além disso, o ambiente *online* é resultado de uma evolução da esfera pública que cada vez mais se encontra “em pedaços” caracterizados por uma série de vocalizações e intenções sociais, políticas, econômicas e culturais. Essa fragmentação reposicionou a sociedade para um outro patamar de liberdade propiciando uma falsa impressão de que tudo pode ser falado, comentado e postado nas redes sociais.¹⁰²

Não há dúvida do impacto disso nas relações sociais contemporâneas, onde o comportamento pode ser influenciado por postagens cuidadosamente direcionadas pela seleção algorítmica. Como nas redes sociais os algoritmos contextualizam as imagens e as relacionam com determinados padrões e grupos¹⁰³, tudo fica devidamente categorizado para supostamente melhorar a experiência do usuário.

A *internet* viabiliza um modo de comunicação que integra diversas plataformas na formação de um ambiente digital. As redes sociais são aplicações tecnológicas utilizadas por pessoas previamente cadastradas que aceitam os termos de uso. São, portanto, um espaço privado de convivência pública.

Nesse contexto, não é difícil perceber os potenciais problemas trazidos pela *internet* para a proteção dos direitos. Seria possível exigir a compreensão de usuários e

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Technology and Fundamental Guarantees of Civil Procedure. Associação Internacional. **Congresso sobre Inteligência Artificial e o impacto no sistema Judiciário civil**. Porto Alegre, Brasil, Set. 2022.

¹⁰⁰ FISCHER, Max. **A máquina do caos: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo**. Tradução: Érico Assis. Editora: Todavia, São Paulo, 2023, p. 21.

¹⁰¹ O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: **Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Trad. Rafael Abraham. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020, p. 112

¹⁰² MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News: Modernidade, metodologia e regulação**. Editora Juspodivm, 2021, p. 247.

¹⁰³ BEIGUELMAN, Giselle. **Políticas da imagem: vigilância e resistência na dadosfera**. São Paulo: Ubu Editora, 2021, p. 49.

plataformas, nesta nova relação civil, de seus deveres e responsabilidades na *internet*? Ademais, a ausência de barreiras físicas e a indefinição de limites geográficos dificultam o controle desses impactos e facilitam o esvaziamento do controle estatal na sociedade da informação, reduzindo o potencial jurisdicional dos Estados.

Assim, é possível compreender que a proteção constitucional do meio ambiente não se aplica apenas ao meio ambiente natural, mas estende-se ao digital, sobretudo agora, em que a informação é amplificada por meio da *internet*, pois os efeitos são sistêmicos. Deve haver, portanto, um diálogo entre os variados ramos do direito porque a sociedade desenvolvida na *internet* demanda novas soluções jurídicas, adequadas para esse ambiente.

2.1 Marco civil da internet: liberdade sem responsabilidade?

Com o objetivo de estabelecer princípios, direitos, garantias e deveres para o uso da internet do Brasil, o Marco Civil da Internet foi estabelecido por meio da Lei n. 12.965, publicada no ano de 2014. Naquele momento, a responsabilidade civil foi tratada dentro do capítulo referente ao serviço de provisão de conexão e de aplicações de internet.

Desse modo, compreendeu o legislador que o provedor de conexão não seria responsabilizado civilmente por danos de conteúdo gerado por terceiros¹⁰⁴. Ademais, com o objetivo de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, os provedores de aplicação somente poderiam ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros se não tomasse providências para retirar o conteúdo após uma ordem judicial específica¹⁰⁵.

Assim, a depender do serviço – se de conexão ou de aplicação – a responsabilidade civil na *internet* tem uma diferente resposta jurídica. Por se tratar de um ambiente que conecta diferentes usuários, aquele que provê essa conexão, ou seja, o provedor de conexão, não é responsável por danos de conteúdo gerado por terceiros porque apenas habilita envio e recebimento de pacote de dados pela internet¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.965/2014**. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014).

¹⁰⁵ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.965/2014**. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014).

¹⁰⁶ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.965/2014**. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014).

O tratamento é diferente quando se trata de provedor de aplicações. Por ser um serviço que oferece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet¹⁰⁷, o provedor de aplicações é responsável por conteúdos gerados por terceiros, mas apenas quando não obedecer a uma ordem judicial para a retirada do conteúdo. Ou seja, em regra, os provedores de aplicação não são responsáveis por conteúdos gerados por terceiros. Essa abordagem foi adotada pelo legislador para proteger a liberdade de expressão dos usuários e evitar que a moderação de conteúdo configure censura.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal discute a constitucionalidade desses dispositivos na sistemática da repercussão geral nos temas 987 e 533. O tema 987 discute se o artigo 19 do Marco Civil da Internet é constitucional ao exigir ordem judicial específica para que ocorra a exclusão do conteúdo¹⁰⁸. Já o tema 533 discute se há dever da empresa que hospeda sítio na *internet* em retirar conteúdo ofensivo sem intervenção do Judiciário¹⁰⁹. Ambos tratam da responsabilidade civil de provedores de aplicação de *internet*, bem como de empresas que hospedam os sítios que proporcionam a propagação do conteúdo ilícito. Atualmente, a responsabilidade dos provedores desse tipo de serviço só é concretizada diante de descumprimento de ordem judicial.

Do ponto de vista da responsabilidade civil, a questão parece ser facilmente resolvida a partir dos dispositivos do Código Civil, conforme visto acima. A configuração do ilícito e dos elementos que identificam a responsabilidade parece ser de fácil identificação quando é possível apontar que um terceiro, mas não o provedor do serviço, foi responsável pelo conteúdo. O problema é que as previsões jurídicas do passado vêm se demonstrando insuficientes para organizar e orientar a sociedade contemporânea.

Vários são os casos em que se observa que, sob a proteção da liberdade de expressão, usuários disseminam desinformação e conteúdos ofensivos por meio das

¹⁰⁷ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.965/2014**. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014).

¹⁰⁸ EMENTA Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n 1037396 RG**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF. Data do Julgamento: 01 mar. 2018. Data de Publicação 04 abr. 2018.)

¹⁰⁹ GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Agravo em **Recurso Extraordinário n 660861 RG**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF. Data do Julgamento: 22 mar. 2012. Data de Publicação 07 nov. 2012.)

redes sociais e *websites*. Cass Sunstein¹¹⁰ exemplifica essa nova dinâmica contemporânea por meio do caso conhecido como “The Nuremberg Files”, um site criado nos Estados Unidos com o objetivo de coletar informações sobre pessoas responsáveis pela prática de aborto, visando um dia julgá-las por crimes contra a humanidade. Nesse *website*, uma longa lista de pessoas consideradas abortistas com dados pessoais, placas de carro e endereços era divulgada. Como consequência, três médicos incluídos na lista foram assassinados, e a cada morte, uma linha cortava o nome do falecido. Sunstein busca destacar os perigos dos excessos da liberdade de expressão na internet, especialmente quando há sites hospedados por terceiros que, supostamente, não têm relação com o conteúdo que disseminam.

No Brasil, a situação não é diferente. Em recente caso, um humorista brasileiro foi envolvido em polêmica quando um portal de notícias em redes social divulgou informações falsas que ocasionou o suicídio de uma jovem¹¹¹. Embora seja possível apontar a responsabilidade do terceiro — ou seja, identificar o criador do conteúdo ilícito — isso não parece ser suficiente, pois as informações falsas circulam rapidamente e geram um efeito psicológico incontrolável nos usuários das redes. Nesses casos, a espera por uma ordem judicial é suficiente para causar danos ainda maiores do que a ofensa à liberdade de expressão.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o PL 2630¹¹², que estabelece normas relativas à transparência das redes sociais e de serviços de mensagens privadas. Porém, seu principal ponto é tratar da responsabilidade dos provedores dos serviços no combate à desinformação. De acordo com a proposta, em casos de dano imediato ou de difícil reparação, os usuários não precisam ser notificados sobre a remoção do conteúdo, mas poderão recorrer da decisão.

De acordo com a proposta, em casos de dano imediato ou de difícil reparação, os usuários não precisam ser notificados sobre a remoção do conteúdo, mas poderão recorrer da decisão.

¹¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. **#republic: divided democracy in the age of social media**. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 191-192.

¹¹¹ PEREIRA, Felipe. Caso Choquei: **Whindersson Nunes diz apoiar lei contra fake news**. CNN Brasil, São Paulo, 25/12/2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/caso-choquei-whindersson-nunes-diz-apoiar-lei-contra-fake-news/>. Acesso em: 05 de janeiro de 2024.

¹¹² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2630**, de 03 de julho de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 04 jan. 2024.

2.2 Desafios da responsabilidade civil na internet

Em janeiro de 2023, prédios e bens públicos foram destruídos¹¹³ quando cidadãos invadiram os três Poderes da República, utilizando a liberdade de expressão como justificativas. Embora as manifestações políticas sejam protegidas constitucionalmente, assim como vários outros direitos fundamentais, é possível perceber que os acontecimentos desse dia derivaram de um escalonamento silencioso na interpretação da liberdade de expressão, manifestação e opinião, sem a devida consideração pelas consequências.

Os atos praticados nesse janeiro de 2023 são trazidos aqui para exemplificar a dinâmica social estabelecida pelo ambiente digital. Qualquer pessoa pode livremente manifestar opiniões nas redes sociais. Celulares, *tablets* e *smartphones* são as melhores ferramentas para expressar o descontentamento, a indignação e a opinião sobre a vida alheia. Mais do que curtidas, os discursos de ódio são incentivados pela rapidez da (des)informação e a ansiedade de expressar a opinião. E nada melhor do pautas ideológicas para transformar uma conversa em um conflito, uma opinião em ofensa.

Por outro lado, os avanços tecnológicos, sobretudo da Inteligência Artificial, entregam ainda mais ferramentas para a manipulação da verdade no ambiente digital. Se a manipulação de dados já poderia ser facilmente realizada, as *deep fakes* possibilitam a manipulação de fatos, de imagem, de voz, de pessoas. Perfis falsos, desinformação e manipulação algorítmica parecem ser o pacote completo capaz de controlar como a sociedade deve se desenvolver nesse ambiente digital, mas, também fora dele, já que até mesmo o sistema democrático e a formação dos espaços de Poder podem ser afetados por esses avanços.

A vida na *polis* não estava preparada para essas modificações, não da forma como o Direito idealizava. É que nas sociedades democráticas estabelecidas na ideia de Estado de Direito, o ambiente social é supostamente controlado por regras de convívio social composta de tipificação de condutas que indicam como as coisas devem ou não ser. Algumas condutas são consideradas atos ilícitos com consequências civis e penais, conforme o caso. Nesse arranjo social, espera-se que os indivíduos tomem conhecimento do que a sociedade considera como condutas legais ou ilegais para que assim possa ser

¹¹³ BRASIL. STF. **Tribunal realiza exposição em memória aos ataques de 8/1**. Brasília, DF, 02/01/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523698&ori=1>. Acesso em: 02 de janeiro de 2024.

responsabilizado pelos seus atos, aliás, essa é a máxima do direito civil “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹¹⁴.

Ocorre que, nem sempre o direito é observado, daí a necessidade de imposição, pelo Estado, das consequências jurídicas previstas em lei, muitas vezes mediante o devido processo legal. Por essa dinâmica, seria fácil imaginar que as condutas sociais que acontecem no ambiente físico podem facilmente migrar para o ambiente digital, mas a responsabilização, por ser apenas a instrumentalização da consequência jurídica, não é afetada.

Assim, é possível considerar que a proteção do espaço público digital se confunde com a proteção do próprio sistema democrático¹¹⁵, de modo que reflexões como essa surgem quando as intenções fiscalizatórias desse espaço pública começam a preencher a agenda democrática.

Um líder de um movimento que agregue as *fake news* à construção de sua própria visão de mundo se destaca da manada dos comuns e deixa de ser um burocrata pragmático e fatalista como os outros para ser identificado como um homem de ação, que constrói a própria realidade para responder o anseio de seus discípulos. “o que é verdadeiro é a mensagem no seu conjunto, que corresponde a seus sentimentos e suas sensações”¹¹⁶

Por trás do aparente absurdo das *fake news* e das teorias da conspiração existe uma lógica bastante sólida. Do ponto de vista dos líderes populistas, as verdades alternativas não são um simples instrumento de propaganda. Contrariamente às informações verdadeiras, elas consistem em um formidável vetor de coesão¹¹⁷.

Nesse contexto, Menezes¹¹⁸ defende a necessidade de uma *accountability* ou *feedback* comunicativo, ou seja, cobranças pluralistas sobre as obrigações das instituições e da sociedade em geral para que não se torne perigoso conviver em espaços digitais com ampla circulação informativa.

Hoje, boa parte das relações jurídicas ocorrem na *internet* e demandam outras formas de concretização e proteção de Direitos Fundamentais: Liberdade de expressão, privacidade, proteção à imagem, direito à saúde (sobretudo a saúde mental), proteção do consumidor, da criança, do adolescente; Calúnia, injúria, difamação; Estelionato, racismo, falsidade ideológica; Liberdade das mídias, proteção contra o anonimato; *Cyberbullying*.

¹¹⁴ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. (BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei Nº 4.657/1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Publicada em 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

¹¹⁵ MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News: Modernidade, metodologia e regulação**. Editora Juspodivm, 2021, p. 238

¹¹⁶ EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo, Vestígio, 2020. P. 24.

¹¹⁷ EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo, Vestígio, 2020. P. 23.

¹¹⁸ MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News: Modernidade, metodologia e regulação**. Editora Juspodivm, 2021, p. 239

Responsabilidade civil, penal e administrativa; Propriedade intelectual e proteção de dados.

Assim, destaca-se alguns dos desafios a serem enfrentados pela teoria da Responsabilidade Civil no ambiente da *internet*:

- Anonimato – a capacidade de permanecer anônimo online deve ser desestimulada até mesmo em função da vedação constitucional existente. Contudo, as plataformas e os aplicativos criam um ambiente que possibilita perfis anônimos. Identificar e responsabilizar esses perfis é um desafio atual;
- Disseminação de desinformação – diante da rapidez e do descontrole, informações falsas podem impactar direitos da personalidade de usuários, bem como gerar estragos até mesmo para o sistema democrático. Personalidades, empresas, políticos e o próprio processo eleitoral podem ser seriamente prejudicados em razão da ausência de mecanismos efetivos capazes de identificar e responsabilizar de modo célere os responsáveis pela disseminação dos conteúdos;
- Assédio *online*, *cyberbulling* e *hate speech* – com a virtualização das relações sociais novos comportamentos, muitas vezes espelhados do ambiente físico, geram diferentes repercussões. É necessário repensar a responsabilidade das plataformas quando da ocorrência de ilícitos graves que podem prejudicar grupos para garantir a segurança do ambiente digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil na internet é um campo complexo que requer um equilíbrio cuidadoso entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos individuais. Por um lado, é fundamental desenvolver uma regulação do ambiente digital com normas mais eficazes, adaptadas a essa nova realidade. Por outro lado, é igualmente importante repensar o perfil esperado dos cidadãos na internet, especialmente em relação ao desconhecimento sobre as consequências do uso das plataformas digitais.

À medida que a sociedade avança, encontrar soluções para os novos desafios decorrentes dessa forma de interação social se torna essencial para garantir um ambiente online saudável e seguro. Os usuários devem ser conscientizados sobre suas responsabilidades ao interagir nesse espaço digital e, especialmente, sobre o potencial de escalonamento e os impactos que suas ações podem causar.

Pensar na responsabilidade civil na *internet* significa identificar quais obrigações legais os indivíduos, empresas ou entidades governamentais têm, bem como determinar quais consequências legais de suas ações *online*. Para tanto, é necessário identificar os desafios que esse ambiente digital proporcional, sobretudo quanto ao aspecto da rapidez desses impactos e o papel dos provedores de aplicação no controle dos conteúdos ilícitos disseminados por usuários.

O momento é de evolução, impulsionado pela rápida inovação tecnológica, mudanças na legislação e complexidade das interações *online*, o que inviabiliza qualquer solução definitiva. No entanto, o debate se faz necessário, justamente para enfatizar a necessidade de novas perspectivas para tentar solucionar os problemas emergentes dessa realidade emergente.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Technology and Fundamental Guarantees of Civil Procedure. Associação Internacional. CONGRESSO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O IMPACTO NO SISTEMA JUDICIÁRIO CIVIL. Porto Alegre, Brasil, Set. 2022.

BEIGUELMAN, Giselle. POLÍTICAS DA IMAGEM: vigilância e resistência na dadosfera. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

BRASIL. Presidência da República. LEI Nº 12.965/2014. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014.

BRASIL. Presidência da República. DECRETO-LEI Nº 4.657/1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Publicada em 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

BRASIL. Senado Federal. PROJETO DE LEI Nº 2630, DE 03 DE JULHO DE 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 04 de janeiro de 2024.

BRASIL. STF. Tribunal realiza exposição em memória aos ataques de 8/1. Brasília, DF, 02/01/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523698&ori=1>. Acesso em: 02 de janeiro de 2024.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N 1037396 RG. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF. Data do Julgamento: 01 mar. 2018. Data de Publicação 04 abr. 2018.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N 660861 RG. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF. Data do Julgamento: 22 mar. 2012. Data de Publicação 07 nov. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 8ª edição ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.

EMPOLI, Giuliano Da. Os engenheiros do caos. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo, Vestígio, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. CURSO DE DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Max. A MÁQUINA DO CAOS: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo. Tradução: Érico Assis. Editora: Todavia, São Paulo, 2023.

IWAKURA, Cristiane; BORGES, Fernanda Gomes e Souza; BRANDIS, Juliano Oliveira. PROCESSO E TECNOLOGIA: justiça digital, inteligência artificial, resolução consensual de conflitos, gestão estratégica e governo digital e legal design. Londrina: Editora Thoth, 2022.

MENEZES, Paulo Brasil. FAKE NEWS: Modernidade, metodologia e regulação. Editora Juspodivm, 2021.

O'NEIL, Cathy. ALGORITMOS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020.

PEREIRA, Felipe. Caso Choquei: Whindersson Nunes diz apoiar lei contra fake news. CNN Brasil, São Paulo, 25/12/2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/caso-choquei-whindersson-nunes-diz-apoiar-lei-contra-fake-news/>. Acesso em: 05 de janeiro de 2024.

SCHWAB, Klaus. A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUSA, Bernardo de Azevedo e; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romullo. MANUAL PRÁTICO DE PROVAS DIGITAIS. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza Viana; PAOLINELLI, Camila. Problematizando o direito à prova produzida em ambiente virtual: atipicidade, preservação de dados e valoração das provas no contexto da tecnologização das relações jurídicas. In: SUSTEIN, Cass R. #REPUBLIC: DIVIDED DEMOCRACY IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA. New Jersey: Princeton University Press, 2017

**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DE
PROPÓSITO GERAL E
MODELOS FUNDACIONAIS: AS
DIFICULDADES PARA
REGULAÇÃO DESSAS NOVAS
TECNOLOGIAS**

Demócrito Reinaldo Filho

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DE PROPÓSITO GERAL E MODELOS FUNDACIONAIS: as dificuldades para regulação dessas novas tecnologias

GENERAL PURPOSE ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FOUNDATIONAL MODELS: the difficulties in regulating these new technologies

Demócrito Reinaldo Filho
Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco
(TJPE)

RESUMO

O presente estudo aborda os desafios regulatórios relacionados à Inteligência Artificial de Propósito Geral (GPAI) e aos modelos fundacionais. O avanço recente em IA, como o ChatGPT, trouxe à tona questões que impactam diretamente direitos e segurança, demandando atenção regulatória. A capacidade generativa desses modelos amplia riscos, como a desinformação, violações de privacidade e desrespeito a direitos autorais. Os modelos de GPAI, ao servirem de base para sistemas específicos, distribuem responsabilidades por toda a cadeia de valor, desde o desenvolvedor principal até os desenvolvedores que utilizam a estrutura base para novos sistemas. Com alto custo de desenvolvimento, esses modelos são geralmente controlados por grandes empresas de tecnologia, que têm a infraestrutura e os recursos necessários para o seu funcionamento e distribuição. A regulação precisa abordar essa interdependência e promover a governança, impondo obrigações de transparência, testagem e segurança, além de prever o compartilhamento de responsabilidades entre todos os envolvidos na cadeia de valor. O estudo também destaca a importância de um regime jurídico específico para esses sistemas, mencionando propostas de regulação como o AI Act europeu e o PL 2.333/2023 no Brasil. Enfatiza-se a necessidade de medidas robustas para mitigar riscos e proteger os direitos fundamentais, especialmente no contexto de desinformação e uso indevido de dados.

Palavras-chave: Inteligência Artificial, modelos fundacionais, regulação, privacidade, proteção de dados.

ABSTRACT

This study addresses the regulatory challenges related to General-Purpose Artificial Intelligence (GPAI) and foundational models. Recent advances in AI, such as ChatGPT, have highlighted issues that directly impact rights and security, demanding regulatory attention. The generative capabilities of these models increase risks like misinformation, privacy violations, and copyright infringement. GPAI models serve as a foundation for specific systems and distribute responsibilities across the value chain, from the main developer to downstream developers who build specialized systems based on the core framework. With high development costs, these models are typically controlled by large technology companies that possess the necessary infrastructure and resources for their operation and distribution. Regulation must address this interdependence and promote governance by imposing obligations of transparency, testing, and safety, as well as the shared accountability among all stakeholders in the value chain. The study also

emphasizes the need for a specific legal framework for these systems, mentioning regulatory proposals such as the European AI Act and Brazil's PL 2.333/2023. It highlights the importance of robust measures to mitigate risks and protect fundamental rights, especially in the context of misinformation and data misuse.

Keywords: Artificial Intelligence, foundational models, regulation, privacy, data protection.

Os recentes avanços nas tecnologias baseadas em IA têm se dado no campo da **Inteligência Artificial Generativa e da Inteligência Artificial de Propósito Geral**, mas só ficaram conhecidos do grande público com o lançamento do dispositivo conversacional (*chatbot*) da *OpenAI*, em novembro de 2022. Foi por essa época que a empresa de tecnologia estadunidense lançou a versão beta do *ChatGPT* para uso público, descortinando uma nova realidade e revelando um novo tipo de tecnologia não divisada pelos legisladores. O lançamento do *ChatGPT* foi um divisor de águas, em razão de sua capacidade descomunal de produzir textos, responder a perguntas sobre praticamente todos os assuntos e estabelecer conversações com raciocínio lógico¹¹⁹.

Esse tipo de tecnologia colocou a inteligência artificial generativa (*generative artificial intelligence*) e a inteligência artificial de propósito geral (que vem do termo em inglês *general-purpose artificial intelligence* ou simplesmente *GPAI*) no centro dos debates, em razão dos seus impactos sobre os direitos e segurança das pessoas. Os modelos de linguagem com capacidade generativa aumentam os riscos de propagação da *desinformação*, podem violar ou utilizar de forma indevida dados pessoais e também, pela forma como processam os dados, têm potencial para desrespeitar direitos autorais¹²⁰.

Por outro lado, a IA de propósito geral necessita de regulação urgente, em razão da complexidade da “cadeia de valor” e distribuição dos modelos algorítmicos. A IA de propósito geral refere-se a sistemas aptos a realizar uma variada gama de tarefas. Os modelos de inteligência artificial de propósito geral servem como a arquitetura básica para a construção de sistemas desenhados para atividades específicas, como tradutores, assistentes pessoais, *chatbots* para atendimento a clientes de empresas, aplicações para uso na área acadêmica e outros.

¹¹⁹ O ChatGPT é uma ferramenta algorítmica que imita a linguagem natural, um tipo de inteligência artificial conversacional, ou seja, um chatbot que conversa e estabelece diálogos com o usuário. Para saber mais sobre as características técnicas do ChatGPT, recomendamos a leitura do nosso artigo “O fenômeno do ChatGPT desperta a necessidade de regulamentação da IA”, publicado no site Consultor Jurídico, em 19.03.23, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-19/democrito-filho-necessidade-regulamentacao-ia/>

¹²⁰ Sobre os riscos que os modelos de linguagem generativa podem causar aos direitos e segurança das pessoas, sugerimos a leitura do artigo mencionado no item anterior.

O modelo *GPT* da empresa estadunidense *OpenAI*, a par de ter capacidades generativas, é um exemplo de IA de propósito geral. Aliás, os grandes modelos de linguagem (*Large Language Models – LLMs*) enquadram-se nessa acepção da tecnologia *GPAI*. São modelos treinados em grandes quantidades de dados para realizar diversas tarefas, incluindo algumas para as quais não foram especificamente desenvolvidos e treinados. Devido a essa característica dos grandes modelos de linguagem, de se prestarem a realizar variadas funções, podem ser utilizados como aplicação de modelo base para outros sistemas de IA. As tecnologias de IA com capacidades generativas podem ser empregadas como estruturas de base para outros sistemas, com o mínimo de ajuste fino. Esses modelos subjacentes são disponibilizados para outros desenvolvedores por meio de *APIs* ou acesso de código aberto, para fornecer serviços aos usuários finais¹²¹. Essa é a característica marcante dos sistemas de inteligência artificial de propósito geral: a possibilidade de serem aproveitados em sistemas de IA mais especializados. Os modelos baseados em inteligência artificial generativa permitem larga variedade de uso. Podem ser utilizados para diferentes tarefas, em diversos campos, geralmente sem necessidade de modificações substanciais na sua programação. Por isso esses sistemas são às vezes chamados de “modelos de fundação” (*foundation models*), devido ao seu uso como modelos pré-treinados para outros sistemas de IA mais especializados.

Somente grandes empresas de tecnologia, com muitos recursos computacionais e grandes somas de capital para investimento, têm condições de desenvolver e lançar no mercado modelos de *GPAI*. Desenvolver e treinar um modelo de *GPAI* requer quantidade substancial de dados, poder computacional, equipe de técnicos e engenheiros de alto nível e, evidentemente, recursos financeiros. A *OpenAI*, em parceria com a *Microsoft*, a *Google* através de sua subsidiária *Deep Mind*, a *Meta* e a *Anthropic* possuem significativo poder e recursos para exercer influência nesse ecossistema. Um pequeno número de *startups* europeias, a exemplo da *Mistral AI* e da *Aleph Alpha*, está desenvolvendo modelos para competir com as *big techs* norte-americanas.

O domínio desse novo mercado é preocupante, porque torna as pequenas e médias empresas dependentes de um pequeno leque de modelos fundacionais desenvolvidos por essas *big techs*. Os desenvolvedores de aplicações de IA em *downstream* - que se refere às etapas seguintes de ajuste do modelo base para tarefas especializadas - se valem dos modelos fundacionais (*foundational models* ou simplesmente *FMs*) para construir sistemas de IA especializados. Treinados em massivos

¹²¹ No início de março de 2023, a *OpenAI* lançou sua *API* para desenvolvedores poderem adicionar a tecnologia do ChatGPT em seus próprios serviços.

conjuntos de dados, os modelos de base (FMs) são grandes redes neurais de aprendizado profundo que mudaram a forma como os cientistas de dados abordam o *machine learning* (ML). O tamanho e a natureza de uso geral dos FMs os diferenciam dos modelos tradicionais de ML, que normalmente realizam tarefas específicas. Os FMs atuais, como os grandes modelos de linguagem GPT e Gemini, podem realizar uma variada gama de tarefas, como escrever textos, gerar imagens, resolver problemas matemáticos, criar códigos de programação, dialogar e responder perguntas.

Desenvolver um modelo de base custa milhões de dólares, por isso é mais rápido e barato construir novas aplicações utilizando a estrutura modelar de um FM. Os desenvolvedores *downstream* criam novas aplicações por meio do ajuste fino dos modelos de base existentes. Ao invés de desenvolver um sistema de IA partindo do zero, usam um modelo de base como ponto de partida para criar modelos mais especializados. É um método que potencializa a criação de novas aplicações de forma mais rápida e econômica.

O aparecimento desses modelos fundacionais tornou ainda mais urgente a necessidade de regulação das aplicações que se utilizam de inteligência artificial. A regulação é necessária porque esse tipo de IA, por conta da complexidade da cadeia de valor e distribuição dos modelos, potencializa os riscos à segurança e aos direitos fundamentais das pessoas. Se um modelo de LLM, por suas funcionalidades generativas, tem aptidão para propagar desinformação, violar a privacidade dos usuários e de terceiros e desconsiderar direitos autorais, os riscos ficam aumentados quando a cadeia de desenvolvimento e distribuição do aplicativo envolve diversos outros atores (desenvolvedores *downstream*) além do desenvolvedor principal.

Sabendo-se que os modelos de IA de propósito geral permitem a utilização em aplicações mais especializadas, com participação de um desenvolvedor principal (desenvolvedor *upstream*) e desenvolvedores posteriores (desenvolvedores *downstream*), que constroem suas aplicações específicas sobre a arquitetura base do modelo central, é preciso distribuição da responsabilidade por todos os integrantes da cadeia de valor. A característica da intensa interdependência entre o desenvolvedor principal e os desenvolvedores posteriores, na construção de um modelo de IA derivado de um GPAI, que elaboram diferentes componentes do mesmo produto final, os torna responsáveis solidariamente perante o consumidor final e terceiros afetados. Portanto, a abordagem regulatória para os modelos de IA de propósito geral deve centrar-se na partilha de responsabilidades ao longo da cadeia de valor da IA, incluindo o criador do modelo base e

os desenvolvedores a jusante, que produzem suas aplicações sobre o arcabouço codificado do modelo originário.

Mesmo que o provedor *upstream* escolha diferente estratégia para distribuição de seu modelo de *GPAI*, como liberá-lo como um programa *open source* (de código aberto)¹²², ainda assim não fica liberado de responsabilidades. Ao invés de fornecer uma *API* para que desenvolvedores parceiros construam modelos mais especializados, e optar por permitir acesso ao modelo base como um *software* de código aberto, o desenvolvedor do modelo *GPAI* continua com certo grau de controle sobre ele. Quando decide distribuí-lo como *open-source*, o provedor libera a arquitetura para acesso livre ao público, para qualquer um modificar, estudar e usar. A estratégia de distribuir modelos sob a forma de *open-source*, em lugar de restringir o acesso a parceiros escolhidos (por meio de *API*), retira do provedor o controle sobre quem faz uso do modelo, mas retém certo domínio sobre a arquitetura dele. O provedor pode, por exemplo, liberar novas versões do modelo periodicamente, de modo a garantir que as atualizações fiquem sob seu controle. Também pode criar uma estratégia de licenciar o modelo para modificações, mas não para comercialização, ou mesmo estabelecer uma “governança comunitária” (*community governance*), para supervisionar as modificações e contribuições feitas por terceiros para o modelo. Especialmente em se tratando de modelos de IA de grande capacidade (*highly capable AI models*), a exemplo dos *LLMs*, o provedor em regra continua com a hospedagem e alimentação do modelo. O provedor, geralmente uma grande empresa de tecnologia, é quem tem recursos para hospedagem em nuvem, centralização dos dados e poder computacional para funcionamento do modelo, atribuições difíceis de serem terceirizadas.

Toda essa complexa interdependência entre a empresa que desenvolve o modelo (provedor *upstream*) e os desenvolvedores posteriores (desenvolvedores *downstream*), bem como a multifuncionalidade que caracteriza os modelos de *GPAI* e as estratégias utilizadas para sua colocação no mercado, constituem desafios para a regulamentação das tecnologias de IA de propósito geral e generativa. É preciso atribuir obrigações de governança aos atores mais capacitados e dividir a responsabilidade por danos que os sistemas de IA possam causar a usuários e terceiros. Para tanto, é indispensável uma compreensão da “cadeia de valor” do processo de desenvolvimento dos modelos de *GPAI*.

¹²² A *Meta*, empresa que controla o Facebook, recentemente resolveu liberar seu modelo *LLaMa*, como software de código aberto (*open source*). Ao contrário de outras big-techs, não optou por vender seu LLM por meio de acesso via *API* para desenvolvedores parceiros – ver notícia publicada no site R7, em 01.06.23, acessível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/na-batalha-pela-inteligencia-artificial-a-meta-decide-liberar-sua-tecnologia-01062023/>

A corrida entre as *big techs* pelo domínio do mercado emergente das tecnologias de GPAI permanece em velocidade crescente, sendo previsível que adotem novas formas de monetização e comercialização dos modelos. Independentemente de como os modelos de *GPAI* serão lançados e colocados no mercado no futuro, o importante é que os legisladores estabeleçam medidas de governança e obrigações para os desenvolvedores, que atuem em toda a cadeia de valor do sistema. É preciso estabelecer princípios e obrigações para os desenvolvedores independentemente dos canais utilizados para distribuição dos modelos. Para atenuar os riscos e danos potenciais, devem ser previstas, por exemplo, medidas de governança de dados, incluindo filtragem das fontes de dados e avaliação de viesamentos. Com a finalidade de gerar mais segurança, devem ser criados requisitos de concepção técnica, com obrigação de avaliação, análises documentadas e testes exaustivos, durante a concepção e desenvolvimento do modelo. Para os modelos de base com funcionalidades generativas também devem ser previstas obrigações de transparência, de modo a deixar claro para os usuários que o conteúdo é gerado por um sistema de IA, e não por seres humanos. Quando os dados de treinamento envolver material protegido pelo direito autoral, os desenvolvedores devem documentar e disponibilizar ao público um resumo dos dados utilizados. Para os desenvolvedores *upstream* deve haver obrigação de colaborar com os fornecedores *downstream* – fornecedores finais da cadeia de distribuição (distribuidor, importador ou responsável pela implantação). Eles também devem ser obrigados a manter documentação técnica e instruções de utilização, a fim de permitir que os fornecedores em cadeia também possam prestar as informações sobre uso dos sistemas derivados aos usuários finais. Os fornecedores de “modelos de fundação” ainda devem ter a obrigação de estabelecer um sistema de gestão de qualidade, para garantir e documentar o cumprimento de suas obrigações.

Esses são apenas alguns exemplos de deveres e obrigações que devem ser impostos aos desenvolvedores de modelos de IA de propósito geral e generativa. O importante é criar um regime jurídico específico para a regulação desses sistemas de IA. O *Artificial Intelligence Act* (ou simplesmente *AI Act*), a proposta europeia para regulamentação das tecnologias de *inteligência artificial*¹²³, disciplina especificamente essas novas tecnologias de IA¹²⁴. No Brasil, a versão original do PL 2.333/2023 (e os outros nove projetos que tramitam em apenso) não cuidou de regular especificamente a inteligência artificial generativa e os sistemas de inteligência artificial de propósito geral, mas o Substitutivo do Senador Eduardo Gomes (relator no Senado para

¹²³ Para saber mais sobre a concepção geral do *AI Act*, sugerimos a leitura de nosso artigo intitulado “A Proposta Regulatória da União Europeia para a Inteligência Artificial (1ª. parte) – A Hierarquização dos riscos”, publicado no

os projetos de lei que regulamentam a IA no Brasil) dedica toda uma seção de um capítulo (Seção V do Capítulo IV) às medidas de governança para sistemas de inteligência artificial de propósito geral e generativa, estabelecendo obrigações de transparência, de testagem, de documentação e outras providências para garantir a segurança dos sistemas, a mitigação dos riscos e atendimento de pessoas afetadas.

O texto do Substitutivo está previsto para ser votado no Senado na próxima terça-feira (dia 18.06.24)¹²⁵. Em futuro artigo, abordaremos em detalhes o tratamento dado pelo texto que vier a ser aprovado em definitivo no Senado, às tecnologias de IA de propósito geral e generativa.

site *Jus Navigandi*, em 27.05.21, acessível em: <https://jus.com.br/artigos/90816/a-proposta-regulatoria-da-uniao-europeia-para-a-inteligencia-artificial-1-parte-a-hierarquizacao-dos-riscos>

¹²⁴ Para saber mais sobre a disciplina do *IA Act* em relação aos modelos fundacionais, sugerimos a leitura de nosso artigo intitulado “O ChatGPT não é um sistema de IA de “Alto Risco”, mas necessita de regulamentação específica”, publicado no site Informatica Jurídica, em 15.09.23, acessível em: https://www.informatica-juridica.com/trabajos/o-chatgpt-nao-e-um-sistema-de-ia-de-alto-risco-mas-necessita-de-regulamentacao-especifica/#google_vignette

¹²⁵ Ver notícia publicada no site R7, em 12.06.24, acessível em: <https://noticias.r7.com/brasil/senado-adia-votacao-da-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-12062024/>

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA
ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS
CRIMINAIS E VARAS DE
CRIMES CONTRA A CRIANÇA
E O ADOLESCENTE: UMA
ANÁLISE JURÍDICA**

Edmilson Cruz Júnior

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E VARAS DE CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE JURÍDICA

JURISDICTIONAL CONFLICT BETWEEN CRIMINAL SPECIAL COURTS AND COURTS FOR CRIMES AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS: A LEGAL ANALYSIS

Edmilson Cruz Júnior

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco desde 2003, Titular do 3º Juizado Especial Criminal da Capital, desde 2015; atuando em exercício acumulativo junto à 1ª Vara dos Crimes Contra a Criança e Adolescente da Capital, desde 2020. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Especialista em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil, ambas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE/PPGD). Professor universitário.

RESUMO

Este artigo examina o conflito de competência entre os Juizados Especiais Criminais e as Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente. A análise considera os princípios jurídicos envolvidos, como a proteção integral e a especialidade, bem como as recentes mudanças legislativas, incluindo a Lei Henry Borel (Lei nº 14.344/2022). Argumentos favoráveis a ambos os órgãos judiciais são discutidos, destacando-se a celeridade e simplicidade dos Juizados Especiais e a abordagem especializada e sensível das Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente. A necessidade de harmonização entre celeridade processual e proteção integral da criança e do adolescente é enfatizada.

Palavras-chave: Conflito de competência; Juizados Especiais Criminais; Varas de Crimes contra a Criança e Adolescente; Crimes de menor potencial ofensivo; Lei Henry Borel.

ABSTRACT

This article examines the jurisdictional conflict between Special Criminal Courts and Courts for Crimes against Children and Adolescents. The analysis considers the relevant legal principles, such as comprehensive protection and specialty, and recent legislative changes, including the Henry Borel Law (Law nº 14,344/2022). Favorable arguments for both judicial bodies are discussed, highlighting the speed and simplicity of Special Criminal Courts and the specialized and sensitive approach of the Courts for Crimes against Children and Adolescents. The need to harmonize procedural speed with the comprehensive protection of children and adolescents is emphasized.

Keywords: Jurisdictional conflict; Special Criminal Courts; Courts for Crimes against Children and Adolescents; Minor offenses; Henry Borel Law.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.099/1995 instituiu os Juizados Especiais Criminais com o objetivo de proporcionar uma justiça mais célere e informal para infrações de menor potencial ofensivo. Conforme o art. 61 da referida lei, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995). O procedimento adotado nos Juizados Especiais Criminais é caracterizado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade; buscando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62, Lei nº 9.099/1995).

Por sua vez, as Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente foram criadas para lidar especificamente com crimes que afetam essa parcela da população, garantindo uma abordagem mais sensível e adequada às necessidades das vítimas envolvidas. Estas unidades jurisdicionais especializadas têm sua competência definida pela legislação estadual e pelos Códigos de Organização Judiciária dos Estados.

No caso específico de Pernambuco, o Código de Organização Judiciária do Estado (Lei Complementar nº 100, de 21 de novembro de 2007) estabelece, em seu art. 86, inciso I, a competência das Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente para processar e julgar as ações penais dos crimes em que figurem como vítimas a criança ou o adolescente, incluindo a instrução sob a competência do Tribunal do Júri (PERNAMBUCO, 2007).

Este trabalho tem como objetivo analisar esse conflito de competência, considerando os princípios jurídicos aplicáveis, as recentes alterações legislativas, como a Lei nº 14.344/2022 (Lei Henry Borel), e os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

A relevância deste estudo se justifica pela necessidade de harmonização entre a celeridade processual, característica dos Juizados Especiais Criminais, e a proteção integral da criança e do adolescente, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e reforçada pela Lei Henry Borel.

Para uma compreensão mais profunda do conflito de competência entre os Juizados Especiais Criminais e as Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente, é necessário analisar mais detalhadamente os princípios jurídicos envolvidos, bem como os argumentos favoráveis para cada órgão jurisdicional.

1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS

1.1 Princípio da Proteção Integral

O princípio da proteção integral está consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988). Este princípio é reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que serve como base para a interpretação e aplicação de todas as normas relacionadas aos direitos da criança e do adolescente.

A proteção integral é um dos pilares fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY; GARRIDO; MARÇURA, 2002, p. 21).

Esse princípio deve ser compreendido como uma diretriz que guia a interpretação e a aplicação de todas as normas jurídicas relativas à criança e ao adolescente, assegurando que seus direitos sejam prioritários e integralmente protegidos. Segundo Saraiva (2016, p. 212), o princípio da proteção integral “é a pedra angular do sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, estabelecendo um paradigma de direitos humanos que transcende o mero reconhecimento formal de direitos, exigindo a implementação de políticas públicas eficazes”.

1.2 Princípio da Especialidade

O princípio da especialidade está previsto na Lei nº 9.099/1995, que institui os Juizados Especiais Criminais, com competência para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo. Este princípio visa garantir a celeridade e efetividade na resolução de conflitos de menor gravidade, estabelecendo procedimentos simplificados e informais.

Segundo Capez (2019, p. 378), o princípio da especialidade nos Juizados Especiais Criminais “busca desburocratizar e agilizar o trâmite processual, permitindo uma resposta mais rápida e eficaz às infrações penais de menor potencial ofensivo, contribuindo para a descongestão do sistema judiciário e promovendo a justiça restaurativa”.

Nesse sentido, o princípio da especialidade, no contexto dos Juizados Especiais Criminais, está intimamente ligado à busca por uma justiça mais célere e eficaz. Conforme explica Grinover *et al.* (2005, p. 43): “Os Juizados Especiais Criminais foram concebidos com vistas à conciliação, ao julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitida a transação penal e a composição dos danos civis”.

1.3 Princípio do Juízo Natural

O princípio do juízo natural implica que o julgamento de uma pessoa deve ocorrer perante o juízo previamente estabelecido pela lei, garantindo a imparcialidade e a segurança jurídica (BRASIL, 1988). Este princípio é essencial para assegurar que o julgamento seja conduzido por um tribunal imparcial e competente, previamente designado pelo ordenamento jurídico normativo, evitando arbitrariedades e favorecendo a justiça.

Para Mirabete (2017, p. 143), o princípio do juízo natural “é uma garantia fundamental do devido processo legal, assegurando que ninguém será submetido a um julgamento por um tribunal que não tenha sido previamente estabelecido pela lei, protegendo assim o indivíduo contra julgamentos arbitrários e garantindo a imparcialidade e a segurança jurídica”. Ainda sobre este tema:

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à proteção do interesse das partes (NERY JUNIOR, 2009, p. 130).

2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competência entre os Juizados Especiais Criminais e as Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente surge quando nos deparamos com casos em que: (i) a infração é de menor potencial ofensivo; (ii) a vítima é menor de 18 anos; e (iii) o réu é algum parente próximo. Neste contexto, surge a questão da competência, pois ambos os órgãos judiciais podem ser considerados competentes para julgar tais casos, o que frequentemente gera conflitos e dificuldades no processamento das ações.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece diferentes instâncias para o processamento e julgamento de crimes, visando à efetivação da justiça e à proteção dos

direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente quando se trata de crimes que afetam os mais vulneráveis, como os cometidos contra crianças e adolescentes.

Vejamos alguns argumentos favoráveis à competência dos Juizados Especiais Criminais:

a) Agilidade Processual

Os Juizados Especiais Criminais são conhecidos por sua celeridade processual, o que pode ser benéfico em casos que demandam uma rápida resolução, especialmente quando se considera a sensibilidade do tema envolvendo menores de 18 anos.

Segundo Tourinho Filho (2020, p. 245), a agilidade processual “é um dos principais objetivos dos Juizados Especiais Criminais, permitindo uma resolução mais rápida das questões penais de menor gravidade e evitando a morosidade que caracteriza o processo penal comum”.

Sobre isso, Grinover *et al.* (2005, p. 44) afirmam: “A Lei dos Juizados Especiais Criminais tem por objetivo a adoção de um novo procedimento, caracterizado pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

b) Procedimentos Simplificados

Os procedimentos adotados pelos Juizados Especiais Criminais são mais simples e informais, o que pode facilitar a compreensão e a participação das partes envolvidas, inclusive de crianças e adolescentes. Ainda sobre a simplicidade e informalidade dos procedimentos:

A informalidade significa a dispensa de certas exigências formais do processo comum, que muitas vezes se revelam desnecessárias, mas que atrasam o andamento da causa. [...] Visa-se, assim, a uma justiça mais rápida e econômica, em que o processo seja um instrumento e não um fim em si mesmo (MIRABETE, 2002, p. 27).

Os procedimentos simplificados e a informalidade dos Juizados Especiais Criminais são elementos essenciais para garantir que as partes envolvidas, especialmente crianças e adolescentes, compreendam e participem efetivamente do processo, promovendo assim a justiça restaurativa.

c) Princípio da Especialidade

Considerando que as infrações em questão são de menor potencial ofensivo, a competência dos Juizados Especiais Criminais é respaldada pelo princípio da especialidade, nos termos da Lei nº 9.099/1995.

Para Silva (2017, p. 104), o princípio da especialidade “fundamenta a competência dos Juizados Especiais Criminais, garantindo que infrações penais de menor potencial ofensivo sejam tratadas de forma diferenciada, com procedimentos mais céleres e adequados à sua natureza, conforme estabelece a Lei 9.099/95”.

Acerca do princípio da especialidade, Tourinho Filho (2000, p. 39) explica que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, “traduz-se na competência específica para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim definidas pela lei. Esta especialização visa proporcionar um tratamento diferenciado e mais adequado a estas infrações, considerando suas peculiaridades”.

É importante ressaltar que, embora estes argumentos sejam favoráveis à competência dos Juizados Especiais Criminais em geral, a aplicação específica a casos envolvendo menores de 18 anos requer uma análise cuidadosa, considerando as particularidades do Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio da proteção integral. Com efeito, vejamos agora alguns argumentos favoráveis à competência das Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente.

d) Proteção Integral

As Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente são especializadas em lidar com casos que envolvem menores de idade, garantindo uma abordagem mais sensível e adequada às necessidades específicas desses jovens, em conformidade com o princípio da proteção integral.

Segundo Volpi (2016, p. 89), “as Varas Especializadas são fundamentais para a aplicação do princípio da proteção integral, pois lidam com profissionais treinados e sensíveis às particularidades dos casos envolvendo crianças e adolescentes, garantindo uma proteção mais efetiva e especializada”.

Ainda sobre a importância da especialização para garantir a proteção integral, Digiácomo e Digiácomo (2013, p. 243) afirmam: “A criação de varas especializadas para o processo e julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes é uma decorrência natural do princípio da proteção integral”. E justificam: “na medida em que

proporciona um atendimento diferenciado e prioritário a esta demanda, por profissionais com a qualificação técnica adequada”.

e) Interesse Superior da Criança

O interesse superior da criança, um dos pilares do direito da infância e adolescência, deve ser priorizado em casos que envolvem crianças e adolescentes como vítimas, justificando a competência das Varas Especializadas.

[...] o interesse superior da criança é um princípio norteador que deve guiar todas as decisões judiciais e administrativas em casos envolvendo menores, e as Varas Especializadas estão melhor equipadas para considerar este princípio em suas decisões, garantindo uma abordagem centrada no bem-estar e desenvolvimento da criança (SPOSATO, 2019, p. 132).

Sobre o tema, Amin (2018, p. 76) destaca: “O princípio do melhor interesse é, portanto, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos”.

f) Prevenção e Repressão Específica

Crimes cometidos contra crianças e adolescentes muitas vezes demandam medidas preventivas e repressivas específicas, que podem ser mais eficazes quando aplicadas por órgãos especializados.

Para Rocha (2017, p. 205), as Varas Especializadas “têm um papel crucial na prevenção e repressão de crimes contra crianças e adolescentes, pois possuem conhecimento técnico e recursos específicos que permitem uma resposta mais adequada e eficaz, tanto na aplicação de medidas protetivas quanto na punição dos responsáveis”.

Sobre a necessidade de medidas específicas para crimes contra crianças e adolescentes, Ishida (2015, p. 587) argumenta: “A especialização das varas judiciais para o julgamento de crimes contra crianças e adolescentes permite uma abordagem mais eficaz na prevenção e repressão desses delitos, considerando as particularidades das vítimas e a necessidade de respostas adequadas do sistema de justiça”.

3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A Lei nº 14.344 (Lei Henry Borel), de 24 de maio de 2022, criou mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226, do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e

das disposições específicas previstas em tratados, convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil, com alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal, nas Leis de Execução Penal e de Crimes Hediondos (Leis nº 7.210/1984 e 8.072/1990) e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Portanto, para embasar a análise do conflito de competência entre Juizados Especiais Criminais e Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente, é relevante observar o melhor interesse da vítima menor, bem como a estrutura mais adequada para se obter um desfecho mais justo e condizendo com a realidade.

A citada lei trouxe importantes alterações no tratamento jurídico dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes no âmbito doméstico e familiar. Entre as principais mudanças, destaca-se a alteração do art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que passou a ter a seguinte redação:

Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

§ 1º. Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º. Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Resultaria numa incoerência jurídica afirmar que a norma incursa no § 1º, do art. 226, do ECA só poderia ser aplicada em relação aos crimes tipificados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. É que os crimes definidos no ECA seriam tratados com maior rigor – pois não seria possível aplicar as medidas despenalizadoras disciplinadas na Lei dos Juizados Criminais –, enquanto que outros crimes previstos no Código Penal ou em leis extravagantes, até mais graves e de cometimento no ambiente familiar, receberiam, contraditoriamente, tratamento diferenciado ou até mais benevolente, criando uma seletividade não pretendida pelo legislador.

O fator primordial para a definição da competência não pode ser apenas o tipo de crime praticado, em detrimento do que se busca: proteger a pessoa ofendida, seja criança ou adolescente. A intenção do legislador é claramente dar maior proteção à vítima, não importando o delito praticado ou a sua pena.

Contrariando este raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem-se manifestado sobre o conflito de competência entre Juizados Especiais Criminais e Varas

de Crimes contra a Criança e o Adolescente em diversas ocasiões. Em geral, o entendimento tem sido no sentido de privilegiar a competência dos Juizados Especiais Criminais nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, mesmo quando envolvem vítimas menores. Um exemplo relevante é o Conflito de Competência nº 94767/MS, julgado em 2008, no qual este tribunal entendeu:

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. MAUS TRATOS CONTRA MENOR. JUIZADO ESPECIAL E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. RESOLUÇÃO 534 DO TJMS. ART. 145 E 148 DO ECA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. No rol da competência da Vara da Infância e da Juventude estabelecido no art. 148 do ECA não está inserido o julgamento dos crimes contra o menor previstos no Código Penal, como ocorre na hipótese em discussão, em que o crime a ser apurado é o de maus tratos (art. 136, § 3º do CPB).
2. Ainda que o Tribunal possa criar Vara da Infância e da Juventude, como prevê o art. 145 do ECA, não pode lhe atribuir competência fora das hipóteses definidas na referida legislação.
3. Cuidando-se de crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada é de 1 ano de detenção, a competência é do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei 9.099/95).
4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Campo Grande/MS, o suscitante, em consonância com o parecer ministerial.

Este posicionamento baseia-se no princípio da especialidade, considerando que a Lei dos Juizados Especiais é norma especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere às infrações de menor potencial ofensivo. Ressalte-se, porém, que este julgado ocorreu antes da entrada em vigor da Lei nº 14.344/2022.

Outro fundamento em que se apoia o STJ está na Lei nº 13.341/17:

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

Sobre o tema, no julgamento conjunto do HC nº 728.173/RJ e do EAREsp nº 2.099.532/RJ (DJe de 30/11/2022), a Terceira Seção fixou a seguinte tese:

Após o advento do art. 23 da Lei n. 13.341/17, nas comarcas em que não houver vara especializada em crimes contra a criança e o adolescente, compete ao juizado/vara de violência doméstica, onde houver, processar e julgar ações penais relativas a práticas de violência contra elas, independentemente do sexo da vítima, da motivação do crime, das circunstâncias do fato ou questões similares.

Naquela ocasião, decidiu-se que a aplicação da tese adotada deveria ser modulada, nos termos do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 3º do Código de Processo Penal, estabelecendo-se que:

a) nas comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas até a data da publicação do acórdão deste julgamento (inclusive), tramitarão nas varas às quais foram distribuídas originalmente ou após determinação definitiva do Tribunal local ou superior, sejam elas juzizados/varas de violência doméstica, sejam varas criminais comuns;

b) as comarcas em que não houver juizado ou vara especializada nos moldes do art. 23 da Lei 13.431/17, as ações penais que tratam de crimes praticados com violência contra a criança e o adolescente, distribuídas após a data da publicação do acórdão deste julgamento, deverão ser obrigatoriamente processadas nos juzizados/varas de violência doméstica e, somente na ausência destas, nas varas criminais comuns.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) tem apresentado entendimento diverso sobre o tema, especialmente após a entrada em vigor da Lei nº 14.344/2022 (Lei Henry Borel). Alguns julgados recentes merecem destaque:

No Conflito de Competência nº 0004872-45.2023.8.17.8201, julgado em agosto de 2023, a 1ª Câmara Criminal entendeu que, em caso de crime de maus-tratos contra crianças no contexto doméstico e familiar, cometido após a entrada em vigor da Lei Henry Borel, a competência seria da Vara dos Crimes contra Criança e Adolescente. O acórdão ressaltou:

Resultaria numa incoerência jurídica afirmar que a norma incursa no § 1º, do art. 226, do ECA só poderia ser aplicada em relação aos crimes tipificados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. É que seriam tratados com maior rigor os crimes definidos no ECA, enquanto que outros crimes previstos no Código Penal ou em leis extravagantes, até mais graves e de cometimento no ambiente familiar, receberiam, contraditoriamente, tratamento diferenciado ou

até mais benevolente, criando uma seletividade não pretendida pelo legislador.

Em idêntico pensamento posicionou-se a 4ª Câmara Criminal em setembro de 2022:

EMENTA: PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. JUÍZO DE DIREITO DO 2º JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA CAPITAL X JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DA CAPITAL. ART. 74 DO CPP. ARTS. 76, 85, 86 e 90-B, DO COJE. ART. 344, DO CP. CRIME PRATICADO CONTRA ADOLESCENTE. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Considerando que ambos os Juízos atuam na mesma jurisdição, a competência se estabelecerá pela natureza da infração. Art. 74, do CPP;

2. O crime do art. 344, do CP foi cometido contra adolescente, por esse motivo fixa-se a competência no Juízo da Vara dos Crimes contra a Criança e Adolescente;

3. Conflito conhecido. Competência do Juízo suscitado.

(Conflito de Competência 0012612-19.2022.8.17.9000. Suscitante: Juízo de Direito do 2ª Juizado Especial Criminal da Capital. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara dos Crimes contra a Criança e Adolescente da Capital).

Sob outro fundamento, o TJPE também se posicionou pelo reconhecimento da competência da Justiça Comum Especializada quando houver a necessidade de prova pericial (v.g., estudo de caso ou depoimento acolhedor), mesmo que o crime tenha sido praticado antes da entrada em vigor da Lei nº 14.344/2022. Neste sentido, destacamos o Conflito de Competência nº 0011837-67.2023.8.17.9000, julgado em agosto de 2023, pela 4ª Câmara Criminal:

Ademais, entendo que, nos casos que envolvem criança e adolescente, existem demandas que muitas vezes se torna imprescindível a realização de diligências pelo Juízo especializado da Infância e Juventude, o que afasta, igualmente, a aplicação do rito sumariíssimo contemplado na Lei nº 9.099/95, conforme estabelece o art. 77, § 2º de referida lei.

A 2ª Câmara Criminal, em abril de 2023, adotou o mesmo sentido:

EMENTA: PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E VARA DE CRIMES CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO CONTRA ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 1º, DO ECA. FEITO COMPLEXO. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA. CONFLITO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

O parágrafo 1º do art. 226 do ECA dispõe que “aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. No caso, a hipótese ajusta-se à previsão do art. 226, § 1º, do ECA, tendo em vista que a vítima é adolescente com 15 (quinze) anos de idade. Ademais, a complexidade inerente ao processo, em que se verifica a imprescindibilidade da realização de diligências pelo Juízo especializado da Infância e Juventude, afasta, de semelhante modo, a aplicação do rito sumariíssimo contemplado na Lei nº 9.099/95, conforme estabelece o art. 77, § 2º de referida lei.

Conflito conhecido e julgado procedente, declarando competente o Juízo da Vara dos Crimes contra Criança e Adolescente da Capital-PE. Decisão unânime.

(Conflito de Competência nº 0060568-03.2022.8.17.8201. Suscitante: Juízo de Direito do 3º Juizado Especial Criminal da Capital. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara dos Crimes contra a Criança e Adolescente da Capital).

Por sua vez, no Conflito de Competência nº 0169546-50.2022.8.17.2001, julgado em março de 2023, a 4ª Câmara Criminal entendeu que a Lei Henry Borel não poderia retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência:

Inegável o caráter restritivo da norma, tornando inaplicáveis, por conseguinte, as medidas despenalizadoras previstas para as infrações de menor potencial ofensivo, constituindo-se *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada, conforme disposto no art. 5º, XL, da CF.

Em recente decisão, no Conflito de Competência nº 0034142-85.2021.8.17.8201, julgado em junho de 2024, a mesma 4ª Câmara Criminal entendeu que:

Na espécie, apura-se o crime de maus-tratos, tipificado no art. 136, § 3º, do Código Penal, que tem pena máxima de 01 (um) ano de detenção, enquadrando-se, portanto, nas competências do Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/1995).

Ocorre que, os maus-tratos, em tese, foram praticados enquadrando-se no conceito de violência doméstica e familiar contra criança, matéria que, recentemente, passou a ser regida pela Lei nº 14.344/2022, que criou “mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente”.

A Lei 14.344/2022, foi publicada em 25/05/2022, com *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias a contar de sua publicação oficial, ou seja, entrou em vigor após a ocorrência dos fatos apurados (que se deu em 14/10/2020) na ação penal objeto do presente conflito.

[...]

Dessa forma, a Lei Henry Borel excluiu a possibilidade de aplicação das disposições da Lei nº 9.099/1995 aos crimes cometidos contra a criança e adolescente, independentemente da pena prevista.

De fato, na parte material da Lei Henry Borel que agrava a situação do acusado, incabível a sua retroação normativa. Contudo, diversa conclusão deve ser aplicada quanto à parte processual da Lei nº 14.344/2022.

A aplicabilidade imediata das normas processuais penais é um princípio basilar no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando que as alterações legislativas nesse campo tenham efeito imediato sobre os processos em andamento. Isso se deve ao fato de que as normas processuais têm como objetivo regular a forma e os procedimentos pelos quais os direitos são assegurados e exercidos, e não o conteúdo desses direitos. Portanto, a aplicação imediata visa à uniformidade e à eficiência do sistema processual penal, garantindo que todos os processos sejam conduzidos de acordo com as regras mais recentes e atualizadas (FERNANDES, 2020, p. 237).

Deste modo, uma vez instaurada uma investigação para apurar o possível cometimento de infração de menor potencial ofensivo contra vítima criança ou adolescente no contexto doméstico e familiar, deve ser reconhecida a competência da Justiça Comum Especializada, independentemente do momento em que o fato ocorreu, vez que norma que fixa a competência tem natureza processual e, portanto, aplicabilidade imediata.

A fixação da competência jurisdicional é uma matéria de natureza processual, uma vez que estabelece quais órgãos do Poder Judiciário são competentes para julgar determinadas matérias. Essa definição não se refere ao direito material em si, mas sim ao procedimento pelo qual o direito será processado e decidido (MIRANDA, 2019, p. 125).

No mesmo sentido, Cintra; Grinover; Dinamarco (2021, p. 98): “A competência jurisdicional, definida pelas normas de processo, possui natureza claramente processual, pois sua função é organizar e distribuir os processos judiciais entre os diversos órgãos judiciários, visando a uma melhor administração da justiça”.

Entretanto, se a infração penal de menor potencial ofensivo tiver sido praticada antes da entrada em vigor da Lei Henry Borel, resta afastada a regra prevista no art. 226, § 1º, do ECA. Em outras palavras, a ação deve tramitar na Vara de Crimes contra a Criança e o Adolescente; contudo, com a aplicação das medidas despenalizadoras prevista na Lei nº 9.099/1995, como sempre aconteceu, nas Varas Criminais, em especial quanto à aplicabilidade da suspensão condicional do processo (Lei dos Juizados, art. 89).

4 ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS FUTURAS

Diante dos precedentes apresentados, observamos uma divergência entre os entendimentos do STJ e do TJPE quanto à competência para processar e julgar infrações de menor potencial ofensivo envolvendo menores como vítimas e parentes próximos como réus. Enquanto o STJ tende a privilegiar a competência dos Juizados Especiais Criminais, o TJPE favorece a competência das Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente.

Sendo assim, até que o STJ decida novamente sobre o tema, desta vez com base na Lei Henry Borel, essa discrepância gera insegurança jurídica e dificulta a aplicação uniforme do ordenamento jurídico, demandando uma análise mais aprofundada sobre os princípios constitucionais e legais envolvidos, como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da especialidade dos Juizados Especiais Criminais.

Perspectivas futuras incluem a necessidade de uma atuação mais coordenada entre os tribunais para estabelecer critérios claros de competência, bem como a eventual revisão legislativa para adequar as normativas às demandas da sociedade contemporânea.

A definição de competência é um dos aspectos mais críticos no Direito Processual Penal, especialmente no contexto dos Juizados Especiais Criminais, que são regidos pela Lei nº 9.099/1995. Esses juizados são competentes para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo, caracterizadas por sua simplicidade e celeridade processual. No entanto, a aplicação dessa competência torna-se complexa quando os crimes envolvem crianças ou adolescentes, sobretudo em contextos domésticos e familiares.

Diante das dificuldades enfrentadas pelos magistrados na delimitação da competência dos Juizados Especiais Criminais em casos que envolvem crianças e adolescentes, tomamos a iniciativa de propor um enunciado durante o VII Fórum de Juízes dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco (FOJEPE), ocorrido em 11 de outubro de 2023.

O enunciado visou fornecer uma orientação clara sobre como proceder nesses casos específicos. A redação proposta no evento foi: “No crime de menor potencial ofensivo praticado contra criança ou adolescente, deve ser afastada a competência do Juizado Especial Criminal se o delito tiver sido cometido no contexto doméstico e familiar

e se houver necessidade de estudo do caso, hipótese em que configurará complexidade incompatível com o rito sumaríssimo do juízo especial e atrairá a competência da Justiça Comum Especializada”.

O enunciado busca forçar um posicionamento mais sólido do TJPE e, deste modo, resolver o conflito de competência que surge quando infrações de menor potencial ofensivo são cometidos contra crianças e adolescentes no contexto doméstico. Nessas situações, a simplicidade processual dos Juizados Especiais Criminais mostra-se insuficiente para lidar com a complexidade dos casos que demandam uma análise aprofundada do contexto familiar e dos efeitos sobre a vítima.

CONCLUSÃO

O conflito de competência entre Juizados Especiais Criminais e Varas de Crimes contra a Criança e Adolescente no processamento de infrações de menor potencial ofensivo envolvendo menores como vítimas é uma questão complexa que demanda uma análise cuidadosa dos princípios jurídicos envolvidos e uma harmonização entre os entendimentos dos tribunais.

Nesse sentido, a observância de precedentes judiciais aplicáveis, juntamente com uma reflexão crítica sobre as divergências existentes, é essencial para a construção de uma jurisprudência sólida e coerente, capaz de assegurar a efetivação da justiça e a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, bem como o devido processo legal para os réus envolvidos.

Diante dos argumentos apresentados, percebe-se que o conflito de competência entre Juizados Especiais Criminais e Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente envolve uma ponderação delicada entre os princípios da especialidade, da proteção integral e do juízo natural. Não há uma resposta simples ou única para resolver essa questão, e cada caso deve ser analisado considerando suas particularidades e o melhor interesse da criança ou adolescente envolvido.

Nesse sentido, é fundamental que os tribunais superiores e estaduais continuem a debater e aprimorar suas jurisprudências, buscando conciliar esses princípios e garantir uma justiça eficaz e equitativa para todas as partes envolvidas.

A proposta de enunciado apresentada no VII FOJEPE restou aprovada, originando Enunciado Criminal nº 25. Registre-se que o resultado foi por maioria, demonstrando que o tema ainda levanta dúvidas razoáveis. Contudo, entendemos que o enunciado é uma importante diretriz para magistrados e magistradas, pois estabelece que infrações de menor potencial ofensivo cometidos contra crianças e adolescentes no contexto doméstico devem ser tratados com a complexidade e a especialização que a situação requer.

A Justiça Comum Especializada, com suas Varas de Crimes contra a Criança e o Adolescente, possui a estrutura e o conhecimento necessários para garantir uma proteção integral e prioritária, conforme exigido pela Constituição e pelo ECA. Assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais deve ser afastada nesses casos específicos, assegurando que o interesse superior da criança seja sempre preservado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da proteção integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. **Lei 13.431, de 04 de abril de 2017**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. **Lei 14.344, de 24 de maio de 2022**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 94767/MS (2008/0061273-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 3ª Seção. Julgado em 25 jun. 2008. DJe 08 ago. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

FERNANDES, Ricardo. **Direito Processual Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERNAMBUCO. **Lei complementar 100, de 21 de novembro de 2007**. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=2&numero=100&complemento=0&ano=2007&tipo=&url=>>. Acesso em: 02 Ago. 2024.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0004872-45.2023.8.17.8201. Relator: Des. Evandro Sergio Netto de Magalhaes Melo. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 25 ago. 2023.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0012612-19.2022.8.17.9000. Relator: Des. Demócrito Ramos Reinaldo Filho. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 14 set. 2022.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0011837-67.2023.8.17.9000. Relator: Des. Marco Antonio Cabral Maggi. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 23 ago. 2023.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0034142-85.2021.8.17.8201. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 02 jun. 2024.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0060568-03.2022.8.17.8201. Relator: Des. Mauro Alencar de Barros. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 10 abr. 2023.

_____. Tribunal de Justiça. CC 0169546-50.2022.8.17.2001. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 13 mar. 2023.

ROCHA, Lia. **Crimes Contra Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Especializada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARAIVA, Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SPOSATO, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **O Direito da Criança e do Adolescente: Princípios e Práticas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VOLPI, Mario. **Direitos da Criança e do Adolescente: Uma Visão Integral**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

**FUNDAMENTOS DO DIREITO
DAS SUCESSÕES EM OUTROS
SISTEMAS E NO BRASIL**

Flávio Tartuce

FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM OUTROS SISTEMAS E NO BRASIL

FOUNDATIONS OF SUCCESSION LAW IN OTHER SYSTEMS AND IN BRAZIL

Flávio Tartuce

Pós-Doutor e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Coordenador-geral e Professor Titular do programa de mestrado e doutorado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenador e Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Privado *lato sensu* da mesma instituição. Primeiro Presidente e Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Atua como advogado, consultor jurídico e parecerista.

Sumário: 1. Esboço da pesquisa e suas razões – 2. Os fundamentos da sucessão em Portugal. A propriedade privada como norte – 3. O Direito Civil Italiano e a solidariedade familiar – 4. Direito Peruano. A legítima e a fundamentação sucessória na ordem econômica, na propriedade e na família – 5. As sucessões no Chile. Vínculos familiares, patrimônio e as contestações à legítima, diante das recentes mudanças sociais e econômicas. A concentração de rendas e de riquezas – 6. A gênese do Direito das Sucessões no Brasil. Direito de Família e Propriedade. Uma necessária sincronização ou alinhamento – Conclusões – Referências.

RESUMO

O presente artigo procura analisar os fundamentos do Direito das Sucessões, tendo como parâmetros Portugal, Itália, Peru, Chile e Brasil, para chegar à análise posterior de manutenção ou não da legítima – quota dos herdeiros necessários –, na realidade nacional. Para tanto, foram estudadas algumas referências doutrinárias nesses Países, tidas como *marcos fundamentais*, todos eles com justificativas plausíveis a respeito da proteção da reserva. Visa-se a demonstrar a variação na fundamentação a respeito do tema, notadamente sobre a razão de ser da sucessão legítima, e chegar a conclusões que servem para o nosso País.

Palavras-chave: Direito civil. Direito das sucessões. Sucessão legítima. Fundamentos.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the foundations of Succession Law, taking Portugal, Italy, Peru, Chile and Brazil as parameters, in order to lead to the subsequent analysis of whether or not to keep the “legítima” – quota of the necessary heirs –, in the national reality. For this purpose, some rules of analysis were studied in these countries, taken as *fundamental marks*, all off them with plausible justifications concerning the protection of the reserve. The goal is to demonstrate the variation in the reasoning about the theme,

notably about the causes for the legitimate succession, and to reach conclusions that are useful to our country.

Keywords: Civil law. Sucession law. Legitimate succession. Foundations.

1 ESBOÇO DA PESQUISA E SUAS RAZÕES

Este artigo científico serve como orientação de estudo das pesquisas que tenho desenvolvido no meu estágio pós-doutoral perante o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Professor Associado José Fernando Simão, em que investigo a legítima – quota destinada aos *herdeiros necessários* ou *reservatários* –, como cerne do Direito das Sucessões, e sua eventual revisão.

Por óbvio que, para se verificar se a legítima deve ou não subsistir no Direito Brasileiro, ou mesmo ser revisitada em seu percentual, é preciso analisar os fundamentos sucessórios que lhe dão esteio. Há tempos – desde Clóvis Beviláqua e a pré-elaboração do Código Civil de 1916 –, a legítima é contestada e debatida pelos juristas. Isso tem acontecido no início de cada século, com o surgimento de teses e afirmações individualistas, até que eventos catastróficos de dimensão mundial aconteçam, como parece se dar neste início de século XXI, com a recente pandemia de COVID-19.

Voltando ao passado, relata Clóvis Beviláqua que na tramitação do então projeto do Código Civil de 1916 a regra da plena liberdade de testar – sem qualquer proteção da legítima – chegou a ser aprovada no Senado, tendo sido rejeitada na Câmara dos Deputados, o que ele denominava como “desastrosa inovação”.¹²⁶ Na sequência, demonstra os principais argumentos de ordem moral e jurídica para essa *plena liberdade*, repelindo-os um a um, o que representa debate sobre a *função social da herança*.

Como *primeiro argumento contra a legítima*, o direito de testar seria uma simples aplicação do direito de livre disposição atribuído ao proprietário do bem. Em suma, haveria um exercício pleno da autonomia privada relacionado ao direito fundamental à propriedade. Beviláqua procura afastar esse argumento com base no fato de não ser o direito à propriedade absoluto, tendo em vista, principalmente, a sua função social. Sobre a constatação de que a Constituição Federal da época assegurava o exercício do direito da propriedade de forma plena, o jurista insiste nas limitações existentes a respeito desse direito subjetivo, inclusive no Texto Maior. Em resumo, sustenta ser esse um “argumento

¹²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. p. 751.

sem valor”.¹²⁷

Como *segundo argumento*, a *herança forçada* seria uma injusta restrição à liberdade individual. A suposta injustiça é afastada, por Beviláqua, pelos fundamentos de proteção da família contra o arbítrio do indivíduo, “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar”.¹²⁸ Neste ponto, como se verá, está um dos fundamentos do Direito das Sucessões Brasileiro, como também ocorre em outros Países que serviram de base para esta pesquisa.

O *terceiro argumento* é no sentido de que a liberdade de testar serviria para consolidar a *autoridade paterna*, porque o pai teria o direito de transmitir o seu patrimônio ao filho mais digno de sua estima. Para Beviláqua, tal dedução é uma *ilusão*, pois a hipocrisia, a intriga e a ganância afastam a boa-fé dos pais, lançando discórdia entre os irmãos.

Por fim, como *quarto argumento*, a liberdade de testar desenvolveria a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades que lhe deem o devido sustento, havendo um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho. Beviláqua aponta ser esse o argumento “mais valioso”, mas que, para ele, deve ser afastado diante de outras considerações de maior peso: “a educação convenientemente dirigida obterá a mesma vantagem de desenvolver a capacidade de direção da vida, sem as funestas consequências da liberdade de testar, entre as quais avultam a inflação do egoísmo, que é retrocesso à animalidade, e a dispersão do grupo familiar, que impede o cultivo de afeições, que somente no circuito familiar se podem desenvolver. E esta falha prejudica, enormemente, o aperfeiçoamento moral do homem”.¹²⁹

Tendo rebatido todos os argumentos a respeito do afastamento da legítima, a sua proteção foi estabelecida, no Código Civil de 1916, no seu art. 1.576, segundo o qual, “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Fez o mesmo o Código Civil de 2002, pela repetição da regra acima no seu art. 1.789.

Voltando-se ao cerne da investigação proposta por este artigo científico, indaga-se quais seriam os fundamentos da sucessão. Para chegar a uma conclusão – mesmo que parcial –, serão analisados os entendimentos doutrinários de dois Países da Europa e dois da América Latina, na linha do que foi pesquisado até o presente momento. Os dois

¹²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 752.

¹²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 753.

Países da Europa escolhidos são Portugal – constantemente visitado por este autor – e a Itália – pela proximidade dos sistemas e domínio da língua, desde os meus estudos de doutorado. Os Países da América Latina são Peru e Chile, com o qual mantive contato desde o início dos estudos pós-doutorais.

2 OS FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO EM PORTUGAL. A PROPRIEDADE PRIVADA COMO NORTE

Para as conclusões dos fundamentos do Direito das Sucessões em Portugal, foram utilizados três doutrinadores: José de Oliveira Ascensão, Inocêncio de Galvão Telles e Jorge Duarte Pinheiro. Os três autores pesquisados demonstram ser a propriedade privada um norte fundamental para o direito sucessório naquele País.

Iniciando-se por Ascensão, aduz que algumas Constituições associam o Direito das Sucessões a tal instituto, caso do art. 14 da Constituição Alemã e do art. 62, item 1, da Constituição Portuguesa.¹³⁰ Sabe-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não faz essa associação direta. O direito de propriedade está nos incisos XII e XXIII do seu art. 5º; enquanto o direito à herança no seu inciso XXX; ambos tratados como direitos fundamentais, verdadeiras *cláusulas pétreas*.

Pontua também o jurista: “pensamos que a admissão da sucessão por morte é uma consequência necessária da admissão da propriedade privada”.¹³¹ O doutrinador restringe a sua investigação aos sucessores privados nesta parte da obra, e não à sucessão do Estado. Em seguida, demonstra que podem existir restrições *qualitativas* e *quantitativas* à sucessão. Como *restrições qualitativas*, certos bens podem ser retirados da sucessão; já como *restrições quantitativas*, o Estado pode participar cada vez mais da sucessão, através da imposição de impostos.¹³²

¹²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 754.

¹³⁰ Conforme o art. 14 da Lei Fundamental da República Alemã: “[Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]. (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. (3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários” (disponível o texto traduzido em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020).

Por sua vez, prevê o art. 62 da Constituição da República Portuguesa: “Artigo 62º. Direito de propriedade privada. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

Apesar dessa fundamentação na propriedade, demonstra Ascensão haver uma estrita ligação entre as categorias do Direito de Família e das Sucessões, o que conduz a uma necessária sincronia entre propriedade e família, que ainda será aqui aprofundada.¹³³ Como último aspecto a ser destacado, toca ele no ponto relativo à legítima e aos fundamentos sucessórios, expondo que foi mantida a polêmica relativa à plena liberdade de testar, em Portugal: “os que defendem o princípio da legítima insurgem-se contra o arbítrio que podia representar a exclusão dos familiares e querem portanto proteger a família; os que defendem o princípio da liberdade de testar preferem o arbítrio de uma escolha feita por lei, a escolha feita por um actor qualificado, que é testador. Parece que neste campo as tradições têm uma importância fundamental e que o sistema é bom ou mau, atinge ou não os seus objetivos, consoante a situação de cada país”.¹³⁴ Na realidade portuguesa, portanto, foi mantida a ideia de proteção da família, como controle social ao exercício da faculdade de dispor, retirada do direito subjetivo de propriedade.

Quanto à legítima, em Portugal, essa é variável, podendo ser de um terço, metade ou dois terços do patrimônio do falecido. Conforme o art. 2.156º do Código Civil Português, entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos chamados "*herdeiros legitimários*". O comando seguinte estabelece que são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima (art. 2.157º). A respeito da legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (art. 2.158º). No que diz respeito à legítima do cônjuge e dos filhos, caso haja concorrência ou concurso entre eles, é de dois terços da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais (art. 2.159º). Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima (art. 2.160º). Por seu turno, a legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. E, se o autor da sucessão não deixar descendentes, nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes (art. 2.161º do Código Civil Português). Essas são as regras fundamentais a respeito do seu cálculo.

¹³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 26.

¹³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*, cit., p. 26-28.

¹³³ Nas suas exatas palavras: “é muito estrita a ligação dos institutos familiares e sucessórios. É primariamente uma proteção da família que é visada. Dá-se posição especial aos familiares mais próximos (e não só na linha recta) no mecanismo de sucessão” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*, cit., p. 28).

¹³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*, cit., p. 28.

Inocência Galvão Telles, considerado outro *clássico* do Direito Sucessório Português, trata do tema deste artigo em capítulo de importante livro, em que analisa conjuntamente os fundamentos da sucessão do Estado e das pessoas privadas.¹³⁵ Segundo ele, o Estado seria, pelo sistema português, um sucessor propriamente dito e um sucessor de Direito Privado, ou seja, um herdeiro, pelo que consta do art. 2.153º do Código Civil Português. Conforme o comando, "o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro".

Entrando no cerne principal desta discussão, leciona que a *razão de ser* do instituto sucessório é a propriedade individual ou pessoal, eis que, "uma vez que os indivíduos podem ser proprietários no sentido geral ou amplo da palavra, isto é, podem ter um património maior ou menor, podem ter bens e dívidas, podem ser sujeitos de direitos sobre coisas, de créditos, de débitos, é forçoso que alguém se lhes substitua nessas posições quando falecem que tenham um ou mais sucessores, tomado o termo com a amplitude que atrás ficou definida para este efeito".¹³⁶ Nesse contexto, "na origem da propriedade está afinal o trabalho, um esforço maior ou menor, que a legitima e a torna conforme com o direito material e mesmo uma imposição sua".¹³⁷

Mas, segundo Galvão Telles, a propriedade não deve ser concebida como algo puramente *egoísta*, "como existindo no mero interesse do proprietário e menos ainda como um instrumento de dominação ou opressão dos mais fortes relativamente aos mais fracos. Sempre esteve nos espíritos, com maior ou menor nitidez, a ideia de que a propriedade também serve o interesse geral; mas antigamente, dentro de uma visão individualista, partia-se do pressuposto da preestabelecida harmonia entre o interesse do indivíduo e o interesse da colectividade".¹³⁸ Nesse contexto, surge a função social da propriedade, uma vez que ela também deve aproveitar à sociedade. O jurista faz incursão histórica e associa essa proteção a valores da Igreja Católica, notadamente às encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo Anno* (1931).¹³⁹ Assim, a função social da propriedade não atende apenas ao Estado, mas também à família, tendo fundamentos em premissas cristãs.¹⁴⁰

Sobre a tutela da *legítima*, ou *reserva*, quota destinada aos herdeiros necessários, Galvão Telles ensina que, sem ela, a função social da propriedade, em sua projeção familiar, não teria a relevância pretendida, afirmação que tem o meu apoio.¹⁴¹ Merece relevo, pela importância histórica e para a compressão dos fundamentos sucessórios, os

¹³⁵ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 256.

¹³⁶ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 258.

¹³⁷ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 263.

seguintes marcos temporais citados por ele, a respeito da irrestrita liberdade de testar, mas com restrições que foram percebidas em tempos passados: a) desde a Lei das XII Tábuas, no Direito Romano, não haveria qualquer restrição a respeito dessa liberdade; antes dela havia a proteção dos parentes próximos, com a necessidade expressa de deserdação desses parentes e depois com a tutela dessas partes, em uma quota então denominada de *legítima*, com fundamento no dever de piedade (*officium pietatis*); b) os sistemas anglo-saxônicos são geralmente referidos como exemplos de individualismo, em que não há sucessão necessária; porém, o autor demonstra que já existiam movimentos contra esse "estado de coisas", mesmo nesses Países; c) nos Países de sistema romano-germânico, demonstra-se a existência de doutrinadores que pregam o fim da legítima, caso de Le Play, na França, e de Alberto Pires de Lima, em Portugal, ambos alvo de críticas.¹⁴²

Por fim, observe-se que, assim como Ascensão, Galvão Telles defende fortemente a proteção da legítima, pela sua estrita relação com a função social da propriedade. Todavia, anote-se que o último autor entende que devem ser procurados mecanismos que evitem a fragmentação da propriedade.¹⁴³ Nesse contexto, são citados a *partilha em vida*, o *legado por conta da legítima* e o *legado em substituição da legítima*, previstos nos arts. 2.029º, 2.163º e 2.165º do Código Civil Português; respectivamente.¹⁴⁴ Não se pode negar

¹³⁸ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 264.

¹³⁹ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 265.

¹⁴⁰ GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 265-269.

¹⁴¹ “Essa quota, que se diz reserva ou legítima, é intocável, só para além dela podendo exercer-se as faculdades dispositivas. Sem esta forma de sucessão a função social da propriedade na sua projecção familiar não adquiria o relevo suficiente, ficando à inteira mercê do querer do testador. A função social da propriedade na sua projecção estadual acha-se em matéria sucessória suficientemente assegurada pelo respectivo imposto que, sendo de sua natureza imperativo, se sobrepõe à vontade dos particulares, tanto do *de cuius* como dos sucessores. Mas família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou acautelada por meio da sucessão necessária” (GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 277).

¹⁴² GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 277-281.

¹⁴³ “Sabido que seria inteiramente desaconselhável pôr de lado a sucessão legitimária, aliás, com fundas raízes históricas em nosso país, o que importava, ao fazer-se a renovação do nosso direito civil, era criar instrumentos jurídicos que permitissem na medida do possível, sem ofensa da legítima, evitar a fragmentação excessiva da propriedade ou de conjuntos de bens cuja unidade conviesse conservar” (GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 280-281).

¹⁴⁴ Vejamos o conteúdo das normas, com intuito didático: "Art. 2.029º. (Partilha em vida) 1. Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados. 2. Se sobrevier ou se tornar conhecido outro presumido herdeiro legitimário, pode este exigir que lhe seja composta em dinheiro a parte correspondente. 3. As tornas em dinheiro, quando não sejam logo efectuados os pagamentos, estão sujeitas a actualização nos termos gerais. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)". "Art. 2163º. (Proibição de encargos). O testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro". "Art. 2165º. (Legado em substituição da legítima). 1. Pode o autor da sucessão deixar um legado ao herdeiro legitimário em substituição da legítima. 2. A aceitação do legado implica a perda do dinheiro à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do dinheiro ao legado. 3. Se o herdeiro, notificado nos termos do nº 1 do artigo 2049º, nada declarar, ter-se-á por aceite o legado. 4. O legado deixado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível do autor da sucessão; mas, se exceder o valor da legítima do herdeiro, é imputado pelo excesso, na quota disponível".

que se trata de institutos que visam ao que hoje se denomina como *planejamento sucessório*, que tem sido estudado por este autor no seu estágio pós-doutoral.

Chegando-se à doutrina contemporânea, a obra de Jorge Duarte Pinheiro merece destaque, pelo enfrentamento dos problemas atuais, que existem não só na realidade portuguesa como também na brasileira, que inclusive conduziu aos nossos estudos pós-doutorais. Primeiro, por apontar a existência de uma “crise” do Direito das Sucessões, citando Pamplona Corte-Real, destacando-se, entre os outros aspectos para tanto, o seu *imobilismo* e o seu *caráter vetusto*, eis que a matéria *parou no tempo*, como diz.¹⁴⁵

Apesar de reconhecer certa identidade e conexões com o Direito de Família, reconhece a autonomia entre as matérias, uma vez que, “apesar de haver entre eles pontos de contacto, quer o Direito de Família quer o Direito das Sucessões são ramos autónomos de Direito Civil institucional. O Direito das Sucessões preocupa-se com o destino do património de uma pessoa que faleceu; o Direito de Família ocupa-se das ligações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pessoas vivas”.¹⁴⁶ As lições trazem a notória divisão entre sucessão e meação, entre a herança e aquilo que foi pactuado por cônjuges e companheiros em vida, sendo necessário sempre visitar tal fracionamento, pois ainda são comuns e notórias as confusões entre os institutos aqui no Brasil. Como se sabe, a sucessão é projetada para após a morte; a meação, pela sua natureza contratual atinente ao regime patrimonial dos bens no casamento ou na união estável, gera efeitos com as pessoas ainda vivas.

Para motivar a impugnação do entendimento de que o Direito das Sucessões seria uma “parcela” do Direito de Família, Duarte Pinheiro detalha que a sucessão não opera exclusivamente para beneficiar os familiares do falecido e que “a propriedade só ‘é mais familiar do que pessoal’ quando os bens integram o património comum dos cônjuges; e, mesmo nesta hipótese, o cônjuge não adquire, necessariamente, por via hereditária, os bens que formavam o activo patrimonial comum dos cônjuges; e, mesmo nesta hipótese, o cônjuge sobrevivente não adquire, necessariamente, pela via hereditária, os bens que formavam o activo patrimonial comum (alguns podem vir a caber a terceiros)”.¹⁴⁷

Como se pode perceber, o doutrinador acaba confirmando a linha dos autores clássicos, de que, em Portugal, a propriedade privada é o norte fundamental do direito das sucessões, abrandada pela sua função social e familiar.

¹⁴⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 24-25.

3 O DIREITO CIVIL ITALIANO E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR

No Direito Italiano foram pesquisados três autores a respeito dos fundamentos do Direito das Sucessões, pela ordem no tempo: Luigi Cariota Ferrara, Massimo Bianca e Angelo Spatuzzi. Nas suas lições, foi encontrado um mesmo princípio, qual seja a solidariedade familiar, dentro de exposições relativas às *funções da sucessão legítima*.

Luigi Cariota Ferrara afirma que a sucessão legítima, seja em sentido amplo ou estrito, encontra seu fundamento imediato na vontade da lei, tendente a atuar nos *interesses da família*.¹⁴⁶ Para fundamentar o seu entendimento, são citados os artigos 565 e 572 do Código Civil Italiano. De acordo com o primeiro comando, na sucessão legítima, a herança é atribuída ao cônjuge, aos descendentes, aos ascendentes, aos colaterais, aos outros parentes e ao Estado, na ordem e segundo as regras estabelecidas no próprio título da codificação italiana. Por seu turno, a segunda regra mencionada prevê que, se a pessoa morre sem deixar prole, nem genitores, nem outros ascendentes, nem irmãos ou irmãs ou seus descendentes, a sucessão será aberta em favor do parente ou dos parentes próximos, sem distinção de linhas, seja ela paterna ou materna. Ademais, pela parte final desse preceito, a sucessão não tem lugar entre parentes além do sexto grau.¹⁴⁹ Como se pode notar, o sistema italiano tutela amplamente a família, ao reconhecer a possibilidade de sucessão dos parentes além do quarto grau, como ocorre no sistema brasileiro.

Massimo Bianca, igualmente tratando das funções da sucessão baseada em causa morte, especialmente a sucessão legítima, pondera que a herança em favor dos parentes (*congiunti*) tem como fundamento o *princípio da solidariedade familiar*.¹⁵⁰ Em continuidade, ensina que, em se tratando de *stretti congiunti* – assim considerados o cônjuge, os descendentes e na falta desses os ascendentes –, a solidariedade familiar prevalece até sobre a autonomia privada, pois esses *legitimados* têm o direito de receber uma quota do patrimônio do falecido, a reserva (*riserva*), compreendida pelos bens residuais e pelos bens dotais.¹⁵¹ Essas pessoas, ademais, podem fazer valer o seu direito de reserva também contra a vontade testamentária, com o fim de obter uma quota da herança. Se, eventualmente, a redução da disposição testamentária não for suficiente

¹⁴⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*, cit., p. 31.

¹⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*, cit., p. 31.

¹⁴⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Le successioni per causa di morte: parte generale*. Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Univeritá de Camerino. Numero 46. A cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Schientifique Italiane, 2011. p. 171-172.

¹⁴⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Le successioni per causa di morte: parte generale*. Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Univeritá de Camerino, cit., p. 172.

para se chegar a tal montante protetivo, *os parentes legitimados* podem, no sistema italiano, pedir até mesmo redução das doações feitas pelo falecido.¹⁵² E arremeta que a sucessão em favor desses parentes é, em sentido amplo, uma sucessão legítima porque tem fundamento em um *direito sucessório familiar*, tendo um título específico e autônomo denominado como *sucessão necessária*.¹⁵³

Sobre a legítima ou reserva, a Itália também consagra uma variação. Como legitimados, repise-se, o art. 536 do *Codice* elenca o cônjuge, os filhos e os ascendentes. Ao filho único, como regra geral, é reservada a metade do patrimônio do falecido; em havendo dois filhos ou mais, a reserva é de dois terços do patrimônio (art. 537). Em favor dos ascendentes, a reserva é de um terço dos bens do morto, como regra (art. 538). A respeito do cônjuge, a reserva volta a ser a metade dos bens do *de cuius*, salvo se houver concurso ou concorrência com os filhos, hipótese em que terá direito a um terço ou um quarto dos bens, a depender da qualificação dos filhos com os quais concorre (arts. 540 e 542 do Código Civil Italiano). Como última regra a ser destacada, o art. 544 da norma codificada italiana estabelece que, quando alguém morre sem ter filhos, mas ascendentes e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio e um quarto para os ascendentes.

Como último doutrinador pesquisado, destaque-se artigo de Angelo Spatuzzi, publicado nos cadernos do Departamento de Negócios e de Ciências Jurídicas da Universidade da Calábria, tratando da autonomia testamentária e da liberdade da pessoa.¹⁵⁴ Abordando fenômeno sucessório *mortis causa*, o autor associa a herança à propriedade privada e à família. Sobre a propriedade privada, cita o art. 47 da Constituição da República Italiana, que incentiva e protege a economia em todas as suas formas, favorecendo o acesso à propriedade, especialmente à moradia e às terras para produção agrária.¹⁵⁵ Sobre a relação entre a propriedade privada e a transmissão hereditária, é mencionado o art. 832 do *Codice*, que trata dos atributos ou faculdades do domínio jurídico, assim como faz o art. 1.228, *caput*, do Código Civil Brasileiro.¹⁵⁶

Superada a fundamentação na propriedade privada, Spatuzzi pondera sobre a *salvaguarda das relações familiares*, lecionando ser necessário equilibrar a autonomia do proprietário com o *princípio da solidariedade familiar*, e repetindo os dois doutrinadores antes citados. Acrescenta, ainda, que o fenômeno sucessório não é estranho à tutela dos interesses coletivos, como se dá com a constante intervenção fiscal do Estado nas

¹⁵⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II. p. 533.

¹⁵¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*, cit., p. 533.

¹⁵² BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*, cit., p. 533.

¹⁵³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*, cit., p. 534.

questões atinentes à herança. Segundo ele – na mesma linha do que vem ocorrendo no Brasil –, a sucessão deve levar em conta a concepção de entidades familiares além da *família nuclear* retirada do art. 29 da Constituição da República Italiana, que reconhece o Direito de Família como sociedade natural fundada no matrimônio.¹⁵⁷

Dito de outra forma, a família deve ser baseada em múltiplos modelos, abrangendo, por exemplo, a união de fato (*coppia di fatto*), ou seja, o que aqui denominamos de união estável.¹⁵⁸ Cita, por fim e a respeito dessa solução ampliada de tutela, decisão da Corte Constitucional Italiana, de 7 de abril de 1988, que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei n. 392/1978, na parte que não previa entre os legitimados a suceder no contrato de locação o convivente *more uxorio*, genitor dos filhos naturais havidos com o locatário falecido.¹⁵⁹ A solidariedade familiar como fundamento sucessório serviu, de acordo com o autor, para fundamentar o *decisum* superior.

Como se percebe, portanto, a Itália – não só na doutrina, mas também em decisões jurisprudenciais superiores – tem estabelecido uma clara relação entre a sucessão legítima e a *solidarietà familiare*, entendimento que pode servir de alento também no Direito Privado Brasileiro, como se verá.

4 DIREITO PERUANO. A LEGÍTIMA E A FUNDAMENTAÇÃO SUCESSÓRIA NA ORDEM ECONÔMICA, NA PROPRIEDADE E NA FAMÍLIA

Na investigação do Direito Civil Peruano – do qual me aproximei nos dois últimos anos –, notadamente pelos contatos realizados com Enrique Varsi, e cujo sistema pude conhecer pessoalmente em pesquisas realizadas *in loco* durante o período inicial dos estudos pós-doutorais, foram levados em conta dois autores: Juan A. Olavarría Vivian, Augusto Ferrero Costa e Benjamín Aguilar Llanos, todos indicados pelo citado Professor da Universidade de San Marco.

¹⁵⁴ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014.

¹⁵⁵ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona, cit., p. 10.

¹⁵⁶ Código Civil Italiano. "Art. 832 Contenuto del diritto Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". O Código Civil Brasileiro, por sua vez, estabelece no seu art. 1.228, *caput*, que "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".

¹⁵⁷ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona, cit., p. 11.

¹⁵⁸ Exatamente como tem ocorrido no Brasil, o doutrinador usa o termo "nova família" ("nuova famiglia") ou "famílias", no plural ("famiglie") (SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona, cit., p. 12).

¹⁵⁹ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona, cit., p. 12-13.

O que se percebe pela doutrina pesquisada é uma correlação direta entre fundamentos da sucessão, tutela da legítima e razões de ordem econômica. Mas também são citadas, como ocorre nos outros Países ora pesquisados, a propriedade a família.

Cabe esclarecer que a *tutela da legítima*, no Código Civil Peruano, está prevista no art. 723, segundo o qual constitui a parte da herança da qual não pode dispor livremente o testador quando tem *herdeiros forçados*. Pelo art. 724 da mesma legislação, são herdeiros forçados os filhos e demais descendentes, os pais e demais ascendentes e o cônjuge.¹⁶⁰

Segundo Olavarría Vivian, a legítima tem *duplo fundamento*, de ordem jurídica e econômica. Primeiro, é produto da grande influência que exerce o Direito de Família sobre o Direito das Sucessões. Por meio da legítima, e ante o desamparo que pode causar a perda do “*cabeza familiar*”, o chefe familiar ou de quem dá o sustento familiar, o instituto trata de conservar a união e a coesão dos integrantes da família, assegurando-lhe de forma exclusiva uma parte importante do patrimônio do falecido. Em resumo, diz o jurista peruano, a legítima é uma reserva que tem como beneficiários, principalmente, os membros integrantes da família nuclear do autor da herança.¹⁶¹ O fundamento econômico, ainda segundo ele, baseado na reciprocidade, tem esteio na premissa de que a riqueza não pode criar uma pessoa por si só, sendo necessária a ajuda de outras pessoas, quais sejam aquelas que formam o núcleo familiar mais próximo.¹⁶²

Sobre as quotas da legítima no Peru, pertinente esclarecer que os parâmetros são os seguintes: *a)* quanto aos descendentes e o cônjuge, proteção de 2/3 do patrimônio do falecido, conforme o art. 725 do Código Civil daquele País;¹⁶³ e *b)* ascendentes, amparo da metade do patrimônio do *de cujus* (art. 726).¹⁶⁴ Há, portanto, uma *legítima variável*, de acordo com os familiares que sucedem, diferentemente do sistema brasileiro, em que a legítima é fixa. A codificação peruana estabelece, por fim e a respeito da temática, que quem não tem descendentes, ascendentes ou cônjuge tem a livre disposição da totalidade de seus bens, por testamento (art. 727 do Código Civil).

Augusto Ferrero Costa, por sua vez, ao tratar dos fundamentos da sucessão, afirma a existência de *duas balizas*, que remontam ao Direito Romano, quais sejam a família e a propriedade. Sobre a família, o jurista cita Michel Grimaldi, doutrinador francês, e leciona que o legislador deve prevenir as incoerências ao realizar a reforma do direito pessoal da família, levando em conta as consequências existentes no direito patrimonial

¹⁶⁰ VIVIAN, Juan A. Olavarría. *Comentarios al derecho de sucesiones*. Lima: Escolani, 2010. p. 102-103.

¹⁶¹ VIVIAN, Juan A. Olavarría. *Comentarios al derecho de sucesiones*, cit., p. 102-103.

¹⁶² VIVIAN, Juan A. Olavarría. *Comentarios al derecho de sucesiones*, cit., p. 102-103.

de família.¹⁶⁵ A respeito da propriedade, pondera que, ao mesmo tempo que a pessoa pode dispor do seu patrimônio em vida, a título oneroso ou gratuito, não seria possível impedir o exercício do direito *mortis causa*, seja pela vontade declarada ou presumida, na linha do que estabelece o legislador.¹⁶⁶ Sobre as matérias que formam a substância do Direito Patrimonial de Família, Ferrero Costa destaca que são três: a) os regimes matrimoniais; b) as sucessões e c) as liberalidades. Em arremate final, fala na trilogia de interesses envolvidos, a do testador, a da família do morto e do Estado, todas fundadas em razões econômicas.¹⁶⁷

Benjamín Aguilar Llanos, por fim, investiga o fundamento da sucessão hereditária, interrogando: por que existe a sucessão, qual a razão de sua existência, por quê sua importância, quais são os objetivos que persegue e por acaso podemos prescindir dela?¹⁶⁸ Na sequência são demonstradas duas grandes teorias: a) *teoria da continuação da personalidade jurídica do falecido*, considerada errada e defasada, pois baseada em ficções e abstrações que não condizem com a realidade; e b) *teoria da continuação do patrimônio do morto*, considerada predominante no Peru, como em outros Países do modelo romano-germânico, o que mais uma vez demonstra a importância das questões de ordem econômica.¹⁶⁹

Sobre essa vertente teórica prevalecente, o autor demonstra a existência de três fundamentos. De início, existem os *fundamentos familiares*, uma vez que estes auxiliaram o autor da herança na construção do patrimônio, presente também o afeto presumido do *de cujus* pelos sucessores próximos, uma vez que à aquisição patrimonial não se pode atribuir um intuito individualista ou egoísta.¹⁷⁰ Para ele, essa tese explica a sucessão legítima, mas não a testamentária.

Pela *doutrina econômica e social*, parte-se da premissa de que a pessoa somente construiria as suas riquezas sob a premissa de transmissão para alguém. Caso contrário, as pessoas se converteriam em destruidores dos próprios bens ou em um "peso morto para a sociedade".¹⁷¹ Aguilar Llanos considera essa afirmação importante, pois, além de explicar a existência da sucessão, termina afirmando a necessidade de um "bom direito

¹⁶³ Código Civil Peruano. "Art. 725. Quem tem filhos ou outros descendentes, ou cônjuge, pode dispor livremente de um terço de seus bens".

¹⁶⁴ Código Civil Peruano. "Art. 726. Quem tem pais e outros ascendentes pode dispor livremente de metade dos seus bens".

¹⁶⁵ COSTA, Augusto Ferrero. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. p. 86.

¹⁶⁶ COSTA, Augusto Ferrero. *Tratado de derecho de sucesiones*, cit., p. 86.

¹⁶⁷ COSTA, Augusto Ferrero. *Tratado de derecho de sucesiones*, cit., p. 86.

¹⁶⁸ LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico Editores, 2014. p. 39.

¹⁶⁹ LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 41.

¹⁷⁰ LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 39.

¹⁷¹ LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 42-43.

hereditário", como uma espécie de alavanca econômica para o desenvolvimento da sociedade.¹⁷²

Por fim, pela *tese dos fundamentos jurídicos*, as razões que justificam o direito sucessório estariam na propriedade privada e no Direito das Obrigações. Na propriedade, pela possibilidade de disposição dos bens pelo autor da herança, como faculdade decorrente desse direito subjetivo, aqui antes pontuada. No Direito das Obrigações, pelas atribuições do passivo do morto, uma vez que, pelo art. 1.218 do Código Civil Peruano, as obrigações se transmitem aos seus herdeiros, como premissa geral.

Destaca, ainda o doutrinador que o art. 2º, inciso XVI, da Constituição Peruana, assim como fizeram as Constituições Alemã e Portuguesa, estabeleceram a antes citada relação entre sucessão e propriedade privada, o que fundamenta a sua adesão também a esta teoria, que acaba por complementar a anterior.¹⁷³

De toda sorte, o que se percebe, no sistema peruano, é uma constante fundamentação em razões econômicas, notadamente na necessidade de circulação patrimonial e de riquezas, além da pessoa do falecido.

5 AS SUCESSÕES NO CHILE. VÍNCULOS FAMILIARES, PATRIMÔNIO E AS CONTESTAÇÕES À LEGÍTIMA, DIANTE DAS RECENTES MUDANÇAS SOCIAIS E ECONÔMICAS. A CONCENTRAÇÃO DAS RENDAS E DE RIQUEZAS

No Direito Civil Chileno, nossas pesquisas se concentraram nos trabalhos de Manuel Somarriva Undurraga – em versão atualizada por René Abeliuk M. –, Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila. Curioso observar que os dois últimos doutrinadores são pai e filho, sendo o primeiro falecido, ou seja, o segundo continua a sua obra. Todas as indicações foram feitas pelo Professor Cristian Banfi Del Rio, Professor de Direito Civil da Universidade do Chile.

Começando com o trabalho de Undurraga, diz-se que a justificção da sucessão por causa morte está no patrimônio, pois ela evita a existência de perturbações relativas à morte da pessoa, como dúvidas de contratantes e de outras pessoas que mantinham vínculos jurídicos com o morto.¹⁷⁴ Sobre os seus fundamentos, cita, como é comum, a

¹⁷² LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 43.

propriedade particular. E afirma que a sucessão por decorrência da morte tem sido reconhecida desde muito tempo e é difícil que possa chegar a desaparecer.¹⁷⁵

Sobre os interesses convergentes sobre determinada sucessão, são apontados pelo doutrinador chileno: *a) o interesse individual* do titular do patrimônio; *b) o interesse familiar*, dado que a aquisição do conjunto de direitos e obrigações deixados por uma pessoa ao morrer deve levar em conta uma parte importante da família do falecido e o ambiente em que este viveu; e *c) o interesse social*, uma vez que a pessoa, ao acumular seu patrimônio, necessitou do concurso da sociedade. Sobre o último, o jurista pontua a existência de dois aspectos principais.¹⁷⁶ O primeiro deles é que na *sucessão intestada*, ou seja, na legítima, a lei elenca as pessoas que a vão suceder. Na falta delas, o Fisco, como representante econômico do Estado e da sociedade, passa a herdar do “*causante*”, do falecido. O segundo aspecto de manifestação do interesse social diz respeito ao imposto de herança que devem pagar os herdeiros e legatários.¹⁷⁷

Sobre a liberdade de testar, Undurruga expõe a existência de dois sistemas, o de *liberdade absoluta* e o de *liberdade restringida de testar*, no último caso com a necessidade de respeito à quota dos herdeiros forçados ou “*forzosos*”.¹⁷⁸ Demonstra o doutrinador a crítica feita ao segundo regime, no sentido de que os filhos, sabendo que irão herdar dos seus pais, acabam por perder todo o incentivo de trabalhar para formar seu próprio patrimônio, dedução que também é ouvida em outros Países como argumento de relevo, inclusive no Brasil. No primeiro sistema, por outra via, como os filhos não têm a segurança absoluta de herdar, afirma-se que irão se esforçar por formar, por si sós, uma sólida situação.¹⁷⁹

De todo modo, apesar dos fortes argumentos, o autor chileno demonstra que se pode contra-argumentar que o sistema da liberdade absoluta é igualmente perigoso pois o falecido, em muitos casos, pode ser alguém desapegado de sua família, com falta de carinho em relação a ela, o que pode fazer com que legue os seus bens por testamento a pessoas totalmente estranhas, não obstante sejam os seus parentes meritórios e dignos de ajuda, tendo em vista atos de solidariedade praticados no passado.¹⁸⁰ Por isso, nota-se no autor uma forte argumentação baseada em razões sociais e nos vínculos familiares.

¹⁷³ LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 44.

¹⁷⁴ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 17.

¹⁷⁵ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 18.

¹⁷⁶ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 18-19.

¹⁷⁷ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 19.

No Direito Civil Chileno, de toda forma, impressionaram-me muito os argumentos sociais e econômicos retirados da obra de Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila, pai e filho.¹⁸¹ Para começar o estudo do tema, ao tratar dos fundamentos do Direito das Sucessões, demonstram a existência de dois pilares aqui tão citados: a *propriedade privada* e a *afeição* ou *solidariedade familiar*.¹⁸² Sobre essa justificação familiar, contudo, ponderam que ela tem perdido força nos últimos anos, pois haveria justificativa a ela nos tempos em que a vida era breve, de modo que os filhos poderiam usar a herança para o sustento familiar com a morte de seus pais, sendo a família o centro da vida econômica familiar. Porém, hoje em dia, segundo os doutrinadores, na generalidade dos casos, quando ocorre a morte de seus pais, os filhos são pessoas que já passaram pela plenitude de suas vidas, em um sentido patrimonial, uma vez que a média de expectativa de vida tem superado os 75 anos em muitos Países. Destacam, também, que a família perdeu o papel econômico de sustento de seus membros, o que faz com que a sucessão deixe de cumprir o seu papel, que justifica o seu fundamento familiar, como ocorre igualmente com as amplas limitações à liberdade de testar existentes no regime chileno.¹⁸³

Anote-se que o art. 1.167 do Código Civil Chileno traz limitações à liberdade de testar, prevendo a proteção, entre outros institutos, da legítima.¹⁸⁴ O art. 1.181 da mesma codificação preceitua que a legítima é a quota dos bens do defunto que a lei assegura a determinadas pessoas, chamadas de *legitimários*, a saber: *a)* os filhos, pessoalmente ou representados por sua descendência; *b)* os ascendentes; e *c)* o cônjuge sobrevivente (art. 1.182 do Código Chileno).

A legítima, no Chile, também é variável entre 50% e 75% do patrimônio do *de cujus*, havendo diferenças nos cálculos das atribuições patrimoniais, a depender do herdeiro (arts. 1.184 a 1.187). O *monte mor líquido* é dividido da seguinte forma: *a)* 50% é a "*mitad legitimaria*", também chamada de "*legítima rigorosa*", que pertence aos herdeiros necessários, e que não pode, de modo algum, ser objeto de disposição em testamento; *b)* 25% é a "*cuarta de mejoras*", que pode ser objeto de testamento para melhorar ("*mejorar*") a situação dos legitimários ou de outros descendentes que não sejam legitimários, como os netos, *c)* 25% é a "*cuarta de libre disposición*", que pode ser

¹⁷⁸ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 19.

¹⁷⁹ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 19.

¹⁸⁰ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*, cit., p. 19.

¹⁸¹ BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 22-43.

¹⁸² BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*, cit., p. 22-24.

¹⁸³ BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*, cit., p. 24.

livremente objeto de testamento para qualquer pessoa. Além dessa variação, chama-se de "*legítima efectiva*" o somatório da "*legítima rigorosa*" com a "*cuarta de mejoras*".¹⁸⁵

Voltando-se à argumentação desenvolvida, Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila, ao tratar da liberdade de testar no sistema chileno, acrescentam às suas conclusões fatos sociais relevantíssimos que devem ser considerados a respeito das atribuições patrimoniais *post mortem*. Segundo eles, indubitavelmente, as limitações ora citadas têm como fundamento a ideia de família e os interesses sociais que existiam no momento de elaboração do Código Civil Chileno. Porém, perguntam se nos dias atuais ainda se justifica um regime tão estrito de limitações à liberdade, frente à realidade da família de hoje. Sobre a média de vida dos chilenos – como antes pontuado –, hoje gira em torno dos oitenta anos de idade. Disso resulta que, na grande maioria dos casos, quando falece o "pai de família" (chefe familiar), seus filhos são pessoas já chegando à terceira idade, com sua vida feita, bem ou mal, e com filhos, que são netos do *de cuius*, em plena atividade. Assim, o recebimento da herança, por vezes, acaba sendo um mero *bonus* aos herdeiros.¹⁸⁶

Os juristas também destacam que o casamento, como instituição geradora da família, deixa de ser a única fonte da existência da família, destacando os grupos familiares uniparentais e também os decorrentes de uniões não matrimoniais. Apontam, ainda, que geralmente o divórcio se dá antes da dissolução do casamento por morte, ou seja antes da viuvez. Além disso, os meios para assegurar a vida durante uma velhice mais prolongada são múltiplos para as pessoas das classes mais ricas, pois estas podem se socorrer não somente de pensões como de um variado sistema de seguros. Por fim, a importância da propriedade imobiliária cedeu espaço para o sistema econômico e liberal de mercado.¹⁸⁷

Nessa nova realidade familiar – e também econômica –, Domínguez Benavente e Domínguez Águila colocam em dúvida a possibilidade de se manter um sistema de limitação da vontade testamentária tão amplo. E perguntam: qual papel efetivo cumpre, por exemplo, a instituição da legítima para filhos que são maiores e com uma vida

¹⁸⁴ Código Civil Chileno. "Art. 1167. Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2. Las legítimas; 3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. § 1. De las asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas".

¹⁸⁵ Como esclarecido, por mensagem eletrônica, pelo Professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira, que recomendou o seguinte texto para a compreensão do sistema chileno: PAREDES, Manuel Barría. *La intangibilidad cuantitativa de la legítima en el Código Civil Chileno: una mirada desde el derecho sudamericano*. Disponível em: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5532/7205>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁸⁶ BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*, cit., p. 35.

formada, e com um destino que eles mesmos traçaram, e sobre o qual pouca influência poderia gerar a aquisição de bens que eram do falecido?¹⁸⁸

De fato, são argumentos fortes e que merecerão por mim um maior aprofundamento em estudos posteriores. O Chile, assim como o Brasil, viveu uma grande concentração de rendas e patrimônio nos últimos anos. Os principais debates sucessórios, tanto lá como aqui, não se pode negar, dizem respeito às famílias com grande patrimônio, até porque a maioria delas não deixa ativos para os seus sucessores. Nessas famílias, mais abastadas, em geral, a expectativa de vida é maior e a instrução, mais desenvolvida. Haveria razão para se manter a legítima nessas realidades familiares e sociais? Essa é uma dúvida que ainda pretendo responder, e, caso a resposta seja negativa, existe um forte argumento para que a reserva seja revisitada.

6 A GÊNESE DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO BRASIL. DIREITO DE FAMÍLIA E PROPRIEDADE. UMA NECESSÁRIA SINCRONIZAÇÃO OU ALINHAMENTO

Chegando-se à realidade brasileira, sobre os fundamentos sucessórios levaremos em conta, neste artigo científico, as lições de Orlando Gomes, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rolf Madaleno, doutrinadores que têm a minha preferência para este estudo sobre o Direito das Sucessões, sem prejuízo de muitos outros que tenho utilizado em minhas pesquisas.

Ao tratar da *justificação do Direito das Sucessões*, Orlando Gomes aponta uma certa "condenação" da disciplina, por razões diversas, citando Lassale, que a combateu por basear-se em ideias anacrônicas, quais sejam a de continuação da vontade do defunto e a compropriedade aristocrática da família romana. Menciona o jurista baiano, ainda, que outros sustentaram, com o apoio de Saint-Simon, que o Estado deveria ser o "herdeiro universal das fortunas privadas", obtendo sem violência a transferência de todos os bens ao domínio público.¹⁸⁹ Por fim, entre os *negacionistas*, aponta que Menger "preconiza a proibição de se transmitirem, *mortis causa*, os bens de produção, admitindo, entretanto, o direito de disposição dos bens de consumo".¹⁹⁰

Por seu turno, ainda conforme Orlando Gomes, entre os que afirmam positivamente o Direito das Sucessões, o argumento mais forte é o de que a herança "não

¹⁸⁷ BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*, cit., p. 35-36.

¹⁸⁸ BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*, cit., p. 36.

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

é mais do que a extensão da propriedade privada além dos limites da vida humana. O próprio Menger reconhece que está intimamente ligado o destino das duas instituições, a propriedade e sucessão. Se a apropriação individual de bens de qualquer espécie é legalmente protegida, e até estimulada, não se justifica a expropriação com a morte do proprietário. Em todos os tempos, a sucessão tem sido admitida e, até nos povos que aboliram a propriedade privada dos bens de produção, ocorre em relação aos bens de uso e consumo, como no Código Civil soviético (art. 416)".¹⁹¹

Com base em Cimbali, ensina que a propriedade é constituída sob o impulso de fatores diferentes, que concorrem para a sua formação e a sua garantia: "são *elementos subjetivos* que se tripartem. O *elemento individual* prepondera em sua aquisição. O *familiar*, na sua conservação. O *social*, em sua garantia. Enquanto vive, os três fatores compartilham das utilidades da propriedade. Por sua morte, cada um dos três fatores reivindica a parte lhe que cabe ".¹⁹² Arremata dizendo que a sucessão *mortis causa* encontra a sua justificação e a sua fundamentação nos mesmos princípios que fundam o direito de propriedade individual.¹⁹³ Essa é uma conclusão muito comum no Direito Civil Brasileiro, no sentido de que o direito de propriedade – atualmente previsto no art. 5º, inc. XXII, da Constituição e no art. 1.228 do Código Civil – estriba a sucessão.

Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka, em sua tese de titularidade, defendida perante o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aponta fundamentos diferentes para o Direito das Sucessões e para a transmissão sucessória no transcorrer dos tempos. Cita, de início e nas civilizações antigas, a necessidade de se ocupar o lugar do *pater familias*. Destaca, ainda, a necessidade de se preservar a forças da família.¹⁹⁴ Sucessivamente, aponta, os jusnaturalistas procuraram compreender a sucessão – assim como se dá com a propriedade – como mera

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 2.

¹⁹¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 2.

¹⁹² GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 3.

¹⁹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 3.

¹⁹⁴ "Vale dizer, o que, enfim, fundamenta e justifica o fenômeno da transmissão sucessória? O fundamento mais antigo que se noticia é de ordem cultural e também religiosa, pois o sucessor ocupava o lugar do *pater familias* falecido, dele herdando tanto o poder sobre o núcleo familiar regido pelo acervo patrimonial quanto as obrigações religiosas, tornando-se o responsável pelo culto aos antepassados e aos deuses domésticos. No entanto, e como foi possível analisar antes, neste estudo, a permanência do patrimônio, a ânsia pela sua integridade e pela manutenção de sua continuidade, estas sim, foram as atividades mais importantes e destacadas do sucessor, no seio da família e da cidade, porque era uma forma de *manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos*. Foi nesse período, então, que se desenvolveu o princípio medieval da primogenitura, iniciando-se a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 44/2009. São Paulo, 2010. p. 394).

construção positivista, podendo "ser abolida logo que isso interessasse às conveniências sociais".¹⁹⁵

Seguindo nos seus estudos, assinala a corrente defendida por Cimbali e D'Agüano, para quem o "fundamento da sucessão encontrava sua ênfase em pesquisas biológicas que buscavam demonstrar existir uma espécie de continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes a descendentes, não apenas das características genéticas mas também psicológicas. Como conclusão, os estudiosos advertiram que a permissão legal acerca da transmissão do patrimônio do morto para seus descendentes operava-se por razões de ordem biopsíquica. Com o passar do tempo, essa corrente de matiz biológico foi enriquecida com novos fundamentos, como a afeição e unidade familiar, atualizando e humanizando o tema".¹⁹⁶

Giselda Hironaka destaca, assim como Orlando Gomes, a abordagem feita pelos socialistas que negavam a propriedade privada mas, mesmo assim, mantiveram a sucessão legítima.¹⁹⁷ Ao final, sustenta, o que também é defendido por muitos autores brasileiros, caso de Caio Mário da Silva Pereira, Itabaiana de Oliveira e Clóvis Beviláqua, que a justificativa do Direito das Sucessões tem as suas bases na necessidade de se fazer um alinhamento – ou uma sincronização – entre o direito de propriedade e o Direito de Família: "esta corrente procura demonstrar que o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria além de uma expectativa de continuidade patrimonial, quer dizer, na simples manutenção dos bens na família, como forma de acumulação de capital que, por sua vez, estimularia a poupança, o trabalho e a economia, porém, mais que isso, o grande fundamento da transmissão sucessória habitaria o fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família".¹⁹⁸ Assim também vejo a correta fundamentação da sucessão na realidade jurídica e social brasileira.

Por fim, quanto a Rolf Madaleno, em obra recentemente lançada, igualmente aponta a necessidade de se conceber a sucessão a partir dessa relação. Segundo ele, "embora a instituição familiar careça de personalidade jurídica, cada integrante desse grupo é uma pessoa, sujeito de direitos e, acentuadamente, a família e sua concepção sofreram profundas e importantes mudanças em seus aspectos históricos, sociais e filosóficos. Com a edição da Carta da República em 1988, a família brasileira mereceu especial tutela jurídica de seus membros, até porque ela é considerada a base da

¹⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 394.

¹⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 394-395

¹⁹⁷ "Já os socialistas, ao negarem a legitimidade ao direito de propriedade privada, entendendo pertencerem os bens ao Estado e a ele devendo, por isso, retornar, em benefício de toda a comunidade, negarem, igualmente, legitimidade à

sociedade (CF, art. 226). A família, como círculo afetivo, natural e cultural, identifica-se por suas características biológicas, psicológicas, éticas, econômicas e sociais, constituindo-se em um grupo cada vez mais estreito, com limitação dos seus vínculos de parentesco e cuja subsistência é assegurada pelo casal que forma a entidade familiar e cuja sobrevivência os cônjuges ou conviventes também buscam garantir criando lastro patrimonial e mecanismos de transferência das suas riquezas aos seus herdeiros mais próximos".¹⁹⁹ No trecho seguinte está a conclusão de que o patrimônio conduz à sucessão legítima e testamentária, inclusive como direito fundamental, "assim como a organização da família conduz à sucessão legítima e, dentro dela, à noção de sucessão necessária para a proteção mínima dos herdeiros parentes e familiares mais próximos ao sucedido, preservando, dentro da família, as riquezas patrimoniais e com ela a sua organização, além de pela via reflexa manter o Estado forte e economicamente estável".²⁰⁰

Como antes pontuado, a legítima em 50% do patrimônio do falecido foi mantida no Direito Brasileiro pelo Código Civil de 2002, havendo na sincronização entre propriedade e família um forte entrave para que seja revista em percentual ou mesmo extinta na nossa realidade jurídica. Os estudos que seguirão demonstrarão – ou não – se é viável superar essa barreira.

CONCLUSÕES

O presente artigo procurou trazer reflexões parciais dos meus estudos pós-doutorais sobre a tutela da legítima, com a investigação da realidade jurídica sobre os fundamentos sucessórios em quatro Países, além do Brasil.

Em Portugal, como se percebeu, tem-se fundado a sucessão legítima na propriedade privada, mas não se ignora uma relação indireta com o Direito de Família. A

transmissão *causa mortis* de bens de produção e consumo, uma vez que, se a permitissem, estariam reforçando as desigualdades sociais existentes e premiando, com a aquisição derivada de propriedade, pessoas que não concorreram para sua aquisição, pela única forma socialmente entendida como apta a legitimar a utilização dos bens que pertencem, em última análise, à sociedade como um todo, qual seja, o trabalho. Por esse motivo, o primeiro Estado de inspiração socialista aboliu o direito sucessório por meio de um decreto, em 27 de abril de 1918, determinando que os bens do *de cuius* fossem (re)incorporados ao patrimônio do Estado. Contudo, a abolição do direito sucessório não perdurou, historicamente, e a promulgação de um Código Civil russo permitiu a transmissão dos bens do falecido a seus herdeiros, até um montante especificado, vindo alterar-se, ainda mais, com o correr do tempo, e assemelhando-se a cada fase, e a cada vez mais, ao direito continental. O retorno do direito sucessório ao ordenamento jurídico dos países socialistas, portanto, nada mais pode representar que o reconhecimento, como legítimos, dos títulos de propriedade dos particulares que, assim, deixariam de ter mero usufruto vitalício dos bens em seu poder, uma vez que readquiririam o caráter da perpetuidade" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 395-396).

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 395-396.

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

²⁰⁰ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*, cit., p. 15.

legítima é variável, entre a metade e dois terços do patrimônio, estando baseada na função social da propriedade em sua projeção familiar.

Na Itália, o fundamento principal da sucessão tem sido a solidariedade familiar, havendo também um sistema de legítima variável, que pode ser de um quarto, um terço, metade ou dois terços do patrimônio do falecido.

Entre os Países da América Latina escolhidos, o Peru tem uma legítima variável na mesma proporção de Portugal, e, além da propriedade e da família, tem-se fundamentado a sucessão em razões econômicas, notadamente na ideia de continuidade patrimonial do falecido.

Já o Chile tem um sistema de legítima variável complexo, que vai de 50% a 75% do patrimônio do *de cuius*. Em sua doutrina foram encontradas contestações sociais e jurídicas relevantes à legítima e à própria sucessão, que leva em conta o aumento da expectativa de vida, a concentração de renda e o desenvolvimento das famílias mais abastadas, onde se concentram os principais debates sucessórios. Penso que tais argumentos servem para a realidade brasileira, e pretendo aprofundá-los nos meus estudos que seguem.

Como se viu, no Brasil, tem prevalecido o argumento de que a sucessão procura alinhar a propriedade à família, o que justificaria a manutenção da legítima e em 50%, em um regime fixo, sem variações. Mas não seria o caso de se instituir entre nós um sistema de legítima variável? Seria o caso, nesse regime, de diminuir ou aumentar tal percentual? Ou não existem razões para se manter um sistema já consolidado, efetivo para a nossa realidade social? Tais questões serão respondidas na sequência dos meus estudos pós-doutorais.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

BENAVENTE, Ramón Domínguez; ÁGUILA, Ramon Domínguez. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019. t. I.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II.

CARIOTA FERRARA, Luigi. *Le successioni per causa di morte: parte generale*. Ristampe della Suola di specializzazione in diritto civile dell'Università de Camerino. Numero 46. A cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Schientifique Italiane, 2011.

COSTA, Augusto Ferrero. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese apresentada para concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 44/2009. São Paulo, 2010.

LLANOS, Benjamín Aguilar. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico Editores, 2014.

MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAREDES, Manuel Barría. *La intangibilidad cuantitativa de la legítima en el Código Civil Chileno: una mirada desde el derecho sudamericano*. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5532/7205>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

SPATUZZI, Angelo. *Autonomia testamentaria e libertà della persona*. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014.

UNDURRAGA, Manuel Somarriva. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019. t. I.

VIVIAN, Juan A. Olavarría. *Comentarios al derecho de sucesiones*. Lima: Escolani, 2010.

**53º FÓRUM NACIONAL DOS
JUIZADOS ESPECIAIS:
ENFRENTANDO DESAFIOS
PARA UMA JUSTIÇA
FUNCIONAL E ACESSÍVEL**

Roberto Carneiro Pedrosa
Haroldo Carneiro Leão

53º FORUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS: ENFRENTANDO DESAFIOS PARA UMA JUSTIÇA FUNCIONAL E ACESSÍVEL

53rd NATIONAL FORUM OF SPECIAL COURTS: FACING CHALLENGES FOR A FUNCTIONAL AND ACCESSIBLE JUSTICE

Roberto Carneiro Pedrosa

Juiz de Direito do 1º Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital;
Coordenador dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

Haroldo Carneiro Leao

Juiz de Direito da 2ª Turma Recursal do 1º Colégio Recursal
Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica da Escola Judicial (ESMAPE).

RESUMO

O 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), realizado em Mato Grosso do Sul, discutiu a importância da acessibilidade à justiça para cidadãos vulneráveis, destacando temas como a simplificação da linguagem jurídica e a necessidade de combater a litigância predatória. O estudo dividido em três partes principais aborda: 1) as discussões do fórum, 2) os desafios do acesso à justiça por meio da linguagem simples, e 3) a preservação da funcionalidade dos juizados especiais frente à litigância predatória. Utilizando uma abordagem qualitativa, foram analisadas palestras e discussões, ressaltando a necessidade de uma comunicação clara e compreensível no Judiciário. O fórum reafirmou o compromisso com a democratização do sistema judicial e a busca por uma justiça mais eficiente e inclusiva. A análise conclui que a linguagem simples e medidas contra a litigância predatória são essenciais para a eficiência e transparência do sistema judicial, promovendo maior confiança da população no Judiciário.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Linguagem Simples. Litigância Predatória. Acesso à Justiça. Democratização do Judiciário.

ABSTRACT

The 53rd National Forum of Small Claims Courts (FONAJE), held in Mato Grosso do Sul, discussed the importance of accessibility to justice for vulnerable citizens, highlighting topics such as the simplification of legal language and the need to combat predatory litigation. The study, divided into three main parts, addresses: 1) the discussions of the forum, 2) the challenges of access to justice through plain language, and 3) the preservation of the functionality of small claims courts in the face of predatory litigation. Using a qualitative approach, lectures and discussions were analyzed, highlighting the need for clear and understandable communication in the Judiciary. The forum reaffirmed the commitment to the democratization of the judicial system and the search for a more efficient and inclusive justice system. The analysis concludes that plain language and

measures against predatory litigation are essential for the efficiency and transparency of the judicial system, promoting greater public confidence in the Judiciary.

Keywords: Small Claims Courts. Plain Language. Predatory Litigation. Access to Justice. Democratization of the Judiciary.

INTRODUÇÃO

A importância de debater e aprimorar o sistema dos Juizados Especiais é indiscutível para a sociedade brasileira, uma vez que esses juizados representam a principal porta de acesso à justiça para os cidadãos mais vulneráveis, tal como revelam anualmente os números do Conselho Nacional de Justiça. O 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), realizado em Mato Grosso do Sul, trouxe à tona questões cruciais que refletem o compromisso contínuo com a democratização e a eficiência do Judiciário. Temas como a acessibilidade da linguagem jurídica, a necessidade de combater a litigância predatória, e a busca por uma justiça mais clara e inclusiva foram amplamente discutidos, ressaltando a importância de tais debates para o fortalecimento da cidadania e da confiança no sistema judicial.

O estudo apresentado neste *paper* está dividido em três partes principais. A primeira parte apresenta as principais discussões tratadas no 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. A segunda parte aborda os desafios do acesso à justiça por meio da linguagem simples, destacando a importância de uma comunicação clara e compreensível entre o Judiciário e os cidadãos. A terceira parte trata da preservação da funcionalidade dos sistemas dos Juizados Especiais frente ao fenômeno da litigância predatória, analisando as medidas necessárias para garantir que o sistema permaneça eficiente e justo.

O método de pesquisa deste estudo enfoca a análise detalhada das palestras e discussões realizadas durante o 53º FONAJE. Utilizamos uma abordagem qualitativa, revisando e sintetizando os principais pontos debatidos pelos magistrados e especialistas presentes. As palestras abordaram temas como a simplificação da linguagem jurídica, o impacto das decisões judiciais na sociedade, e estratégias para combater a litigância predatória. A análise dessas discussões permite uma compreensão abrangente dos desafios e das soluções propostas para aprimorar o sistema dos Juizados Especiais, reafirmando o papel relevante do FONAJE na promoção de um Judiciário mais acessível e funcional.

2 DESTAQUES DO 53º FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Nas terras sul-mato-grossenses, canta o uirapuru, o músico da floresta, quando teve início o 53º Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). Este evento, realizado em um cenário exuberante, reuniu magistrados, servidores e especialistas do país inteiro para discutir e aprimorar os métodos e práticas dos juizados especiais. As primeiras horas do encontro foram marcadas pela expectativa e entusiasmo, refletindo a importância desse fórum para o sistema judiciário brasileiro.

Sob os mais belos cânticos de jovens músicos da orquestra indígena, que extraem lindas melodias das cordas dos seus violinos, a abertura do evento foi um verdadeiro espetáculo. A música ecoou pelo ambiente, criando uma atmosfera de harmonia e inspiração. As apresentações musicais, cuidadosamente selecionadas, trouxeram um toque de arte e cultura ao evento, destacando a riqueza cultural da região sul-mato-grossense. A suave melodia dos violinos serviu como um prelúdio perfeito para as discussões e debates que estavam por vir.

O 53º FONAJE, além de proporcionar momentos de reflexão e aprendizado, também ofereceu uma oportunidade única para fortalecer os laços entre os participantes. As trocas de experiências, as palestras inspiradoras e a oficina sobre linguagem simples foram alguns dos destaques do evento. Em meio às belas paisagens e ao som encantador dos violinos, os participantes puderam renovar seu compromisso com a justiça e buscar soluções inovadoras para os desafios enfrentados pelos juizados especiais. O FONAJE reafirmou seu papel crucial na promoção de um judiciário mais acessível e eficiente.

No primeiro dia do evento, o Presidente da AMB, Dr. Frederico Mendes Junior, proferiu a palestra magna destacando a importância do sistema dos juizados para a Justiça brasileira. Ele citou o artigo do Ministro Barroso, "A Revolução da Brevidade", publicado no Conjur em 2008, que enfatiza a necessidade de rapidez e eficiência no sistema judiciário. Mencionou a campanha da AMB de 2005 que visava a simplificação da linguagem jurídica, reforçando a importância de tornar o sistema mais acessível para a população.

Dr. Frederico destacou uma pesquisa recente do CNJ que revela que 65% das pessoas não compreendem os processos judiciais, ressaltando a necessidade de tornar as decisões mais claras e compreensíveis. Ele associou a transparência e a clareza na comunicação das decisões judiciais à própria democracia, afirmando que uma justiça

mais acessível e entendível fortalece a confiança da população no sistema judicial brasileiro.

A palestra intitulada "Acesso à justiça como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário: por uma adequada compreensão das decisões judiciais", ministrada pelo Dr. Maurício Ferreira Cunha do TJMG, abordou a importância crucial do acesso à justiça no contexto de um sistema jurídico moderno. O palestrante citou a obra de Cappelletti e Garth, que descreve três ondas no desenvolvimento do acesso à justiça. Segundo Dr. Maurício, o acesso à justiça é uma dimensão fundamental dos direitos, e a demora excessiva nos processos judiciais constitui uma grave falha nesse direito. Ele enfatizou o papel vital do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, destacando que a cidadania se traduz em inclusão.

Além das três ondas mencionadas por Cappelletti, Dr. Maurício ressaltou que Garth identificou mais quatro ondas, com destaque para a desigualdade de gênero e raça nos sistemas judiciais. Isso aponta para uma evolução contínua e necessária no entendimento e na prática do acesso à justiça, visando corrigir desigualdades históricas e garantir um sistema mais justo e inclusivo. A palestra sublinhou que, para um sistema jurídico ser verdadeiramente igualitário, é imperativo reconhecer e abordar essas desigualdades estruturais, reafirmando o compromisso do Judiciário na proteção e promoção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A palestra "A necessidade da compreensão das decisões oriundas do Poder Judiciário pelos cidadãos", ministrada pelo Dr. Paulo Cezar dos Passos, Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, destacou a importância de tornar as decisões judiciais acessíveis ao público em geral. O palestrante abordou como o impacto da internet e das redes sociais, juntamente com o excesso de informação, tem gerado desinformação, dificultando a compreensão do público sobre temas jurídicos. Ele ressaltou que a desorientação dos indivíduos cria expectativas sobre o direito como meio de estabilizar as relações sociais, enquanto o Poder Judiciário tem a função primordial de pacificar os conflitos sociais.

Dr. Passos enfatizou que a aceitação das decisões judiciais pela sociedade é fundamental para a efetividade da jurisdição, uma vez que essas decisões moldam a sociedade e criam novos direitos através da interpretação legal. Para garantir essa aceitação, é essencial utilizar uma linguagem simples nas decisões judiciais, facilitando a compreensão por parte da população. A clareza e a brevidade na comunicação judicial não apenas promovem a agilidade dos processos, mas também tornam as decisões mais transparentes e acessíveis. Nesse contexto, o *Visual Law* foi apresentado como uma

ferramenta inovadora que pode melhorar significativamente a comunicação jurídica, tornando-a mais visual e intuitiva para todos.

A palestra "Litigância predatória e Juizado Especial: enfrentar para resguardar a funcionalidade do Judiciário e o acesso legítimo ao sistema de justiça", ministrada pela Dra. Mônica Silveira Vieira do TJMG, abordou a importância de medidas para combater a litigância predatória no Brasil. A palestrante destacou a aplicação do Tema 1184 do STF, enfatizando o alto custo de cada processo no país, que é, em média, de 9.200 reais. Para litigar, deve-se demonstrar um interesse qualificado, com a necessidade material comprovada por um problema real e a ausência de outros meios para resolver o conflito. A gestão racional do Judiciário é essencial para preservar sua capacidade de atuação, alinhada ao disposto no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça apenas em casos de problemas reais, reforçando que o direito de ação não é um fim em si mesmo.

A Dra. Mônica também discutiu a relevância do Tema 1178 do STJ, que busca definir critérios objetivos para aferir a hipossuficiência no pedido de gratuidade de justiça por pessoa natural. Ela argumentou que o acesso à justiça é restrito e condicionado, sendo o devido processo legal substancialmente vinculado ao direito material e associado à boa-fé objetiva, conforme os Artigos 5º do CPC e 178 do Código Civil, bem como ao princípio da cooperação previsto no Art. 6º do CPC. A palestrante alertou sobre os prejuízos significativos causados pela litigância predatória, estimados em 25 bilhões de reais, e identificou as principais modalidades desse comportamento, incluindo a litigância fraudulenta, artificialmente criada, fracionamento de pretensões e litigância procrastinatória.

Por fim, Dra. Mônica detalhou as formas comuns de abuso, como o falseamento de fatos, uso de documentos fraudulentos e fracionamento de pretensões, frequentemente relacionados ao fórum shopping. Ela defendeu uma revisão da jurisprudência do STJ sobre o fracionamento nos juizados especiais em favor da renúncia implícita, visando combater essas práticas que prejudicam tanto os cidadãos quanto o sistema de justiça. A palestra enfatizou a necessidade de uma abordagem firme e criteriosa para assegurar que o Judiciário mantenha sua funcionalidade e que o acesso ao sistema de justiça seja legítimo e eficiente.

A palestra intitulada "Os juizados especiais cíveis e sua função civilizatória," ministrada pelo Dr. Alexandre Chini Neto (TJRJ), abordou a importância dos juizados especiais cíveis conforme disposto no Art. 98, I, da Constituição Federal. Dr. Chini Neto destacou que os problemas identificados pelo Ministro Hélio Beltrão na Mensagem

313/1983, relacionados ao desempenho do Poder Judiciário, ainda são relevantes atualmente. Esses juizados, concebidos para proporcionar um acesso mais célere e simplificado à justiça, desempenham um papel de destaque na democratização do Judiciário e na promoção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Em que pese algumas propostas de enunciados terem sido apresentadas, não houve consenso para a aprovação de qualquer uma das teses sugeridas, sendo considerado a necessidade de um maior amadurecimento de alguns temas para reapresentação no próximo encontro a ocorrer em novembro de 2024 na cidade de Cuiabá - MT.

A Proposta de Cooperação entre o Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) e o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul (PJRS) visa fornecer apoio judiciário às vítimas das enchentes no estado, ocorridas em 2024. Este projeto de justiça itinerante, alinhado com as Resoluções CNJ 350/2020 e 460/2022, inclui a designação de magistrados voluntários que participarão de mutirões, audiências e outras atividades processuais, abordando diversas áreas do direito, como juizados especiais cíveis e familiares, entre outras, para atender às necessidades da população afetada.

Os objetivos específicos incluem facilitar o acesso à justiça para as vítimas das enchentes, promover a autocomposição para a resolução de conflitos, garantir a regularização de documentos básicos, proteger os direitos da família, das crianças e dos idosos, auxiliar na renegociação de contratos e no acesso a serviços públicos essenciais. A atuação será tanto presencial quanto à distância, por meio de videoconferências e plataformas digitais, sem ônus financeiro para o Judiciário gaúcho. Magistrados de cooperação serão responsáveis pela supervisão e interlocução entre as partes envolvidas.

A proposta foi aprovada por unanimidade no FONAJE, destacando-se como uma iniciativa inovadora e essencial para a reconstrução das vidas afetadas pelas enchentes no Rio Grande do Sul. O projeto terá duração inicial de um ano, com possibilidade de prorrogação, e conta com o apoio recíproco entre o FONAJE e o PJRS, sem a necessidade de recursos financeiros adicionais, apenas com a dedicação voluntária dos magistrados e servidores envolvidos.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais também aprovou por unanimidade a proposta do **Des. Jones Figueiredo** para a criação do **Instituto Brasileiro dos Juizados Especiais** para a promoção da pesquisa e desenvolvimento dos sistemas dos juizados especiais.

Ao final do evento, foi aprovada A "Carta de Campo Grande/2024," manifesto do 53º Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJES). Nesta Carta, é reafirmada a importância de utilizar uma linguagem clara e objetiva no Judiciário para garantir a simplicidade e a cidadania. Nela se destaca a necessidade de combater a litigância predatória por meio de medidas legislativas e administrativas, recomendando o uso de instrumentos de responsabilização. Também foi enfatizada a importância da compreensão das decisões judiciais para a legitimidade e inclusão dos cidadãos. Diante da sensibilidade de todos os que compõem o Poder Judiciário com a tragédia em curso no Rio Grande do Sul, a Carta também expressa solidariedade aos magistrados do Rio Grande do Sul.

Para uma discussão dos pontos de maior destaque no evento, percebeu-se a importância da questão da acessibilidade do sistema dos juizados especiais às pessoas simples, que demandam questões simples, isso como o uso de linguagem simples, além da questão da preservação da funcionalidade do sistema, afastando demandas fraudulentas e massificadas que impedem o seu funcionamento eficiente.

3 OS DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA LINGUAGEM SIMPLES

Na tentativa de promover uma maior aproximação entre o cidadão e o Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em agosto de 2023 o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, por meio da publicação da Recomendação nº 144. Esse pacto tem como objetivo incentivar e orientar juízes e tribunais a utilizarem uma linguagem descomplicada.

Muitas palavras anteriormente usadas no âmbito jurídico perderam o sentido na comunicação atual e, portanto, precisam ser substituídas por termos mais acessíveis ao cidadão comum. O 53º Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), realizado em Mato Grosso do Sul entre 15 e 17 de maio de 2024, abordou a importância da linguagem simples no sistema jurídico. O tema central do evento foi "Linguagem simples no Juizado: inclusão e cidadania", ressaltando a necessidade de adaptação da comunicação no microsistema dos juizados especiais para torná-la mais acessível e inclusiva para o cidadão.

A linguagem simples é uma forma de comunicação que busca transmitir informações de maneira clara e objetiva, facilitando a compreensão dos textos. No contexto jurídico, a aplicação da linguagem simples é essencial para melhorar a

comunicação com o cidadão, especialmente em documentos como citações, intimações, despachos, decisões e sentenças.

A ideia é eliminar jargões e termos técnicos desnecessários que dificultam o entendimento. A comunicação jurídica no Brasil muitas vezes utiliza uma linguagem técnica destinada a um público específico, o que impede que o cidadão compreenda claramente as decisões judiciais. Por isso, é de mais alta importância que o Judiciário adote uma comunicação clara e objetiva para se fazer entender melhor pela sociedade. Em diversos países, já existem iniciativas de linguagem simples no setor público, e o Brasil se junta a esse movimento através da Lei de Direitos do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017). Esta lei reforça a necessidade de que as informações sejam fornecidas de maneira compreensível para todos.

O Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples e a discussão no FONAJE refletem um movimento global em direção à transparência e acessibilidade na comunicação pública. Mais de dez países já implementaram a linguagem simples em seus setores públicos, promovendo maior inclusão e cidadania. A linguagem simples no judiciário não só facilita o acesso à justiça, mas também promove a confiança no sistema legal.

Quando o cidadão compreende claramente as decisões judiciais e os procedimentos legais, ele se sente mais incluído e seguro no exercício de seus direitos. A adoção de uma linguagem simples no Judiciário brasileiro representa um avanço significativo na busca por uma justiça mais acessível e transparente. Este movimento exige a colaboração de todos os atores do sistema jurídico, incluindo juízes, advogados, servidores e operadores do direito em geral. A mudança de paradigma na comunicação jurídica, impulsionada pelo CNJ e reforçada por eventos como o FONAJE, destaca a importância de uma justiça que se comunica de maneira eficaz e compreensível, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.

O microssistema dos juizados especiais tem um papel fundamental como a principal porta de acesso à justiça no Judiciário brasileiro. Esse sistema foi concebido para atender, em grande medida, os cidadãos socialmente mais desfavorecidos, aqueles que muitas vezes encontram barreiras significativas no acesso aos mecanismos tradicionais de justiça. Dessa forma, permitir o amplo acesso a esse sistema é uma forma de exercício da cidadania e inclusão social. O uso da linguagem simples nesse contexto é crucial, pois facilita a compreensão dos procedimentos e decisões judiciais, permitindo que os cidadãos compreendam plenamente seus direitos e deveres.

Quando o Judiciário adota uma linguagem mais acessível, ele se torna mais inclusivo, acolhendo aqueles que, por diversas razões, têm menos familiaridade com a linguagem jurídica complexa. O Judiciário brasileiro ainda enfrenta um desafio significativo relacionado à sua percepção pública. Para muitos cidadãos, ele é visto como um poder fechado e distante, por vezes inacessíveis. Esse distanciamento é agravado por dados como os do Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf Brasil, 2018), que revela que 3 em cada 10 brasileiros têm dificuldade em compreender o que leem, caracterizando-se como analfabetos funcionais.

Durante o 53º FONAJE, a Dra. Viviane Brito Rebello, juíza do TJMT, em sua palestra, bem destacou que o uso da linguagem simples se elimina a desigualdade que porventura possa ocorrer entre as partes, pois o jurisdicionado menos favorecido poderá compreender melhor os textos a ele destinado.

A formalidade excessiva e a complexidade das decisões judiciais frequentemente contribuem para essa percepção, tornando os textos jurídicos incompreensíveis para o cidadão médio. Esse cenário gera confusão e desconfiança em relação ao sistema judicial. O uso da linguagem simples pode transformar essa realidade, aumentando a transparência das decisões judiciais e, conseqüentemente, a confiança da sociedade no Judiciário. Assim, quando os cidadãos entendem claramente as decisões judiciais, sentem-se mais seguros e confiantes de que a justiça está sendo feita de maneira justa e transparente.

Um dos principais objetivos ao escrever um texto é alcançar o maior número de leitores possível. No caso dos textos jurídicos, embora o objetivo não seja atingir uma vasta audiência, é essencial que as decisões judiciais sejam compreensíveis para as partes envolvidas, especialmente nos juizados especiais, onde muitas vezes os cidadãos estão desassistidos de advogados. A complexidade da linguagem jurídica pode gerar mal-entendidos e aumentar a ansiedade das partes leigas, preocupadas que estão com suas questões judiciais.

O uso da linguagem simples nesses textos pode reduzir significativamente esses mal-entendidos, tornando as informações mais claras e acessíveis. Isso, por sua vez, mitiga a preocupação e a ansiedade das partes leigas, pois a compreensão clara das informações judiciais permite que enfrentem suas questões com mais segurança e menos incertezas. A redução das dúvidas e a clareza das informações proporcionam uma experiência mais tranquila e menos estressante para os cidadãos que recorrem ao Judiciário em busca de resolução para suas demandas. Portanto, a adoção da linguagem simples pelo Judiciário não só facilita o acesso à justiça e promove a inclusão social,

como também aumenta a transparência e a confiança no sistema judiciário, além de reduzir mal-entendidos e mitigar a preocupação das partes leigas.

Esses benefícios são essenciais para tornar o Judiciário mais acessível, compreensível e eficaz na promoção da justiça e na proteção dos direitos dos cidadãos. No entanto, a utilização da linguagem simples tende a gerar nos profissionais do direito, dentre eles juízes, promotores de justiça, advogados e servidores, acostumados ao uso de linguagem técnica e ao jargão jurídico tradicional, desconforto, desconfiança e resistência. Entretanto, toda implementação de novos conceitos e ferramentas gera uma resistência natural, ainda mais no meio jurídico, que aos poucos vai sendo ultrapassada e vencida. A elaboração de cursos e cartilhas informativas voltadas aos profissionais do direito deve, sem dúvida, quebrar essa resistência dos operadores do direito.

A linguagem simples é uma ferramenta poderosa que pode transformar a comunicação jurídica, tornando-a mais acessível e compreensível para todos. No entanto, esse processo de mudança não é isento de desafios. A primeira barreira é a resistência cultural. Profissionais do direito são treinados durante anos para usar uma linguagem técnica e precisa, o que os faz acreditar que a simplicidade pode comprometer a precisão. Esse é um mito que precisa ser desfeito através da educação e da prática. Para superar essa resistência, é fundamental investir em programas de treinamento e capacitação.

Cursos e cartilhas informativas devem ser desenvolvidos com o objetivo de mostrar aos profissionais do direito que a linguagem simples não só é possível, mas também desejável. Esses materiais precisam demonstrar, com exemplos práticos, como é possível comunicar conceitos jurídicos complexos de maneira clara e precisa. Além disso, devem enfatizar os benefícios dessa prática, tanto para os profissionais quanto para os cidadãos.

Outro desafio a ser enfrentado é a substituição dos textos jurídicos complexos por textos e decisões claras e objetivas. Muitas vezes, documentos jurídicos são redigidos de maneira tão técnica que se tornam praticamente incompreensíveis para o cidadão médio. Isso não só dificulta a compreensão, mas também afasta as pessoas do sistema judiciário, criando uma barreira adicional ao acesso à justiça. Portanto, não basta apenas eliminar o jargão técnico; é necessário substituí-lo por uma linguagem simples, acessível e precisa.

Para alcançar esse objetivo, os tribunais devem adotar práticas como o *Visual Law*, que utiliza elementos visuais para tornar os documentos mais claros e atraentes, frases curtas e diretas, e o uso de marcadores de tópicos. Essas ferramentas ajudam a organizar a informação de maneira que seja mais fácil de entender e lembrar. Além disso,

é importante que os documentos sejam revisados por profissionais especializados em comunicação clara, para garantir que a mensagem seja transmitida da maneira mais eficaz possível. Um dos maiores desafios para a implementação da linguagem simples nos tribunais é a capacitação e treinamento de juizes e servidores. Esses profissionais precisam ser treinados para usar a linguagem simples de forma correta, o que exige tempo e recursos financeiros.

No entanto, esse investimento é importante para garantir que a comunicação jurídica seja acessível a todos. Os tribunais precisam desenvolver programas de formação contínua, que ofereçam aos profissionais do direito as ferramentas e conhecimentos necessários para adotar a linguagem simples em seu trabalho diário. Em resumo, a implementação da linguagem simples no meio jurídico é um desafio que exige mudanças culturais, investimentos em treinamento e a adoção de novas práticas de comunicação. Embora a resistência inicial seja natural, é possível superá-la através da educação e da prática contínua. Os benefícios dessa mudança são significativos, tanto para os profissionais do direito quanto para os cidadãos, que terão um acesso mais claro e justo à justiça. Deste modo, é fundamental que os tribunais e demais instituições jurídicas se comprometam com essa transformação, garantindo que a linguagem simples se torne uma prática comum e bem-sucedida no sistema judiciário.

4 PRESERVAÇÃO DA FUNCIONALIDADE DOS SISTEMAS DOS JUIZADOS E A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA

Outro aspecto relevante, como dito anteriormente, além da questão da acessibilidade, é a preservação da funcionalidade do sistema dos juzados especiais, especialmente quanto à necessidade de uma resposta breve, clara e eficaz aos litígios mais simplificados que diuturnamente emergem na sociedade.

A facilidade promovida pelos novos recursos tecnológicos, como o Processo Judicial Eletrônico (PJE), tem proporcionado um maior acesso à justiça. Esses avanços tecnológicos permitem a replicação de demandas de massa, possibilitando que mais pessoas possam buscar seus direitos de maneira eficiente e rápida. No entanto, essa mesma facilidade tem um lado negativo: o surgimento da litigância predatória. A litigância predatória refere-se à prática de ajuizar repetidamente demandas, muitas vezes sem qualquer fundamento de fato ou de direito, com o objetivo de obter vantagens financeiras indevidas. Essa prática se aproveita das falhas defensivas e da própria estrutura dos sistemas de justiça que visam garantir amplo acesso à justiça para todos. Infelizmente,

aqueles que se dedicam à litigância predatória exploram essas vulnerabilidades de forma desonesta.

Os Juizados Especiais Cíveis são particularmente vulneráveis à litigância predatória devido à sua natureza simplificada e gratuita. Esses juizados foram criados para facilitar o acesso à justiça, especialmente para aqueles que não possuem recursos para arcar com as custas de um processo tradicional. No entanto, essa acessibilidade também torna os Juizados Especiais Cíveis um alvo atraente para indivíduos sem compromisso com a ética. Essas pessoas buscam obter vantagens financeiras ilícitas explorando as fragilidades do sistema. Um dos problemas centrais da litigância predatória é que ela pode sobrecarregar o sistema judiciário, tornando-o menos eficiente para aqueles que realmente necessitam de justiça.

Quando os juizados estão inundados com ações repetitivas e infundadas, o tempo e os recursos que poderiam ser destinados a casos legítimos acabam sendo desperdiçados. Isso pode resultar em atrasos significativos no processamento de casos e na obtenção de decisões judiciais, prejudicando a imagem da justiça como um todo. Além disso, a litigância predatória pode minar a confiança pública no sistema de justiça. Quando as pessoas percebem que indivíduos inescrupulosos estão conseguindo vantagens indevidas através de manipulações do sistema, elas podem perder a fé na capacidade da justiça de funcionar de maneira justa e imparcial.

Isso pode ter consequências graves para a sociedade, pois a confiança na justiça é fundamental para a manutenção da ordem e da paz social. Para combater a litigância predatória, é necessário que o sistema judiciário adote medidas mais rigorosas de controle e fiscalização. Isso inclui a implementação de mecanismos para identificar e punir aqueles que abusam do direito de litigar.

É importante promover a conscientização sobre a importância da ética e da honestidade no exercício do direito, para que todos possam contribuir para um sistema de justiça mais justo e eficiente. Enquanto os avanços tecnológicos têm o potencial de melhorar significativamente o acesso à justiça, é relevante que sejam acompanhados de medidas para prevenir e combater a litigância predatória. Somente assim poderemos garantir que a justiça esteja verdadeiramente acessível para todos, de maneira justa e eficiente.

Os impactos da litigância predatória nos Juizados Especiais são sentidos de forma crescente a cada ano. Os dados mostrados pela Dr. Mônica e extraídos do CNJ mostram isso. A sobrecarga do sistema judiciário é percebida tanto pelas pessoas que trabalham na prestação do serviço judiciário, como os servidores e magistrados, quanto

pelos usuários e advogados que dependem do serviço para a solução de demandas fundamentadas em pretensões substancialmente legítimas. Essa sobrecarga cria dificuldades no acesso legítimo à justiça, atrasando a solução dos conflitos e onerando os cofres públicos, especialmente nos Juizados Especiais, onde o pagamento das taxas judiciais é exceção.

Sobre a excepcionalidade do pagamento das taxas judiciárias nos sistemas dos juizados, esta não pode servir de proteção àqueles que buscam corromper o sistema para obter ganhos financeiros ilícitos. É relevante a atenção que a Dra. Mônica Vieira chama para a discussão do Tema 1178 pelo STJ, visto que a objetividade para o deferimento da gratuidade atualmente é apresentada em cinco argumentos: “(1) basta a declaração de hipossuficiência; (2) critério objetivo como valor da Res. n. 85/2014-CSAGU; (3) critério objetivo com o limite mínimo de isenção do IRPF; (4) critério objetivo com o valor do salário mínimo ideal fixado pelo DIEESE e multiplicado pelo fator 4x; (5) analisar à luz do caso concreto”.

A consideração do comportamento não colaborativo da parte e da sua má-fé verificada no processo deve também contribuir para a definição objetiva da decisão a respeito do deferimento da gratuidade, isso como uma das formas de preservar a funcionalidade do sistema dos juizados especiais.

A litigância predatória é caracterizada pelo uso abusivo do sistema judicial, com o intuito de obter vantagens indevidas ou prolongar indevidamente os processos. Isso inclui a apresentação de recursos infundados, a repetição de ações semelhantes e a utilização de estratégias para postergar o julgamento dos casos. Esse comportamento abusivo contribui significativamente para a sobrecarga do sistema judicial, pois aumenta o número de processos em trâmite, exigindo mais recursos e tempo para serem resolvidos. Os efeitos na qualidade das decisões judiciais são especialmente sentidos pelos cidadãos que demandam a prestação do serviço judicial. Este serviço, especialmente no aspecto decisório, deve ser prestado por pessoas, não podendo ser substituído por sistemas de máquinas.

Agir com má-fé e sem colaborar para o funcionamento do sistema judiciário já são atitudes graves por si. Quando estas ações são facilitadas por meio de incentivos financeiros legais por meio de isenções de taxas judiciárias, o Estado acaba por fomentar tais práticas abusivas que prejudicam a sociedade.

A complexidade dos casos e a necessidade de uma análise minuciosa por parte dos magistrados são elementos essenciais para garantir a justiça e a equidade nas decisões. No entanto, a sobrecarga de trabalho resultante da litigância predatória

compromete a capacidade dos juízes de examinar cada caso com a devida atenção, o que pode levar a decisões menos precisas e justas. A litigância predatória impacta negativamente o tempo de resolução dos processos. A demora na solução dos conflitos prejudica os cidadãos que buscam justiça, pois prolonga a incerteza e a ansiedade relacionadas às suas demandas. Em muitos casos, a demora pode resultar em prejuízos financeiros e emocionais significativos, agravando ainda mais a situação dos envolvidos.

Outro efeito importante é o custo para os cofres públicos. O aumento do número de processos e a necessidade de mais recursos para lidar com a sobrecarga resultam em maiores despesas para o sistema judiciário. Esses custos adicionais poderiam ser evitados se houvesse um controle mais eficaz sobre a litigância predatória, permitindo que os recursos fossem direcionados para a melhoria da infraestrutura e a contratação de mais servidores e magistrados, melhorando assim a qualidade e a eficiência do serviço prestado.

Para mitigar os impactos da litigância predatória, é fundamental a implementação de medidas preventivas e punitivas. Isso inclui a identificação e punição dos litigantes abusivos, o incentivo à mediação e à conciliação como alternativas à judicialização, e a modernização dos procedimentos judiciais para torná-los mais rápidos e eficientes. Essas medidas, em conjunto, podem contribuir para a redução da sobrecarga do sistema judiciário e garantir um acesso mais justo e eficiente à justiça para todos os cidadãos.

A litigância predatória nos Juizados Especiais é um problema crescente que afeta a qualidade das decisões judiciais, aumenta o tempo de resolução dos processos e onera os cofres públicos. Combatê-la é essencial para garantir um sistema judiciário mais justo, eficiente e acessível a todos.

O desenvolvimento de estratégias e medidas de enfrentamento é essencial para a preservação do funcionamento correto do sistema judiciário. A identificação e prevenção da litigância predatória é uma necessidade premente, pois uma das grandes vulnerabilidades do sistema é a avaliação humana de um volume massivo de dados. Para enfrentar este desafio, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) e a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), através do projeto Ideias, desenvolveram um sistema inovador chamado Bastião. O Bastião é um algoritmo avançado que realiza uma análise minuciosa de diversos dados de processos judiciais. Seu objetivo principal é identificar padrões que possam indicar a existência de litigância predatória, prática que compromete a eficiência e a justiça do sistema. Este sistema se apresenta como uma ferramenta valiosa para auxiliar servidores e magistrados na tomada de decisões mais

informadas e fundamentadas, reduzindo assim a carga de trabalho e aumentando a precisão na identificação de abusos processuais.

Além do desenvolvimento tecnológico, o problema da litigância predatória requer atenção das autoridades judiciárias e dos demais poderes, incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). É fundamental a promoção de políticas públicas eficazes e reformas legislativas que visem a preservação do sistema judiciário. As medidas preventivas, aliadas a mecanismos de sanção para aqueles que abusam do direito de acesso à justiça, são cruciais para mitigar os efeitos negativos dessa prática.

O auxílio de sistemas algoritmos como o Bastião constitui uma poderosa ferramenta de identificação do problema. No entanto, a resolução completa da litigância predatória depende da atuação conjunta das autoridades competentes e da aplicação rigorosa de sanções apropriadas. A integração de tecnologia e legislação cria um ambiente mais robusto e preparado para enfrentar os desafios modernos do judiciário, garantindo que a justiça seja alcançada de maneira eficiente e justa para todos os envolvidos. Assim, o desenvolvimento de estratégias, tecnologias avançadas e políticas públicas articuladas é o caminho para um sistema judiciário mais resiliente e eficaz, capaz de proteger os direitos e assegurar a justiça de forma equilibrada e equitativa.

A avaliação das medidas implementadas para a verificação de litigância predatória é uma tarefa de grande relevância no contexto atual do sistema judiciário brasileiro. No entanto, é necessário compreender que essa avaliação não deve ser encarada como um fim em si mesma. A simples identificação e análise dos casos de litigância predatória não bastam para resolver o problema. É necessário adotar ações concretas e eficazes para coibir essa prática nociva, que tem causado sérios danos ao funcionamento do sistema de justiça. Litigância predatória refere-se à prática de iniciar processos judiciais de maneira abusiva, com o objetivo de pressionar ou intimidar a outra parte, muitas vezes sem fundamento jurídico sólido. Essa prática sobrecarrega o judiciário, atrasa o andamento de processos legítimos e prejudica o acesso à justiça. Por isso, combater a litigância predatória é um desafio que deve ser enfrentado de maneira decidida e coordenada.

O sistema de justiça deve adotar ações próprias para lidar com a litigância predatória. Isso inclui a implementação de mecanismos de triagem eficazes para identificar processos que possam ser classificados como predatórios, inclusive por meio de algoritmos que facilitem a compreensão humana do problema. Além disso, é importante que os magistrados sejam treinados para reconhecer esses casos e aplicar sanções adequadas aos litigantes de má-fé. Essas sanções podem variar desde a

imposição de multas até a proibição de novos processos por parte dos litigantes abusivos. No entanto, a atuação do sistema de justiça não deve ser isolada. É fundamental a coordenação com outros atores importantes, como o poder legislativo e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O legislativo pode contribuir com a criação de leis mais rigorosas e específicas para punir a litigância predatória, enquanto a OAB pode atuar na fiscalização e na orientação dos advogados, promovendo uma conduta ética e responsável. A importância de garantir a funcionalidade do Judiciário e o acesso legítimo ao sistema de justiça é amplamente reconhecida. Esses são princípios fundamentais para o funcionamento de uma sociedade justa e democrática. O cidadão comum, que muitas vezes depende do judiciário para resolver questões essenciais de sua vida, como disputas familiares, questões trabalhistas ou problemas de consumo, precisa ter a confiança de que o sistema de justiça é eficiente e imparcial.

Além de avaliar as medidas implementadas, é imperativo agir de maneira proativa para combater a litigância predatória. Só assim será possível assegurar que o judiciário cumpra seu papel essencial de garantir o acesso à justiça e a proteção dos direitos de todos os cidadãos. A colaboração entre os diferentes atores do sistema de justiça e a sociedade civil é essencial para alcançar esse objetivo. Dessa forma, poderemos construir um sistema de justiça mais forte, justo e eficiente, beneficiando toda a sociedade.

CONCLUSÃO

A conclusão deste estudo oferece uma visão abrangente sobre os desafios e inovações discutidos no 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE). A análise abordou aspectos relevantes como a implementação da linguagem simples no judiciário, a preservação da funcionalidade dos juizados especiais e a mitigação da litigância predatória.

Destacou-se a importância da linguagem simples como uma ferramenta essencial para tornar o sistema judiciário mais acessível e compreensível para todos os cidadãos. O Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2023, visa incentivar juízes e tribunais a adotar uma comunicação descomplicada. Essa iniciativa reflete um movimento global em direção à transparência e inclusão, com mais de dez países já implementando a linguagem simples em seus setores públicos. A aplicação dessa linguagem no contexto jurídico é fundamental para melhorar a comunicação com o cidadão, especialmente em documentos legais como

citações, intimações, despachos e decisões. A simplificação da linguagem jurídica não só facilita o acesso à justiça, mas também promove a confiança no sistema legal. Esse esforço conjunto de diversos atores do sistema jurídico é crucial para criar uma sociedade mais justa e equitativa.

Também se focou na preservação da funcionalidade dos juizados especiais frente ao fenômeno da litigância predatória. Com o advento do Processo Judicial Eletrônico (PJE), houve um aumento significativo no acesso à justiça, permitindo a replicação de demandas de massa. No entanto, essa facilidade trouxe consigo a problemática da litigância predatória, caracterizada pelo ajuizamento repetitivo de ações sem fundamento legal com o intuito de obter vantagens indevidas. Este tipo de litigância sobrecarrega o sistema judiciário, comprometendo sua eficiência e aumentando os custos para os cofres públicos. Para combater esse problema, é necessário implementar medidas rigorosas de controle e fiscalização, incluindo a identificação e punição dos litigantes abusivos e a promoção de uma conduta ética entre os profissionais do direito. A tecnologia, como o sistema Bastião desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), pode auxiliar significativamente na identificação de padrões de litigância predatória, mas a resolução completa do problema requer a colaboração de todos os setores do sistema judiciário.

Os juizados especiais foram concebidos para proporcionar um acesso mais célere e simplificado à justiça, desempenham um papel vital na democratização do Judiciário e na promoção de uma sociedade mais equitativa. A utilização da linguagem simples é fundamental nesse contexto, pois facilita a compreensão dos procedimentos e decisões judiciais, permitindo que os cidadãos compreendam plenamente seus direitos e deveres. Além disso, a resistência cultural dos profissionais do direito em adotar a linguagem simples é um desafio que pode ser superado através de programas de treinamento e capacitação. A transformação na comunicação jurídica impulsionada pelo CNJ e eventos como o FONAJE destaca a importância de uma justiça que se comunica de maneira eficaz e compreensível, contribuindo para a transparência e confiança no sistema judiciário.

Os temas abordados no 53º FONAJE refletem a necessidade contínua de inovação e adaptação no sistema judiciário brasileiro, que também pode receber relevante contribuição do Instituto Brasileiro dos Juizados Especiais, idealizado pelo Des. Jones Figueiredo em razão de sua proposta de contínua pesquisa e desenvolvimento do sistema, permitindo sua adaptação às mudanças da sociedade.

A implementação da linguagem simples, a mitigação da litigância predatória e a promoção de um acesso mais equitativo à justiça são passos fundamentais para um judiciário mais eficiente, transparente e inclusivo. O sucesso dessas iniciativas depende da colaboração de todos os atores envolvidos no sistema jurídico, bem como da utilização de tecnologias avançadas e práticas de comunicação eficazes. O compromisso com essas mudanças chama a atenção dos operadores do direito e da sociedade para garantir que a justiça seja verdadeiramente acessível a todos os cidadãos, promovendo uma sociedade mais justa e democrática.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. **AMB lança campanha pela simplificação do “juridiquês”**.

Disponível em

https://www.conjur.com.br/2005-ago-10/amb_lanca_campanha_simplificacao_juridiques/.

Acesso em 17 de maio de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A revolução da brevidade**. Disponível em

<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/a-revolucao-da-brevidade-luis-roberto-barroso/70514>.

Acesso em 17 de maio de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Linguagem simples para o cidadão**. Disponível em <https://renovajud.cnj.jus.br/conteudo-publico?iniciativa=318>. Acesso em 17 de maio de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>.

Acesso em 17 de maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 1178**. Disponível em

[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1178&cod_tema_final=1178)

[novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1178&cod_tema_final=1178](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1178&cod_tema_final=1178).

Acesso em 17 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1184**. Disponível em

[https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?](https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6291425&numeroProcesso=1355208&classeProcesso=RE&numeroTema=1184)

[incidente=6291425&numeroProcesso=1355208&classeProcesso=RE&numeroTema=1184](https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6291425&numeroProcesso=1355208&classeProcesso=RE&numeroTema=1184)

. Acesso em 17 de maio de 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Alcance o cidadão com linguagem simples**. Disponível em

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2022/alcance-o-cidadao-com-linguagem-simples>. Acesso em 17 de

maio de 2024.

CANADÁ. Provincial Court of British Columbia. **Plain language – essential for real**

access to justice. Disponível em <https://www.provincialcourt.bc.ca/enews/enews-18-07-2017>. Acesso em 17 de maio de 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Grace Northfleet. Sérgio Fabris Editores: Porto Alegre, 1988.

CHINI NETO, Alexandre. **Os juizados especiais cíveis e sua função civilizatória**. 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. 2024. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=mdvXM9I_NI4. Acesso em 17 de maio de 2024.

CUNHA, Maurício Ferreira. **Acesso à justiça como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário: por uma adequada compreensão das decisões judiciais**. 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. 2024. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=mdvXM9I_NI4. Acesso em 17 de maio de 2024.

MENDES JUNIOR, Frederico. **Palestra Magna**. 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. 2024.

OLIVEIRA, Marcos Martins de. As sete ondas renovatórias de acesso à justiça e a defensoria pública. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-08/marcos-oliveira-sete-ondas-renovatorias-acesso-justica/>. Acesso em 17 de maio de 2024.

PASSOS, Paulo Cezar dos. **A necessidade da compreensão das decisões oriundas do Poder Judiciário pelos cidadãos**. 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. 2024. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=mdvXM9I_NI4. Acesso em 17 de maio de 2024.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Litigância predatória e Juizado Especial: enfrentar para resguardar a funcionalidade do Judiciário e o acesso legítimo ao sistema de justiça**. 53º Fórum Nacional dos Juizados Especiais. 2024. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=mdvXM9I_NI4. Acesso em 17 de maio de 2024.

**O USO DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL GENERATIVA
(IA-GEN) NO JUDICIÁRIO
BRASILEIRO: INOVAÇÕES,
LIMITAÇÕES REGULATÓRIAS
E O FUTURO DA JUSTIÇA**

Irving William Chaves Holanda

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA (IA-GEN) NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: INOVAÇÕES, LIMITAÇÕES REGULATÓRIAS E O FUTURO DA JUSTIÇA

THE USE OF GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE (GEN-AI) IN THE BRAZILIAN JUDICIARY: INNOVATIONS, REGULATORY LIMITATIONS, AND THE FUTURE OF JUSTICE

Irving William Chaves Holanda

Professor da Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE). Mestre em Direito Processual Civil (UNICAP). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Colunista do Portal “Juridicamente”.

RESUMO

O artigo aborda a crescente utilização da Inteligência Artificial Generativa (IA-GEN) no Judiciário brasileiro, destacando seu potencial para transformar a dinâmica processual, contribuindo para a eficiência e a celeridade dos processos. As inovações trazidas pela IA-GEN incluem a possibilidade de análise rápida de grandes volumes de dados e o apoio na elaboração de decisões judiciais. Contudo, a ausência de regulamentação específica impõe desafios significativos, principalmente no que diz respeito à transparência, explicabilidade e ética no uso dessa tecnologia. A Resolução CNJ n. 332/2020 é analisada como um marco regulatório insuficiente para as novas ferramentas da Inteligência Artificial Generativa, demandando uma regulamentação mais robusta e específica. O artigo conclui que, embora promissora, a IA-GEN deve ser utilizada como uma ferramenta auxiliar, sempre supervisionada por magistrados, garantindo a preservação dos direitos fundamentais e o respeito ao Estado de Direito.

Palavras-chave: (i) Inteligência Artificial Generativa (IA-GEN); (ii) Judiciário brasileiro; (iii) Regulamentação; (iv) Resolução CNJ n. 332/2020; (v) Ética e transparência.

ABSTRACT

The article addresses the growing use of Generative Artificial Intelligence (Gen-AI) in the Brazilian judiciary, highlighting its potential to transform procedural dynamics, contributing to the efficiency and speed of legal proceedings. The innovations brought by Gen-AI include the possibility of rapid analysis of large volumes of data and support in drafting judicial decisions. However, the lack of specific regulation poses significant challenges, especially regarding transparency, explainability, and ethics in the use of this technology. CNJ Resolution n. 332/2020 is analyzed as an insufficient regulatory milestone for the new tools of Generative Artificial Intelligence, requiring a more robust and specific regulation. The article concludes that, although promising, Gen-AI must be used as an auxiliary tool, always supervised by judges, to ensure the preservation of fundamental rights and respect for the rule of law.

Keywords: (i) Generative Artificial Intelligence (GEN-AI); (ii) Brazilian judiciary; (iii) Regulation; (iv) CNJ Resolution n. 332/2020; (v) Ethics and transparency.

INTRODUÇÃO

A Inteligência Artificial Generativa (IA-GEN) vem se consolidando como um dos pilares da revolução tecnológica contemporânea, exercendo um impacto profundo e crescente em diversos setores, incluindo o jurídico. Refere-se a um tipo específico de inteligência artificial capaz de criar conteúdo original, seja texto, imagem, som ou até mesmo código de programação, através de grandes modelos de linguagem (LLM), pré-treinados em uma base de dados colossal, servindo-se de padrões aprendidos por meio de modelos avançados de *machine learning*²⁰¹.

Diferentemente dos modelos tradicionais de Inteligência Artificial (IA), que operam dentro de parâmetros rígidos e estabelecidos, a IA-GEN tem a capacidade de gerar respostas criativas, contextualmente adequadas e adaptativas, o que a torna extremamente versátil e valiosa em ambientes complexos, como o Judiciário.

Dentre as principais ferramentas de IA generativa disponíveis atualmente encontram-se o (i) **ChatGPT**, desenvolvido pela OpenAI, que oferece uma interface altamente interativa para a geração de texto; (ii) o **Claude**, da Anthropic, que foca em um diálogo mais seguro e contextual; (iii) o **Gemini**, do Google DeepMind, conhecido por suas capacidades avançadas de interpretação e criação; (iv) o **Llama**, da Meta, que se destaca por sua abordagem de código aberto; (v) o **Co-pilot**, da Microsoft, voltado para o suporte em programação e documentação; e (vi) o **Mistral**, uma IA emergente com forte atuação no campo de modelos autossuficientes e interativos.

As referidas ferramentas não apenas demonstram a evolução da IA-GEN, mas também sinalizam sua aplicabilidade em diversas áreas profissionais, incluindo o direito. Além desses artefatos, existem plataformas que atuam como sistemas agregadores de IA, permitindo a integração e o gerenciamento eficiente de múltiplos modelos em um único ambiente. Exemplos notáveis incluem o **Studio AI** (Google), uma plataforma que facilita o desenvolvimento e a implementação de soluções de IA com as ferramentas Gemini e Gemma, e o **Poe IA**, que agrega diversos assistentes de inteligência artificial em um só local, facilitando o acesso e a interação com diferentes modelos em tempo real.

Esses referidos sistemas agregadores ampliam as possibilidades de uso da IA-GEN, permitindo que os usuários combinem as capacidades de diferentes modelos de acordo com suas necessidades específicas.

²⁰¹ O conceito de IA-GEN foi construído a partir de estudos realizados em um artigo nominado "*attention is all you need*". Vd. VASWANI, A.; SHAZEER, N.; PARMAR, N.; USZKOREIT, J.; JONES, L.; GOMEZ, A. N.; KAISER, Lukasz.; POLOSUKHIN, I. Attention is All You Need. In: **Advances In Neural Information Processing Systems** (NEURIPS), n. 30, 2017, Long Beach, CA. Anais [...]. Long Beach: NeurIPS, 2017. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1706.03762>>. Acesso em: 21.09.2024.

Nesse cenário, a aplicação da IA generativa no Judiciário brasileiro desponta como uma ferramenta promissora para apoiar a prolação de decisões judiciais, auxiliando na análise de grandes volumes de informações processuais e, potencialmente, contribuindo para a celeridade e a eficiência do sistema.

Contudo, o desafio da falta de regulamentação específica para essa tecnologia levanta questionamentos éticos e legais, especialmente em relação à transparência e à imparcialidade nas decisões judiciais. Este artigo busca explorar esses aspectos, destacando tanto as inovações quanto as limitações regulatórias que cercam o uso da IA-GEN na Justiça brasileira, com um olhar atento ao futuro da justiça em um mundo cada vez mais digital e interconectado.

1 CONCEITOS ESSENCIAIS DE IA-GEN PARA SUA UTILIZAÇÃO EFICIENTE NO JUDICIÁRIO

A utilização eficiente da Inteligência Artificial Generativa (IA-GEN) no contexto judicial requer um entendimento sólido de conceitos técnicos que influenciam diretamente o desempenho e a eficácia dessas ferramentas. No Judiciário, onde a precisão, a celeridade e a adequação ao contexto legal são imperativas, a compreensão de termos como **token**, **persona**, **especialidade**, **verbosidade**, **temperatura**, **alucinação** e **prompt** torna-se essencial²⁰².

Esses conceitos, ao serem aplicados de maneira correta, são determinantes para extrair o máximo potencial dos sistemas de IA-GEN, como no Studio AI (Google) e no Poe AI, que oferecem controles ajustáveis para temperatura, tokens, e permitem a seleção de modelos de IA apropriados para cada contexto.

i. **Token:** é a menor unidade de informação processada por um modelo de IA. Em termos simples, ele pode ser uma palavra, uma parte de uma palavra ou até mesmo um símbolo.

Modelos de IA, como o ChatGPT, utilizam tokens para interpretar e gerar texto²⁰³. Por exemplo, uma frase comum como "*O direito é fundamental*" pode ser decomposta em vários tokens, cada um representando um componente da frase.

No contexto judicial, o número de tokens disponíveis em uma solicitação determina a quantidade de informações que podem ser processadas e devolvidas pela IA. Assim, ao trabalhar com grandes volumes de documentos processuais, a gestão eficiente de tokens

²⁰² V. MATOS, Felipe. **Explorando o ChatGPT: como fazer o prompt perfeito** (OpenAI). – Sirius: Faculdade de tecnologia, experiência e futuro (publicação independente – E-book): 2023.

permite que as informações sejam analisadas de maneira mais detalhada, sem perder a precisão.

Nos sistemas agregadores de IA, como o Studio AI, o controle de tokens permite que o usuário ajuste a quantidade de dados que o modelo processará, garantindo respostas mais detalhadas ou concisas, de acordo com a necessidade do caso específico. Com uma limitação adequada de tokens, evita-se a geração de respostas excessivamente longas e fora de contexto, o que melhora a eficiência do uso da IA no suporte à prolação de decisões²⁰⁴.

ii. **Persona:** refere-se ao conjunto de características de personalidade e estilo que um sistema de IA pode assumir ao interagir com o usuário. Dependendo da configuração, a IA pode adotar uma persona mais formal, técnica e especializada, ou uma abordagem mais acessível e coloquial²⁰⁵.

No contexto jurídico, o uso de personas ajustáveis (como um Juiz de Direito ou um Desembargador) é de extrema importância, pois permite que a IA-GEN afunilar o uso dos dados, oferecendo uma resposta mais apropriada a diferentes demandas, desde ações complexas até questões mais práticas e diretas.

iii. **Especialidade:** é a capacidade de um sistema de IA de se concentrar em um determinado campo de conhecimento ou expertise. Ao lidar com processos judiciais, a especialidade da IA se torna crucial, pois as decisões jurídicas exigem uma compreensão profunda das nuances legais. As IA's generativas (ou gerativas)²⁰⁶ que operam com um grau elevado de especialização são capazes de fornecer respostas mais acuradas, orientadas pela legislação e pelos precedentes aplicáveis ao caso²⁰⁷.

Modelos como o Claude e o Gemini são desenvolvidos para atuar com maior especialidade em certos domínios, sendo capazes de lidar com tarefas jurídicas específicas, como a interpretação de jurisprudências ou a aplicação de normas complexas. Assim, o usuário pode selecionar a IA com a especialidade mais adequada ao tema em questão dentro de agregadores como o Poe AI, maximizando a eficiência do sistema.

iv. **Verbosidade e seus níveis:** Verbosidade (do inglês, *verbosity*) refere-se à quantidade de detalhes e ao nível de profundidade de uma resposta gerada pela IA.

²⁰³ CARRARO, Fabricio. **Inteligência artificial e ChatGPT: Da revolução dos modelos de IA generativa à Engenharia de Prompt.** – São Paulo: AOVIS Sistemas de informática, 2023, fl. 97.

²⁰⁴ O professor Fernando Buarque de Lima Neto defende que o uso da Inteligência Artificial (IA) seja para apoiar a tomada de decisões humana, não substituir o usuário. Neste sentido: PINHEIRO, Álvaro Farias; SILVEIRA, Denis Silva da; LIMA NETO, Fernando Buarque. **Use of machine learning for active public debt collection with recommendation for the method of collection via protest** (Uso de aprendizado de máquina para cobrança ativa de dívida pública com recomendação da forma de cobrança via protesto [Tradução livre]). Disponível em: <<https://csitcp.com/paper/12/129csit09.pdf>>. Acesso: 12.09.2024.

²⁰⁵ JOHN, Ibrahim. **A arte de perguntar ao ChatGPT para respostas de alta qualidade:** Um guia completo para técnicas de engenharia de prompt. Ed. Nzunda Technologies Limited. – USA: 2023, fl. 20.

Níveis mais altos de verbosidade produzem respostas detalhadas e extensas, enquanto níveis mais baixos geram respostas mais concisas e diretas.

A escolha do nível de verbosidade é particularmente importante no uso da IA no Judiciário, já que algumas situações demandam análises aprofundadas de fatos, prova e precedentes, enquanto outras exigem respostas objetivas e práticas.

v. **Temperatura:** é um parâmetro que define o grau de criatividade e variação nas respostas geradas pela IA generativa. Quando a temperatura está baixa, a IA tende a produzir respostas mais conservadoras e precisas, baseadas em padrões amplamente estabelecidos. Em contrapartida, quando a temperatura está alta, o sistema gera respostas mais criativas, com maior variação, o que pode ser útil em cenários que demandam soluções inovadoras²⁰⁸. A variação de temperatura recomendada no uso de IA-GEN é de 0,0 até 1.0.

No âmbito jurídico, a temperatura deve ser ajustada com cuidado, especialmente em decisões que exigem fundamentação estritamente técnica. O Poe AI permite que o usuário ajuste a temperatura de cada modelo de IA, possibilitando maior controle sobre a imprevisibilidade ou a exatidão das respostas, dependendo da fase processual ou do tipo de análise requerida.

vi. **Alucinação:** é um fenômeno em que a IA gera informações que parecem corretas, factuais, mas que não têm base na realidade ou em dados confiáveis. No Judiciário, onde a precisão é essencial, as alucinações podem representar um risco significativo, comprometendo a validade das decisões ou recomendações baseadas na IA. Sistemas como o Studio AI e o Poe AI oferecem mecanismos de controle para minimizar as alucinações, utilizando filtros e ajustando a especialidade e a temperatura da IA para garantir que as informações geradas sejam mais confiáveis e alinhadas ao contexto legal.

vii. **Prompt:** Em inglês, significa induzir, incitar ou mesmo provocar. Mas, no contexto da IA-GEN, o prompt ganha uma definição própria. É a instrução ou pergunta que o usuário fornece à IA, orientando-a a gerar uma resposta. A clareza e a especificidade do prompt são fundamentais para obter resultados úteis e precisos. No

²⁰⁶ “Gerativo e generativo são equivalentes e ambos os termos são aceitos em língua portuguesa. Cf. CIPRO NETO, Pasquale. **A inteligência artificial é generativa ou gerativa?** (CBN), publicado em 19/07/2023. Disponível em: <<https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/414385/inteligencia-artificial-e-generativa-vaou-gerativa.htm>>. Acesso: 18.09.2024.

²⁰⁷ ALMEIDA, André. **ChatGPT Prompt Starter Kit: seu guia de início rápido para dominar os prompts no ChatGPT.** – Zlibrary Ebook, 2023, fl. 45.

²⁰⁸ CARRARO, Fabricio. **Inteligência artificial e ChatGPT: Da revolução dos modelos de IA generativa à Engenharia de Prompt.** – São Paulo: AOV Systems de informática, 2023, fl. 93.

ambiente jurídico, instruções bem elaboradas ajudam a IA a focar nas questões relevantes, evitando respostas vagas ou imprecisas.

Os sistemas agregadores de IA, como o Poe AI, destacam-se por oferecer interfaces que facilitam a construção de prompts claros e eficientes, permitindo ao usuário obter respostas direcionadas e adequadas ao contexto jurídico específico.

A compreensão e a aplicação eficaz desses conceitos são cruciais para garantir que a IA-GEN seja utilizada de forma eficiente no Judiciário. Sistemas agregadores, como o Studio AI e o Poe AI, oferecem uma gama de controles personalizáveis que, quando adequadamente manipulados, podem transformar a maneira como decisões judiciais são proferidas, contribuindo para um processo mais célere, preciso e adequado às demandas contemporâneas.

2 A PERSPECTIVA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COM O USO DA IA-GEN

A razoável duração do processo é um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, expressamente garantido pela Constituição Federal. O art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, "*a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*"²⁰⁹. Essa previsão constitucional, inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, visa mitigar um dos maiores desafios do sistema judiciário brasileiro: a morosidade processual.

A celeridade da tramitação dos processos é mais do que um princípio ético-jurídico; trata-se de uma exigência prática para assegurar o direito de acesso à justiça de forma plena e eficaz. Um sistema que não consegue fornecer respostas em tempo hábil afeta a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário e, em última análise, compromete o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, a busca por mecanismos que agilizem a resolução de demandas sem sacrificar a qualidade ou a integridade das decisões é uma necessidade premente.

Nesse cenário, a Inteligência Artificial generativa surge como uma ferramenta promissora, com potencial para contribuir significativamente para a concretização do direito à razoável duração do processo. A IA-GEN, ao permitir a análise rápida e eficaz de grandes volumes de dados, pode não apenas **reduzir o tempo necessário para a prolação de decisões judiciais, mas também melhorar a eficiência em fases**

²⁰⁹ BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 02.10.2024.

intermediárias do processo, como a instrução e o despacho de questões preliminares.

Um processo que se arrasta por anos tende a violar os direitos fundamentais das partes envolvidas, uma vez que o retardo na entrega da prestação jurisdicional pode, em muitos casos, ser tão prejudicial quanto a ausência de uma decisão²¹⁰.

Nesse sentido, a IA-GEN, com sua capacidade de operar em um volume de dados que seria intransponível para os seres humanos em tempo hábil, tem o potencial de mitigar essas distorções, já que ferramentas como o ChatGPT, Claude e Gemini podem ser programadas para auxiliar os juízes na análise rápida de jurisprudências, na revisão de peças processuais volumosas e até na elaboração de minutas de decisões. Ao automatizar essas tarefas, a IA permite que os magistrados se concentrem em questões mais complexas que exigem julgamento humano e interpretação crítica.

Não podemos deixar de destacar que a morosidade processual tem sido um problema crônico no Judiciário brasileiro. Com milhões de processos em tramitação, o acúmulo de demandas torna inviável que todos os casos sejam resolvidos em prazos razoáveis sem a introdução de ferramentas tecnológicas robustas.

Segundo dados do **Relatório Justiça em Números 2024**, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo médio de tramitação de um processo no Brasil pode chegar a mais de 7 anos em instâncias superiores, evidenciando a complexidade da questão²¹¹.

Nesse contexto, a IA-GEN pode atuar como um instrumento de grande relevância para reduzir o tempo necessário para a prolação de decisões judiciais, pois permitem a geração de conteúdos processuais mais rápidos e adaptados às necessidades do magistrado, sem perda de qualidade ou profundidade. A capacidade dessas ferramentas de sintetizar informações extensas, organizar documentos e revisar textos processuais complexos pode, portanto, reduzir o tempo de trabalho manual, acelerando significativamente o processo decisório²¹².

²¹⁰ “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”. BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, fl. 58.

²¹¹ Segundo o **Relatório do CNJ, Justiça em Números (2024)**, o Judiciário brasileiro recebeu 21.406.412 (vinte e um milhões, quatrocentos e seis mil, quatrocentos e doze) **novos processos** e existiam 83.081.424 (oitenta e três milhões, oitenta e um mil, quatrocentos e vinte e quatro) processos **pendentes de julgamento**, ambos até 31.07.2024. BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números (2024)**. Disponível em: <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>>. Acesso: 02.10.2024.

²¹² Nesse sentido: BOTTARI, Elenilce. Serão os robôs os futuros juízes do século XXI? In: **Revista da ANDES** (Associação Nacional de Desembargadores), n. 04. Ano 02 (julho/setembro). – Rio de Janeiro: Gráfica MEC/EuroCom, 2023.

3 LACUNAS REGULATÓRIAS DA IA-GEN NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A falta de regulamentação específica para a IA-GEN no Brasil é um dos principais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário no uso dessas tecnologias emergentes.

Embora a **Resolução do CNJ n. 332/2020** tenha estabelecido diretrizes importantes sobre o uso da IA no Judiciário, ela não aborda diretamente a IA-GEN, criando uma lacuna regulatória significativa²¹³.

A resolução trata de IA em termos gerais, focando em aspectos como transparência, ética e governança, mas seus parâmetros foram projetados para modelos tradicionais de IA, que operam de maneira mais limitada e previsível²¹⁴. No entanto, a IA-GEN é substancialmente diferente, pois gera conteúdos originais e dinâmicos, com maior autonomia e adaptabilidade, o que impõe novos desafios ao Judiciário, tanto no âmbito legal quanto ético.

Entre os principais desafios dessa ausência regulatória estão a responsabilidade pelas decisões geradas por IA-GEN, a necessidade de garantir a transparência e a explicabilidade de suas decisões, além da preocupação com a imparcialidade e a ausência de vieses.

A IA-GEN pode gerar decisões judiciais ou sugestões inovadoras que, embora eficientes, levantam questões, por exemplo: (i) quem será responsabilizado em caso de erros?; (ii) como as decisões poderão ser auditadas de maneira eficaz?; (iii) como garantir que o conteúdo gerado não seja influenciado por preconceitos ou vieses ocultos?

Nesse cenário, o Judiciário brasileiro precisa avançar rapidamente na criação de normas específicas para a IA-GEN. Isso pode incluir a elaboração de novas diretrizes que abordem os desafios únicos trazidos pela IA, garantindo supervisão humana em todas as decisões, adaptando os princípios éticos já estabelecidos na Resolução n. 332/2020, e criando grupos interdisciplinares de supervisão que possam acompanhar o desenvolvimento e o uso dessas ferramentas.

No uso da IA-GEN a **supervisão humana** deve ser constante, garantindo que a ferramenta sirva de apoio, porém impondo-se ao usuário a responsabilidade pelo controle das informações, supervisionando o resultado final sobre as decisões.

²¹³ BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ): **Resolução CNJ n. 332/2020**: “Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências”. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso: 10.09.2022.

²¹⁴ Cf. PIMENTEL, Alexandre Freire. **Tratado de direito e processo tecnológico (Vol. 02)** – *Big data*, Justiça 4.0 e a Digitalização da Processualização; Ciberespaço, Metaverso, *Legal Design* e *Visual Law*: O Direito Processual Tecnológico. – Editora Publius: 2023.

Não podemos nos esquecer do caso em que um Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) usou o ChatGPT para redigir uma sentença, ocasião em que a ferramenta generativa “manipulou”/modificou o posicionamento de uma jurisprudência citada, criando informações inexistentes, o que culminou na abertura de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o magistrado no CNJ²¹⁵. Ou seja: **o ChatGPT alucinou.**

E esse também foi justamente um dos motivos que levou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a ingressar com um Procedimento de Controle Administrativo (PCA) requerendo ao CNJ a proibição do uso da IA-GEN no Judiciário brasileiro²¹⁶. O caso já foi apreciado, e o pedido de providências foi julgado improcedente. Transcrevo, adrede, a ementa do PCA julgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujo relator foi o Conselheiro João Paulo Schoucair:

EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. PODER JUDICIÁRIO. USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. CHATGPT. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO. CONHECIMENTO COMO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PARECER DA COMISSÃO PERMANENTE DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. GRUPO DE TRABALHO JÁ FORMADO NO ÂMBITO DESTES CONSELHO. IMPROCEDÊNCIA. 1. O presente PCA foi proposto visando questionar eventual uso do ChatGPT para confecção de atos judiciais típicos. No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o uso da IA é abordado na Resolução CNJ n.º 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial. A norma deste Conselho reconhece que a utilização da IA deve ocorrer no sentido “promover e aprofundar maior compreensão entre a lei e o agir humano, entre a liberdade e as instituições judiciais” (art. 1º). 2. A inventividade dessa tecnologia impulsiona significativo passo para a evolução da inteligência artificial generativa. Não obstante, o emprego de ferramentas como o ChatGPT e de outras tecnologias de inteligência artificial pelo Judiciário demanda uma análise criteriosa à luz de diversos princípios éticos, jurídicos e constitucionais. Esses dispositivos oferecem um potencial significativo para aprimorar a eficiência e a eficácia do sistema judicial, porém, sua aplicação requer cuidados específicos, relacionados à ética, à equidade e à responsabilidade no uso dessas ferramentas. 3. Improcedência dos pedidos formulados na inicial, consignando-se que os estudos sobre a matéria já se encontram em trâmite junto ao Grupo de Trabalho sobre Inteligência Artificial no Poder Judiciário (Portaria n.º 338/2023), os quais poderão ser acompanhados pela Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030,

²¹⁵ MIGALHAS QUENTES: **Juiz que usou tese inventada pelo ChatGPT em sentença será investigado**. Disponível no link: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/396836/juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-em-sentenca-sera-investigado>>. Acesso: 18.09.2024.

em especial o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS²¹⁷.

Visto isto, é evidente que a criação de um ambiente normativo robusto é essencial para que o Judiciário possa aproveitar todo o potencial da IA-GEN, garantindo ao mesmo tempo a segurança jurídica, o respeito aos direitos fundamentais e a preservação da justiça.

CONCLUSÃO

Após as breves reflexões desenvolvidas neste ensaio, conclui-se que o uso da IA-GEN no Judiciário desvela um imenso potencial para otimizar a eficiência e reduzir a morosidade processual, ao passo em que também desvela desafios éticos, jurídicos e tecnológicos que exigem uma regulamentação específica.

A atual Resolução n. 332/2020 do CNJ, embora importante, não foi concebida para lidar com a complexidade da IA-GEN, deixando uma lacuna regulatória significativa que precisa ser preenchida com a maior brevidade possível.

Questões como a responsabilidade sobre decisões geradas pela IA, a necessidade de explicabilidade e transparência, e a mitigação de vieses são centrais para garantir a segurança jurídica e a confiança pública na tecnologia.

A IA-GEN deve ser utilizada como uma ferramenta de apoio, com supervisão humana constante. **Isto é inegociável.** E o usuário (magistrado ou assessor) deve manter o controle final sobre as decisões, preservando a imparcialidade e os princípios constitucionais.

A implementação deve ser orientada por uma regulamentação robusta, adaptada às características únicas da IA-GEN, garantindo que ela contribua para a celeridade processual sem, contudo, comprometer os direitos fundamentais.

Portanto, o futuro da IA-GEN no Judiciário é promissor, mas depende da criação de normas claras e específicas, que assegurem seu uso ético, seguro e em conformidade com os princípios do Estado de Direito. Somente com essa regulamentação será possível explorar todo o potencial da IA-GEN para promover uma justiça mais ágil, eficiente e justa.

²¹⁶ CONSULTOR JURÍDICO: **CNJ rejeita pedido para barrar uso de inteligência artificial no Judiciário.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jul-03/cnj-rejeita-pedido-para-barrar-uso-de-inteligen-cia-artificial-no-judiciario/>>. Acesso em: 15.09.2024.

²¹⁷ BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0000416-89.2023.2.00.0000.** Rel. Conselheiro: João Paulo Schoucair. Definitivamente julgado em: **25.06.2024.** Disponível em: <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2024/07/acordao-cnj-chatgpt-00004168920232000000-jota.pdf>>. Acesso: 10.09.2024.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André. **ChatGPT Prompt Starter Kit**: seu guia de início rápido para dominar os prompts no ChatGPT. – Zlibrary Ebook, 2023.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BOTTARI, Elenilce. Serão os robôs os futuros juízes do século XXI? *In*: **Revista da ANDES** (Associação Nacional de Desembargadores), n. 04. Ano 02 (julho/setembro). – Rio de Janeiro: Gráfica MEC/EuroCom, 2023.

BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em números 2024**. <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>>. Acesso: 20.09.2024.

BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ): **Resolução CNJ n. 332/2020**: “Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências”. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso: 10.09.2024.

BRASIL – Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0000416-89.2023.2.00.0000**. Rel. Conselheiro: João Paulo Schoucair. Proferida em: 17.12.2023. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso: 04.09.2024.

BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988**. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 02.10.2024.

CARRARO, Fabricio. **Inteligência artificial e ChatGPT**: Da revolução dos modelos de IA generativa à Engenharia de Prompt. – São Paulo: AOV Systems de informática, 2023.

CIPRO NETO, Pasquale. **A inteligência artificial é generativa ou gerativa?** (CBN), publicado em 19/07/2023. Disponível em: <<https://cbn.globoradio.globo.com/media/audi-o/414385/inteligencia-artificial-e-generativaou-gerativa.htm>>. Acesso: 18.09.2024.

CONSULTOR JURÍDICO: **CNJ rejeita pedido para barrar uso de inteligência artificial no Judiciário**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jul-03/cnj-rejeita-pedido-para-barrar-uso-de-inteligencia-artificial-no-judiciario/>>. Acesso em: 15.09.2024.

JOHN, Ibrahim. **A arte de perguntar ao ChatGPT para respostas de alta qualidade**: Um guia completo para técnicas de engenharia de prompt. Ed. Nzunda Technologies Limited. – USA: 2023.

MIGALHAS QUENTES: **Juiz que usou tese inventada pelo ChatGPT em sentença será investigado**. Disponível no link: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/396836/juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-em-sentenca-sera-investigado>>. Acesso : 18.09.2024.

MATOS, Felipe. **Explorando o ChatGPT: como fazer o prompt perfeito** (OpenAI). – Sirius: Faculdade de tecnologia, experiência e futuro (publicação independente – E-book): 2023.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **Tratado de direito e processo tecnológico (Vol. 02) – Big data, Justiça 4.0 e a Digitalização da Processualização; Ciberespaço, Metaverso, Legal Design e Visual Law: O Direito Processual Tecnológico.** – Editora Publius: 2023.

PINHEIRO, Álvaro Farias; SILVEIRA, Denis Silva da; LIMA NETO, Fernando Buarque. ***Use of machine learning for active public debt collection with recommendation for the method of collection via protest*** (Uso de aprendizado de máquina para cobrança ativa de dívida pública com recomendação da forma de cobrança via protesto [Tradução livre]). Disponível em: <<https://csitcp.com/paper/12/129csit09.pdf>>. Acesso: 12.09.2024.

VASWANI, A.; SHAZEER, N.; PARMAR, N.; USZKOREIT, J.; JONES, L.; GOMEZ, A. N.; KAISER, Lukasz.; POLOSUKHIN, I. Attention is All You Need (Atenção é tudo o que você precisa [Tradução livre]). *In: Advances In Neural Information Processing Systems* (NEURIPS), n. 30, 2017, Long Beach, CA. Anais [...]. Long Beach: NeurIPS, 2017. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1706.03762>>. Acesso em: 21.09.2024.

**A CRISE DOGMÁTICA NA
REGULAÇÃO DA EMPRESA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Ivanildo Figueiredo

A CRISE DOGMÁTICA NA REGULAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

Ivanildo Figueiredo

Doutor em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Doutor em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Notário.

Sumário: 1. Da regulação histórica da atividade mercantil pelo direito comercial; 2. Principais contradições do regime da empresa no Código Civil de 2002; 3. Da necessidade de restauração da autonomia científica e da dignidade do direito comercial; 4. O projeto de Código Comercial de 2013; 5. A lei de liberdade econômica e o agravamento da confusão dogmática; 6. O projeto de reforma do Código Civil de 2024: nada está tão ruim que não possa piorar.

RESUMO

Neste artigo, vamos tratar das contradições e dos sérios problemas metodológicos decorrentes do regime de regulação da empresa pelo Código Civil de 2002. Durante os vinte anos de vigência do Código Civil, no que tange especialmente ao regime do direito de empresa, a incompatibilidade diante dos conceitos e institutos gerais do direito civil, veio a gerar sérios problemas e dificuldades para a adequada interpretação e aplicação das normas empresariais. Como demonstrado e evidenciado pela doutrina comercialista, os elementos e princípios aplicáveis ao direito civil, construídos desde a sua base romanista, não são compatíveis com os princípios e com a prática mercantil, que informam e orientam os atos dos empresários no exercício profissional da atividade econômica. A perspectiva de superação dessa grave dicotomia dogmático-consuetudinária, que deveria decorrer da aprovação do projeto de novo Código Comercial, em tramitação no Congresso Nacional desde 2013, está agora sob a ameaça de ocorrer verdadeira hecatombe, caso seja aprovado o anteprojeto de reforma do Código Civil elaborado pela comissão de juristas e apresentado ao presidente do Senado Federal em 2024.

Palavras-Chave: Empresa; Atividade econômica; Regulação; Código Civil; Projeto de Código Comercial.

ABSTRACT

In this article, we will address the contradictions and serious methodological problems arising from the regulatory regime of businesses under the 2002 Civil Code. Over the twenty years of the Civil Code's has been in force, particularly concerning the business law regime, the incompatibility with general civil law concepts and institutes has generated serious problems and difficulties for the proper interpretation and application of business and corporate rules. As demonstrated and evidenced by commercial law doctrine, the elements and principles applicable to civil law, built on its Romanist foundations, are not compatible with the principles and commercial practices that inform and guide the actions of entrepreneurs in the professional exercise of economic activity. The prospect of overcoming this serious dogmatic-customary dichotomy, which should result from the

approval of the new Commercial Code project, which has been under consideration in the National Congress since 2013, is now under threat of a true hecatomb if the preliminary draft of the reform of the Civil Code prepared by the committee of jurists and presented to the president of the Federal Senate in 2024 is approved.

Keywords: Enterprise; Economic activity; Regulation; Civil Code; Commercial Code Project.

1 DA REGULAÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE MERCANTIL PELO DIREITO COMERCIAL

Na lição clássica de Caio Mário da Silva Pereira, o direito civil, originário e sistematizado a partir do direito romano, sempre se caracterizou como o “direito comum”,²¹⁸ apto e apropriado para regular as relações dos cidadãos nos atos da vida privada. O direito comercial, por seu turno, representava o “direito especial” aplicável aos comerciantes.²¹⁹ Esse direito especial, em um primeiro período, emanava das corporações e das guildas de mercadores,²²⁰ e somente a partir do século XVII, com as Ordenações Francesas de 1673 (*Code Savary*), passou a ser regulado por normas editadas pelo Estado, como matéria de interesse público.²²¹

Na fase imperial sob Napoleão Bonaparte, o Código Comercial da França, de 1807, separado do Código Civil de 1804, consolidou a divisão do direito privado, ao consagrar a especialidade da legislação do comércio e dos comerciantes. Importante destacar que a classe social dos comerciantes veio a ser fortalecida pela ascensão da burguesia mercantil ao poder político, como conquista da Revolução de 1789.

No Brasil, o Código de Comércio do Império de 1850 reproduziu a estrutura, os principais conceitos e as disposições do Código francês de 1807 e do Código Comercial de Portugal de 1833. E assim, o direito especial da atividade mercantil passou a ser representado por um ramo próprio do direito privado, permanecendo o direito civil como disciplina das relações comuns e não profissionais das pessoas, regulando as regras gerais de capacidade, obrigações, contratos, direitos reais, de família e sucessões.

Desrespeitando a rica construção e evolução consuetudinária do direito comercial como direito criado naturalmente pela prática mercantil, derivada das necessidades e

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª edição. Volume I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

²¹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa - Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 70.

²²⁰ REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, p. 128.

²²¹ ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e Teoria dell'Impresa*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1962, p. 29-30.

usos do comércio,²²² o legislador do Código Civil de 2002 resolveu reproduzir, no Brasil, o Código Civil italiano de 1942, imposto pelo então ditador Benito Mussolini, e que reduzia a figura do empresário ou “*imprenditore*” a mero e submisso empregado do Estado fascista.²²³ A sua transposição para o direito brasileiro, 60 anos depois, se demonstrou totalmente inapropriada para a regulação das atividades empresariais no nosso ordenamento jurídico, em pleno século XXI, quando estamos vivendo uma nova era tecnológica, cultural, de globalização e de internacionalização dos mercados. Essa transposição do Código italiano de 1942 para o Código Civil de 2002 não observou nem respeitou, conforme a crítica unânime da doutrina especializada, a evolução do direito comercial brasileiro e as características da atividade econômica no Brasil e no mundo globalizado, hoje interconectado em tempo real, ambiente totalmente diverso da realidade d’outra época, em nítida, evidente, oposição à experiência e às relações econômicas e sociais históricas, que devem prevalecer no ordenamento jurídico, como assim destacado por Ascarelli.²²⁴

No Código italiano de 1942, a regulação da atividade econômica e da empresa estava contida na parte específica denominada *Libro del Lavoro* ou Livro do Trabalho. O *Libro* ou *Codice del Lavoro (Libro V)* abrangia, dentro da sua esfera de regulação, as atividades empresariais (*Titolo II, Del Lavoro nell’Impresa*), colocando o empresário e a própria empresa na condição de agentes do Estado.²²⁵ A doutrina comercialista da Itália, especialmente nas obras de Alfredo Rocco, defendia a existência de dois códigos separados, um de direito civil, regulando as relações comuns das pessoas, e outro de direito comercial, disciplinando a atividade econômica lucrativa, especulativa e de risco. Rocco ensinava que, dentre as características inerentes aos negócios mercantis,

²²² Código Comercial de 1850. Art. 130. As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

²²³ “A noção da empresa que acaba positivada no *Codice Civile* brota em contexto fascista, sendo concebida como um dos principais instrumentos do intervencionismo estatal”. (FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 49).

²²⁴ “Fica claro que a especialidade do direito comercial não deriva da especialidade da matéria regulada, mas da emergência em determinados setores, de exigências e valores de caráter geral e, como tal, suscetíveis, no desenvolvimento histórico, de uma aplicação geral. Não são as exigências técnicas inerentes ao comércio, à indústria, à produção, e por aí afora, que “necessariamente” determinam normas especiais, porque, se assim fosse, o direito estaria fora da história, ou inserido numa história separada. O direito, e portanto também o direito comercial, não pode ser compreendido fora da história e a sua especialidade não pode ser posta em relação com exigências técnicas imutáveis, mas com o desenvolvimento histórico da nossa experiência jurídica, que vem gradativamente afirmando – por isso primeiramente em campos determinados – novos princípios, depois suscetíveis de aplicações mais gerais, justamente porque o direito não obedece no seu desenvolvimento a preordenadas simetrias sistemáticas, mas à necessidade e à consciência dos homens, cujas relações regula, no ordenamento da convivência social” (ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM, São Paulo: Malheiros, nº 114, abril-junho 1999, p. 242).

²²⁵ Itália. Codice Civile 1942 - Libro V - Del Lavoro - Art. 2082 – *Imprenditore* – *E’ imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)*.

praticados pelos comerciantes, o principal aspecto diferencial do direito comercial diante do direito civil, se manifestava no *stylous mercatorum*,²²⁶ traduzido pelo nosso Visconde de Cairu por “estilo mercantil”.²²⁷

Nessa discussão da unificação do direito privado, importante lembrar o célebre episódio da retratação de Cesare Vivante, o grande comercialista italiano do início do século XX, quando este se posicionou, no ano de 1919, a favor da manutenção do sistema codificado de direito mercantil para regular a atividade empresarial, rejeitando a unificação do direito privado, que ele havia, por equívoco teórico, defendido antes. Na sua retratação, Vivante reconheceu que o sistema unificado era incapaz de responder, com a devida coerência de método, às demandas emergentes e sempre dinâmicas do comércio, porque as empresas mercantis atuavam em um ambiente de mercado em que predominava, exatamente, o “*spirito di speculazione*”, elemento objetivo inexistente nas relações de direito civil.

Sem embargo, é válido afirmar que a disciplina normativo-dogmática da atividade empresarial no Brasil sofreu um grande retrocesso, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Toda uma sólida, coerente e harmônica construção consuetudinária, jurisprudencial e doutrinária, produto da experiência comercialista derivada a aplicação do Código de Comércio do Império de 1850, herança da tradição latina europeia, consolidada desde o Código Comercial da França de 1807, restou abandonada, lançada na esfera comum e generalista do direito civil. Em cenário figurativo, poderíamos imaginar a metáfora da visão de uma velha fábrica, com seus galpões, maquinários e chaminés, falida e abandonada, invadida pelo matagal, ainda que alguns anos antes fosse uma manufatura em plena operação, produtiva e geradora de empregos e riquezas. Essa triste cena poderia representar o fim do direito comercial na nossa história positivista.

Em crítica direta aos problemas metodológicos decorrentes do regime da empresa introduzido, de modo artificial, pelo Código Civil de 2002, Fábio Ulhoa Coelho defende o fim da unificação e a restauração do direito comercial como sistema especializado de regulação da atividade empresarial:

“Ignorando as especificidades do direito comercial, e seus princípios próprios, a unificação legislativa acabou não somente contribuindo enormemente para acentuar o esgarçar dos valores da disciplina, como também privou a ordem jurídica nacional do regramento adequado para o atual estágio de evolução da

²²⁶ ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1934, p. 18.

²²⁷ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1963, p. 605.

nossa economia, fortemente integrada ao processo de globalização. A unificação legislativa foi um erro. É preciso corrigi-lo, o quanto antes”.²²⁸

As contradições desse regime artificioso da empresa ficaram mais ainda evidenciadas a partir do próprio conceito de empresário e da criação dessa figura estranha à legislação comercial denominada “sociedade empresária”, como criticado por Fábio Konder Comparato.²²⁹ Não existe, no regime da empresa no Código Civil de 2002 qualquer referência ao mercado como o ambiente de relação das empresas e como superestrutura do sistema de trocas. Em todo o livro do direito de empresa não constatamos sequer uma única referência ou remissão ao mercado.²³⁰ Não obstante a doutrina extrair do conceito de empresário a sua atuação necessária, natural, no mercado, o legislador comportou-se como se o mercado não possuísse nenhuma referência ou importância diante da atividade econômica da empresa. E assim o fez porque, como também duramente criticado por Rubens Requião, as expressões “comercial” e “mercantil”, de mercado, foram totalmente excluídas dos conceitos e remissões relacionadas com a atividade empresarial, como se elas fossem “tabus”.²³¹

De modo tanto absurdo quanto incoerente, em contraposição ao secular sistema comercialista, a mercantilidade restou banida pela ditadura terminológica do Código Civil de 2002. No âmbito vocabular civilista, com seu tecnicismo artificial, a forma superou o conteúdo, e assim o sujeito da atividade predominou sobre o objeto, ainda que este seja estável, e aquele, variável e circunstancial. Essa questão poderia parecer irrelevante na definição ou para a identificação do sujeito da atividade econômica. Todavia, ela é teoricamente crucial e estratégica para a caracterização das pessoas, dos agentes econômicos, do negócio, da operação, do contrato, ou seja, para a vinculação das relações de mercado, ao seu apropriado regime jurídico no ambiente mercantil, apesar deste haver sido declarado extinto pelo legislador civil.

²²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8.

²²⁹ “O Código Civil Italiano, embora fundando toda a organização jurídica da empresa sobre a figura do *imprenditore*, ainda manteve absolutamente intocado esse esquema, em completo divórcio com a realidade econômica. Reconheceu como empresário o que exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada, com o fito de produzir ou trocar bens ou serviços (art. 2.082). Atribuiu-lhe a posição de chefe da empresa, comandando hierarquicamente seus colaboradores (art. 2.086). Tais atributos, escusa lembrá-lo, só podem existir no homem, não na pessoa jurídica. Tratando-se de sociedades não personalizadas, ainda é possível dizer que todos os sócios são empresários. Mas, no caso das companhias, mesmo os não-kelsenianos percebem que a ideia de uma sociedade empresária constitui evidente abuso de retórica” (COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50, abril/junho 1983, p. 68).

²³⁰ FIGUEIREDO, Ivanildo. *Teoria crítica da empresa*. São Paulo: Editora IASP, 2018, p. 157.

²³¹ “O artificialismo desse critério criou no projeto a preocupação de proscriver o adjetivo “comercial” ou “mercantil”. Essas expressões são tabus...” (REQUIÃO, Rubens. *Projeto de Código Civil. Apreciação Crítica sobre a Parte Geral e Livro I (Das Obrigações)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 477, 1985, p. 13).

2 PRINCIPAIS CONTRADIÇÕES DO REGIME DA EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O sistema civilista da empresa se afastou dos princípios e conceitos fundamentais que sempre foram invocados e aplicados na interpretação dos contratos e negócios mercantis. O regime dos contratos civis, regulado no Código de 2002, inspirado no modelo de cláusulas gerais, adotou como princípios contratuais os elementos da boa-fé, da probidade e da função social dos contratos. É necessário observar, antes de qualquer aprofundamento no tema, que esses princípios são comuns e aplicáveis a qualquer tipo ou espécie contratual, tanto nos contratos civis, nos empresariais, de direito do consumidor ou do trabalho. Sem embargo, são princípios ou categorias gerais, que não estão diretamente relacionadas com as atividades profissionais lucrativas, de risco, com as funções econômicas naturais das empresas.

A contradição principal e insuperável que se extrai do regime civilista da empresa reside na inexistência dessa separação intradogmática entre o contrato civil e o contrato mercantil. No Código Civil de 2002, todos os contratos são categorizados na modalidade de negócios civis, inclusive a figura ímpar, central, do contrato de compra e venda.

Para o legislador civilista, não existiria qualquer diferença na compra e venda de um automóvel velho e usado, contratado entre duas pessoas comuns, ofertado nos classificados eletrônicos de jornal ou em um site, e a compra e venda de automóvel novo, realizada junto a uma empresa concessionária de veículos, representante da marca de uma grande montadora, como Fiat, Volkswagen ou Chevrolet. Transação semelhante, tendo por objeto automóvel novo, zero quilômetro, adquirido na concessionária,²³² por empresa comercial, para fins de locação mercantil ou atividade logística de transporte, deve ser, necessariamente, diferenciada da venda destinada ao consumidor final, esta subordinada à legislação protetiva especial.²³³

O simples e elementar exemplo exposto acima demonstra a total desconexão do regime contratual genérico do Código Civil, diante da realidade objetiva das relações sociais e dos negócios especializados que ocorrem no âmbito do mercado, com características e elementos de natureza comercial e profissional. Sem embargo, a diferenciação de regime jurídico, no negócio mercantil típico, resulta da existência de legislação comercial específica, como ocorre na oferta, realizada pelas empresas através dos meios de publicidade, para a produção, venda e revenda de produtos novos, e não da

²³² Lei nº 6.729/1979. Concessão Comercial: Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

²³³ Lei nº 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor: Dispõe sobre a proteção do consumidor.

generalidade dos contratos regidos pelo Código Civil, celebradas entre pessoas comuns, despídos de caráter profissional e sem escopo lucrativo.²³⁴

Além do tratamento genérico atribuído à compra e venda mercantil, outros aspectos relacionados à prática e aos usos e costumes comerciais, aos conceitos e institutos aplicados à criação, operação e gestão de empresas, foram desconsiderados e negligenciados pelo legislador civilista. Com efeito, o Código Civil de 2002 nada se refere, nada dispõe e nada regula, ao contrário da sua proposta de unificação do direito das obrigações e dos contratos de direito privado, a respeito dos contratos financeiros e bancários. O contrato de mútuo, por exemplo, é a única espécie contratual que trata da concessão de empréstimo entre pessoas particulares, mas sem a participação e intermediação de instituição financeira autorizada pelo Banco Central, como regulado, de modo específico, pela legislação bancária.²³⁵

Antes do regime do direito de empresa regulado pelo Código Civil de 2002 entrar em vigor, a atividade comercial encontrava-se disciplinada, residualmente, pelo Código Comercial de 1850. A legislação não codificada, como visto anteriormente, regulava, em especial, as sociedades comerciais, a falência, o registro do comércio e uma série de contratos mercantis. A partir da promulgação do Código de 2002, passou a existir no Brasil um duplo regime normativo, o do direito de empresa codificado, e o da legislação comercial supletiva ou complementar não absorvida pela codificação.

O direito societário brasileiro é um exemplo característico dessa disfunção normativa. Enquanto a sociedade limitada passou a ser regulada, de modo complicado e burocratizado, pelo Código Civil de 2002 (artigos 1.052 a 1.087),²³⁶ a sociedade por ações, modelo mais evoluído das sociedades comerciais, permanece sendo regulada pela Lei nº 6.404/1976, e cuja definição de objeto contradiz a neutralidade terminológica do regime civilista, ao enunciar, no seu art. 2º, § 1º, que “Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”.

²³⁴ “Os diversos subtipos e variações modais derivados da compra e venda mercantil, como os contratos de distribuição, fornecimento, concessão mercantil, representação comercial, alienação fiduciária, *franchising*, *leasing*, *know how*, *factoring*, *hedge*, dentre os contratos comerciais, industriais e financeiros mais usuais, devem ser necessariamente considerados como contratos empresariais, não sendo possível admitir que o conteúdo generalista do Código Civil seja capaz de regular esses tipos contratuais específicos. Mesmo que reconhecida a tendência contemporânea de desregulamentação dos contratos a partir da fixação de modelos legislativos contendo cláusulas gerais, os contratos celebrados exclusivamente entre empresas, e que possam interferir, de modo significativo, nas relações econômicas, devem merecer uma disciplina legal própria, justificada por fatores de interesse público e pela necessidade do Estado controlar os tipos negociais de maior relevância para a estabilidade dos mercados” (FIGUEIREDO, Ivaniildo. *Teoria Crítica da Empresa*, op. cit., p. 355).

²³⁵ Lei nº 4.595/1964. Legislação bancária. Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

²³⁶ O Código Civil de 2002, contrariando toda experiência e prática de regulação da sociedade de responsabilidade limitada, estabeleceu um regime de maior complexidade na disciplina desse tipo societário, criando uma série de novas exigências e restringindo, de modo acentuado, a esfera da liberdade de contratação entre os sócios. A antiga lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada (Decreto nº 3.708/1919) possuía apenas 18 artigos, ao

Assim, enquanto a sociedade anônima é uma companhia essencialmente mercantil, a sociedade limitada é uma sociedade “empresária”, com objeto indefinido, não possuindo finalidade lucrativa, mercantil ou comercial. Desse modo, a existência de dois sistemas dispositivos, com conceitos que não dialogam entre si, causaram e permanecem provocando dificuldades de toda espécie, a começar pela própria definição da natureza da empresa como ente eminentemente mercantil, que atua no regime da economia de mercado.

3 DA NECESSIDADE DE RESTAURAÇÃO DA AUTONOMIA CIENTÍFICA E DA DIGNIDADE DO DIREITO COMERCIAL

O professor Oscar Barreto Filho, titular de direito comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, diante do movimento civilista que pretendia unificar o direito privado, que tomou corpo na década de 1960 do século passado, com a supressão da autonomia didática e científica do direito comercial, conclamou os doutrinadores e docentes a defenderem a dignidade do direito comercial e a manutenção da sua esfera própria de regulação da atividade empresarial. Na lição de Oscar Barreto Filho, o núcleo do Direito Mercantil moderno é a empresa comercial. E o conceito de empresa comercial na realidade econômica, “no estágio atual do Direito, não pode ser reduzida a um conceito unitário, devendo ser considerada sob vários aspectos diferentes,²³⁷ como assim veio a ser definido, por exemplo, na análise dos perfis da empresa, por Alberto Asquini.²³⁸

Segundo Oscar Barreto Filho, dentre as diversas razões apresentadas para justificar a autonomia do direito comercial, “afigura-se decisiva a de que a atividade econômica organizada sob a forma de empresa exige uma disciplina jurídica especial, que não pode ser a mesma reguladora das outras atividades do cidadão comum”. E assim, devemos considerar que a especialização do regime jurídico corresponde “à própria essência do fenômeno econômico”.²³⁹ E, no quadro da realidade econômica, a função social da empresa passou a ser, além de princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988,²⁴⁰ elemento definidor da própria empresa, considerada como ente imprescindível à sustentação da economia, na geração e distribuição de riquezas e na satisfação das necessidades de consumo da sociedade civil, como também do próprio Estado, como

passo que o Código Civil passou a regular a sociedade limitada em 35 artigos, além de 64 outras disposições em parágrafos, incisos e alíneas, em quase uma centena de normas.

²³⁷ BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do Direito Mercantil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 68, n. 2, 1973, p. 415-434.

objetivo a ser buscado para a preservação da empresa, segundo a lei de recuperação judicial e falência.²⁴¹

Com a revogação do Código Comercial de 1850, deixou de existir, no direito positivo brasileiro, um sistema normativo de direito empresarial e mercantil. O que mais se aproxima da ideia de sistema normativo voltado para a regulação da atividade da empresa podemos localizar na própria Constituição da República, como destaca Eros Roberto Grau, quando descreve o mercado como uma instituição jurídica.²⁴² A existência de um mercado e de relações de produção de bens e circulação de riquezas pressupõe a submissão ao regime de direito positivo, de regulação das empresas como agentes econômicos. A Constituição define os princípios da ordem econômica segundo um modelo de bem-estar social. Isso implica no reconhecimento dos limites que devem ser impostos ao sistema capitalista, para que assim possam ser evitadas e reprimidas as condutas abusivas e arbitrárias dos agentes econômicos, que atuam, diretamente, nesse ambiente especulativo, cujo móvel é, por essência, a busca do lucro e da acumulação de riquezas.

Ao lado da necessidade objetiva de repressão ao abuso do poder econômico, como definido pelas normas constitucionais, a regulação jurídica da atividade empresarial representa pressuposto necessário para a certeza, racionalidade e previsibilidade das relações de mercado, especialmente no âmbito dos contratos e negócios mercantis. A definição desses requisitos de previsão e de disciplina das regras básicas do sistema de produção e circulação de bens e mercadorias, de prestação de serviços, em especial de novas tecnologias, é tarefa que cabe ao Estado, como regulador da atividade econômica, função expressa, específica, a ele atribuída, em primeiro grau, pelo art. 174 da Constituição. Não se pode negar que, ao conferir ao Estado, a competência para emitir moeda, e para decidir e implementar as diretrizes das políticas de crédito público, fiscal e cambial, bem como para a execução dos planos de desenvolvimento nacional, a Constituição outorgou à União Federal o poder de intervir, diretamente, no mercado e no

²³⁸ No ensaio intitulado *Perfis da Empresa*, Asquini analisa a empresa como um fenômeno jurídico-econômico poliédrico, que somente pode ser compreendida se estudada sob quatro perfis: perfil subjetivo: a empresa na perspectiva do seu titular, o empresário; perfil funcional: a empresa como atividade empresarial; perfil patrimonial ou objetivo: a empresa como patrimônio *aziendal* e como estabelecimento; e perfil corporativo: a empresa como instituição humana hierarquicamente estruturada (ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: RT, nº 104, outubro/dezembro 1996, p. 109/126).

²³⁹ BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do Direito Mercantil*, op. cit., p. 427.

²⁴⁰ CF, Art. 170, inciso III.

²⁴¹ Lei 11.101/2005. Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

²⁴² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 29-30.

exercício da atividade econômica.²⁴³ Essa é a realidade básica, elementar, de grau cogente superior, sobre a qual repousa a regulação normativa do regime da atividade econômica.

Na atividade econômica, a necessidade de regulação resulta do compromisso do Estado com o processo de desenvolvimento, segundo a concepção estruturalista proposta por Calixto Salomão Filho. Para essa teoria estruturalista, o direito não deve servir apenas para garantir a compensação dos indivíduos ou grupos de indivíduos que aplicam seus capitais para auferir os lucros resultantes da exploração econômica. O objetivo principal, primordial e maior do direito, é organizar o funcionamento da sociedade, que depende do sistema de produção e de trocas para atender às demandas dessa sociedade e do próprio Estado. E para alcançar esses resultados, o direito deve ser capaz, na lição de Calixto Salomão Filho, de intervir diretamente nas estruturas econômicas e nos institutos jurídicos que as justificam e protegem.²⁴⁴

Na discussão a respeito da redução do grau de intervenção do Estado na estrutura econômica, e da adoção de um modelo de “Estado mínimo”, ideia preconizada pelas correntes neoliberais, Fábio Ulhoa Coelho entende que cada país, e seu respectivo sistema econômico, possui peculiaridades próprias, sendo impossível definir, portanto, com a régua da ciência, o tamanho do Estado ideal:

“O Estado capitalista não tem um tamanho por assim dizer cientificamente definido ou definível. Ele é tanto maior ou menor, envolve-se com certas atividades ou delas se afasta, em função das nuances da luta de classes. Não há como fundamentar cientificamente o liberalismo econômico e medir o grau exato de intervenção do estado propício ao regular funcionamento da produção. Não há modelo econométrico que permita encontrar a medida da intervenção cientificamente tolerável ou admissível e é improvável que algum dia venha a existir”.²⁴⁵

Não se está, aqui, a partir da invocação das teorias regulatórias, a defender a estatização da economia, situação impensável e inimaginável na atual era de globalização dos mercados. O modelo da economia de estado soviética desapareceu com a queda do muro de Berlim. Ainda que tentados por discutir o modelo de intervenção estatal na atividade econômica, através da atuação de empresas públicas e sociedades de economia mista, como estratégia de desenvolvimento adotada, no Brasil, na era Vargas

²⁴³ CF, Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

²⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 258-259.

²⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: Ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.124.

(1930-1954), e fortalecida durante o regime militar (1964-1985), somos forçados a reconhecer, por razões e provas de ineficiência e corrupção, a absoluta incompetência do Estado brasileiro para o exercício da exploração direta de atividade empresarial. Esse modelo, falido, foi adotado em uma série de setores estratégicos da economia, até o início do século XXI, como assim ocorreu no sistema financeiro, de energia, nas telecomunicações, siderurgia, saneamento e de petróleo e gás, este último ainda submetido, até os dias atuais, a contestável monopólio constitucional.

Considerando essa visão do sistema econômico e do regime da economia de mercado, regulado a partir da Constituição Federal, o fundamento de validade do direito comercial e o regime jurídico da empresa resultam diretamente dos princípios **e normas constitucionais, desde o art. 1º da Carta Magna, que elege como modelo** econômico o sistema de livre mercado ou livre iniciativa. Desse modelo econômico e do sistema de mercado, o direito comercial extrai o seu fundamento de validade, tendo como objeto a regulação da empresa e da atividade empresarial.

Explicando este aspecto, Fábio Ulhoa Coelho destaca que “a autonomia do direito comercial vem referida na Constituição Federal, que, ao listar as matérias da competência legislativa privativa da União, menciona “direito civil” em separado de “comercial” (CF, art. 22, I)”, sendo que “a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixa de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do direito comercial”.²⁴⁶ Para Sérgio Campinho, no mesmo sentido, entende ele que a disciplina do Código de 2002 “não irá alterar a autonomia do direito comercial, sob a nova veste do direito de empresa, embora tenha ocorrido a sua unificação legislativa com o direito civil”.²⁴⁷

Portanto, apesar da unificação formal e legislativa do direito contratual e do direito societário pelo Código Civil de 2002, esse modo de regulação paralelo não irá afetar, de modo algum, a autonomia didática e científica do direito comercial ou empresarial, como

²⁴⁶ Fábio Ulhoa Coelho entende, na discussão quanto à autonomia, que a “demonstração irresponsável” de que a “autonomia do direito comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do direito privado, nem pela teoria da empresa, encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas. Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da teoria da empresa na Itália, e o direito comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados. Até mesmo em reformas curriculares recentes, como a empreendida na Faculdade de Direito de Bolonha a partir do ano letivo de 1996/1997, a autonomia do direito comercial foi amplamente prestigiada” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 20ª edição. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47).

²⁴⁷ Sergio Campinho justifica a autonomia do Direito Comercial assim considerando: “A uma, porque a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as matérias de competência privativa da União, ainda se refere autonomamente ao Direito Comercial (art. 22, I). A duas, porque a autonomia didática e científica não vem afetada pelo tratamento em um único diploma legal. A três, porque a adoção da teoria da empresa não compromete essa autonomia, na medida em que ao empresário o exercício empresarial da atividade econômica se aplica toda legislação relativa à atividade mercantil não revogada (Código Civil, art. 2.037)” (CAMPINHO, Sergio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6).

assim vem sendo denominado a partir dessa unificação. O direito comercial, assim, mantém a sua plena autonomia, como disciplina própria e especial de regulação da atividade empresarial, como ramo jurídico de direito privado derivado diretamente da Constituição.

A dignidade do direito comercial deve ser reconhecida, segregada e protegida apesar da confusão normativa instaurada pelo Código Civil de 2002, ficando assim justificada a existência do direito mercantil “como ramo jurídico autônomo em função da especialidade técnica do fenômeno econômico por ele regulado, aplicando-se suas normas indistintamente a todos os agentes que intervêm na produção e circulação de bens econômicos destinados ao mercado, inclusive o próprio Estado, através das empresas públicas”.²⁴⁸

4 O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL DE 2013

No ano de 2011 foi apresentado, perante a Câmara dos Deputados,²⁴⁹ um primeiro projeto de novo Código Comercial, elaborado pelo Professor Fábio Ulhoa Coelho, e divulgado à comunidade jurídica e ao mercado através de seu livro “O Futuro do Direito Comercial”.²⁵⁰

Diante das contradições e dos graves e insuperáveis problemas dogmáticos e metodológicos decorrentes da regulação da empresa em um Código Civil, o projeto de Código Comercial foi desenvolvido visando atender a três objetivos principais: (i) reunir, em um único diploma legal, “com sistematicidade e técnica, os princípios e regras próprios do direito comercial”; (ii) simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando o cotidiano dos empresários brasileiros”, em especial no que tange à regulação da sociedade limitada, aprisionada na complexidade das regras civilistas; e (iii) para a “superação de lamentáveis lacunas na ordem jurídica nacional, entre as quais avulta a inexistência de preceitos legais que confirmam inquestionável validade, eficácia e executividade à documentação eletrônica”.

O Projeto de Lei 1.572/2011 tramitou em comissão especial na Câmara dos Deputados, assessorada por juristas e professores de direito comercial, até ser deslocado para plano secundário, em razão da tramitação paralela de outro projeto de Código

²⁴⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do Direito Mercantil*, op. cit., p. 427.

²⁴⁹ Projeto de Lei nº 1.572/2011, de iniciativa do Deputado Vicente Cândido (PT-SP).

²⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Comercial, proposto perante o Senado Federal. No ano de 2013 foi constituída nova comissão de juristas, sob a coordenação científica de Fábio Ulhoa Coelho. Essa comissão elaborou e apresentou um segundo projeto para o novo Código Comercial (PLS 487/2013).²⁵¹ O Projeto de Código Comercial, a partir de então, permaneceu e ainda permanece na pauta de debates entre os comercialistas, divididos entre posições tanto favoráveis como de oposição.²⁵² Óbvio que nem todas as correntes doutrinárias concordaram com o projeto de Código Comercial, e sua principal e mais destacada oposição acadêmica localiza-se na Faculdade das Arcadas do Largo de São Francisco, contraditoriamente, no seu Departamento de Direito Comercial, celeiro de comercialistas que sempre se opuseram ao regime civilista da empresa, como Oscar Barreto Filho, Fábio Konder Comparato, Waldírio Bulgarelli e Vera Helena de Mello Franco.

O projeto de Código Comercial nasceu dessa necessidade de restaurar a dignidade do direito mercantil e de reafirmação dos seus valores e da sua autonomia como disciplina jurídica e para consolidar a tendência verificada, em vários Estados da Federação, de criação de varas e câmaras especializadas em direito empresarial. Como bem esclarecido por Fábio Ulhoa Coelho,²⁵³ a recodificação do direito comercial brasileiro justifica-se, também e ainda, para retirar o direito comercial do estado de isolamento a que foi relegado, com a perda da sua centralidade, coerência interna e harmonia científica.²⁵⁴

Exponentes da ciência e da experiência do direito comercial brasileiro, como Arnaldo Wald e Alfredo de Assis Gonçalves Neto, comungam da opinião de que o projeto de Código Comercial, mesmo diante das críticas opostas ao processo de codificação, é muito

²⁵¹ O projeto PLS 487/2013 passou a tramitar no Senado Federal tendo como autor simbólico o Presidente do Congresso Nacional. A estrutura e conteúdo do projeto ficaram definidas, na sua última versão, de 2015, do seguinte modo: Projeto de Código Comercial – PLS 487/2013. Parte Geral - Livro I – Do Direito comercial. Livro II – Da pessoa do empresário; Livro III – Dos bens e da atividade do empresário; Livro IV – Dos fatos jurídicos empresariais. Parte Especial – Livro I – Das sociedades; Livro II – Das obrigações dos empresários; Livro III – Do agronegócio; Livro IV – Do direito comercial marítimo; Livro V – Do processo empresarial; Parte Complementar – Livro Único – Das disposições finais e transitórias.

²⁵² FIGUEIREDO, Ivaniildo. *Teoria crítica da empresa*, cit., p. 444.

²⁵³ “Propus um código que pudesse servir de instrumento ao inadiável recoser dos esgarçados valores do direito comercial. Para tanto, tem que ser um código com forte acento principiológico, que enuncie, no direito positivo, os princípios do direito comercial. Sendo algo inédito, em todo o mundo, um Código Comercial assim caracterizado, entendi que a forma mais direta e eficaz para apresentação da proposta seria por meio de uma minuta” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial, com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22).

²⁵⁴ “O resultado do isolamento do direito comercial foi lamentável. Regras importantes da nossa disciplina, destinadas a proteger e atrair investimentos – como é, por exemplo, a regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais -, tiveram sua eficácia seriamente comprometida pela generalizada distorção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do direito comercial, com anotação do projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 13).

mais lógico, adequado e inteligível, para o mercado e para os investidores, do que o desforme e desconexo regime da empresa regulado no Código Civil.²⁵⁵

Isso porque, ainda que a técnica legislativa dominante neste século XXI, seja a da regulação dos institutos jurídicos através de microssistemas normativos, demonstra-se válido e incontestável reconhecer - porque assim objetivamente constatamos -, que o regime do direito de empresa, tal como regulado no Código Civil de 2002, não possui a menor afinidade, e muito menos praticidade, diante dos princípios, dos conceitos e da linguagem do mercado.

Diante da crise do direito comercial, da ausência de consistência e das deficiências do sistema normativo, provocados pela imposição, artificial, do direito de empresa pelo Código Civil de 2002, foi se formando e crescendo um legítimo movimento pela revitalização do direito comercial no Brasil, a partir de uma avaliação coerente das reais necessidades de recodificação do sistema normativo empresarial. Observou então Fábio Ulhoa Coelho que, a partir de uma iniciativa desbravadora, instaurou-se “um pungente movimento de revitalização do direito comercial. O seu motor de propulsão é fácil de identificar: a maturação do processo de desenvolvimento econômico”, e essa nova “posição econômica demanda um novo direito comercial”.²⁵⁶ Fábio Konder Comparato já havia observado que, “na família dos direitos romano-germânicos, pode-se dizer que a função precípua de um código é exprimir um conjunto de regras jurídicas gerais, constituintes de um novo *jus commune*, que enforma e ilumina a interpretação desse *mare magnum* crescente da legislação extravagante”.²⁵⁷ Essa nova conformação jurídica demonstra, hoje, evidente exigência de restauração do direito comercial e dos seus princípios, diante das contradições conceituais do regime civilista do direito de empresa, que está a confundir-se e confrontar-se diante da legislação comercial complementar e supletiva.

Especialmente no âmbito do direito comercial, em que a legislação extravagante até superava o quantitativo de normas do velho Código de Comércio do Império, como nas regras societárias, contratuais e falimentares, mais ainda se torna apropriada uma

²⁵⁵ “Em tese, várias soluções legislativas poderiam ser adotadas, abrangendo desde a revisão do Código Civil até a elaboração de vários microssistemas, tratando das diversas matérias do direito empresarial. Mas a aprovação de um novo Código Comercial ou Empresarial nos parece o caminho mais lógico ou eficaz. É o que explica a boa acolhida da oportuna sugestão de um novo Código Comercial ou Empresarial, como direito especial, ao lado do nosso Código Civil, que continuaria sendo o diploma de direito comum. Teremos, assim, ao lado das normas gerais do cidadão (Código Civil), regras especiais de proteção ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor) e ao empregado (CLT) e outras, tratando da estrutura e funcionamento da empresa e dos contratos empresariais (Código Comercial), dando maior coerência e segurança ao sistema jurídico e adequando-o às necessidades do século XXI, com uma visão do presente e do futuro” (WALD, Arnoldo. *O Código Civil e o Projeto de Código Comercial*. In: COELHO, Fábio Ulhoa, LIMA, Tiago Asfor Rocha, NUNES, Marcelo Guedes, organizadores. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013).

nova codificação, que, se antes era justificada em razão da possível compatibilização do regime do direito de empresa sob o Código Civil, no momento presente, esse processo de recodificação representa a única alternativa legislativa lógica para a restauração da unicidade e coerência científica do direito comercial.

Superadas essas reações conservadoras e de clara opção pela estaticidade normativa, a finalidade precípua do novo Código Comercial, explica Fábio Ulhoa Coelho, destina-se a recuperar a centralidade do direito comercial,²⁵⁸ a partir da restauração da organicidade da matéria empresarial e da atualização das normas mercantis, de acordo, coerentemente, com a realidade econômica nacional e das relações transnacionais das empresas brasileiras e estrangeiras.

A matéria comercial, no direito positivo brasileiro encontra-se, como aqui visto e explicado, dispersa por várias leis e prejudicada pela ausência de sistematização normativa. A sua pretensa unificação e uniformização no Código Civil de 2002 muito mais dificulta do que facilita a compreensão da dogmática empresarial. Tanto para o empresário nacional como, principalmente, para o investidor estrangeiro, o modo de regulação disforme do direito de empresa no Brasil dificulta a sua inclusão no mundo econômico globalizado. Por isso, a preocupação principal do projeto de Código Comercial foi a de resgatar a coerência intrasistemática do direito comercial e organizar, de modo bem mais compreensível, o conjunto de princípios e normas que devem regular as atividades das empresas nas relações de mercado.

Os princípios sempre representaram, para o direito, vetor essencial, fundamental, de interpretação normativa. São os princípios reconhecidos como sobrenormas, porque sua valência e eficácia orientam a aplicação das normas legais prescritivas, postas em grau de hierarquia inferior. Todavia, do mesmo modo que as normas, os princípios enunciam regras gerais e amplas, dirigidas aos intérpretes e aplicadores do direito, inclusive para efeito do processo hermenêutico de integração normativa e de preenchimento das lacunas da lei.²⁵⁹ Para Fábio Ulhoa Coelho, “os princípios não são, por si sós, normas jurídicas prevalecentes sobre as demais regras de conduta. Auxiliam a

²⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p. 11.

²⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Projeto de Código Civil*. In: *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 545.

²⁵⁸ “Um Código é principiológico quando corresponde ao paradigma dos princípios. Quando, em outros termos, confere centralidade aos princípios. E aqui, adentra-se ao cerne da questão. A palavra-chave para compreender tanto o paradigma dos princípios como o caráter principiológico do Projeto de Código Comercial em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal é esta: centralidade” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do direito comercial, com anotação do projeto de Código Comercial*, op. cit., p. 15).

²⁵⁹ Na concepção de Fábio Ulhoa Coelho, “[os] princípios jurídicos são regras de conduta, como todas as demais normas componentes do ordenamento vigente num país. Caracteriza-os a extensa proporção de seu âmbito de incidência, de modo a servirem de elementos informadores da interpretação das demais normas jurídicas e à solução de lacunas” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p. 13).

interpretação destas e suprem lacunas, mas não as substituem, nem podem (por si sós) afastar sua aplicação”.²⁶⁰

Os princípios do direito comercial sempre foram assim desenvolvidos e aplicados em diversas áreas, como na teoria da empresa, com o princípio da função social da empresa, no direito societário, através do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, ou no campo do direito cambial, a exemplo do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.²⁶¹ Todavia, os princípios do direito comercial estavam fragmentados em diversos diplomas legais, sem uma compreensão coerente e uniforme, razão pela qual o Projeto de Código Comercial adotou como fundamento essencial para sua aplicação e interpretação a fixação clara dos princípios aplicados às empresas, como fonte de integração normativa. A característica básica ou objetivo maior do projeto de Código Comercial foi resgatar e reafirmar os princípios do direito comercial. Isso porque esses princípios encontravam-se dispersos, esquecidos e até perdidos na confusa disciplina civilista da empresa.

Nesse sentido, em caráter geral, o Projeto de Código Comercial considera como princípios fundamentais do direito comercial: (i) Liberdade de iniciativa empresarial; (ii) Liberdade de competição; (iii) Função econômica e social da empresa; e (iv) Ética e boa-fé (PLS 487/2013, art. 5º).

Para cada um dos capítulos específicos ou matérias reguladas no projeto de Código, como dos relativos às sociedades comerciais, aos contratos empresariais, aos títulos de crédito, ao direito do agronegócio, à recuperação de empresas e falência e ao direito comercial marítimo, também foram enunciados princípios instrumentais aplicáveis e que devem orientar a compreensão de cada um desses institutos e seus conceitos no direito comercial.

No âmbito do direito societário, o projeto de Código Comercial reconhece como princípios básicos: (i) Autonomia patrimonial; (ii) Tipicidade; (iii) Preservação da empresa economicamente viável; (iv) Proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica; (v) Formação da vontade social por deliberação dos sócios; e (vi) Proteção dos sócios não controladores.²⁶²

No que tange aos contratos empresariais, o projeto de Código Comercial define, com relação a eles, quatro princípios essenciais: (i) autonomia da vontade; (ii) plena

²⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p. 14.

²⁶¹ Observa Fábio Ulhoa Coelho que, “[e]ntre os sub-ramos do direito comercial, o cambiário é o único, desde sempre, marcadamente principiológico” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p. 55).

vinculação dos contratantes ao contrato; (iii) proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas; e (iv) reconhecimento dos usos e costumes do comércio.²⁶³ Os princípios da autonomia da vontade e da vinculação dos contratantes aos contratos celebrados (relatividade dos efeitos e *pacta sunt servanda*) são princípios elementares, aplicáveis a qualquer espécie de relação contratual, de natureza comercial ou civil. Os contratos são pactos celebrados com força vinculante, como lei entre as partes, especialmente no âmbito de relações profissionais de mercado entre empresários.²⁶⁴ Os usos e costumes mercantis, por sua vez, sempre foram referidos, pela lei, como fonte do direito comercial, estabelecidos a partir das práticas dos comerciantes e empresários, como, de longa data, considera a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁶⁵

Na regulação dos contratos mercantis, o Código Civil de 2002 pretendeu, inicialmente, promover a unificação dos principais tipos de contratos em espécie, aplicáveis às relações de conteúdo econômico (artigos 481 a 853).²⁶⁶ Todavia, a dualidade de regime jurídico na esfera contratual permanecerá patente e evidente diante da imensa gama de contratos mercantis que continuarão a fazer parte da dinâmica negocial das empresas, regulados por leis específicas, dentre estes os contratos financeiros e bancários,²⁶⁷ de representação comercial autônoma,²⁶⁸ de arrendamento mercantil,²⁶⁹ os contratos de bolsa de valores, de mercadorias e futuros,²⁷⁰ de concessão comercial de veículos automotores²⁷¹ e de franquia empresarial,²⁷² dentre outros. Desse modo, em virtude da normatividade essencialmente mercantil desses contratos regulados pela legislação extravagante ao Código Civil, a tentativa, mesmo que limitada, de unificação do direito contratual, apresenta-se incompleta e comprometedora da lógica interna do sistema de direito positivo, que deverá conviver com obstáculos teóricos que, antes de constituir elemento de aperfeiçoamento e modernização da nossa legislação, está

²⁶² PLS 467/2013. Art. 10.

²⁶³ PLS 467/2013. Art. 17.

²⁶⁴ “O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado” (STJ. 4ª Turma. REsp 1.535.727-RS. Relator Marco Buzzi, DJe 20/06/2016).

²⁶⁵ “Os usos e costumes comerciais que estabelecem regras supletivas para a serenidade das transações mercantis, desde que não contrárias aos preceitos da lei (art. 130 do Código Comercial), fazem lei entre as partes e sobre elas expressamente convencionadas” (STF. 2ª Turma. RE 12.878-SP; Relator Ministro Afrânio Costa, Julgado em 29/12/1959: DJ 14/12/1960).

²⁶⁶ FIGUEIREDO, Ivanildo. *Teoria crítica da empresa*, op. cit., p. 166.

²⁶⁷ Lei 4.595/1964. Legislação bancária.

²⁶⁸ Lei 4.886/1965. Representação comercial autônoma.

²⁶⁹ Lei 6.099/1974. Arrendamento mercantil ou *Leasing*.

²⁷⁰ Lei 6.385/1976. Lei do Mercado de capitais.

²⁷¹ Lei 6.729/1976. Concessão comercial de veículos automotores (Lei Ferrari).

²⁷² Lei 8.884/1994. Contrato de franquia empresarial (*franchising*), atualmente regulado pela Lei 13.966/2019.

representando um entrave maior, que conspira contra a consistência normativa e a harmonia do sistema normativo empresarial”.²⁷³

No âmbito do direito cambial, aplicável aos títulos de crédito, o projeto de Código Comercial apresenta como princípios básicos ou fundamentais: (i) literalidade; (ii) autonomia das obrigações cambiais; e (iii) inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.²⁷⁴ Importante destacar que a circulação do crédito, hoje, realiza-se, predominantemente, através de títulos eletrônicos, como cartões de crédito e débito, duplicata eletrônica, transferências digitais (TED e PIX) que substituíram os cheques, de modo muito mais seguro e em tempo real. O projeto de Código Comercial incorpora essa nova realidade digital ao direito cambial, ao prescrever que o título de crédito pode ser emitido em formato ou suporte cartular, em papel, ou em programa e arquivo eletrônico. Apesar de sancionado em plena era da revolução tecnológica da informática, o Código Civil de 2002, permite, apenas, que o título de crédito possa ser criado ou impresso através de programa de computador, mas sem dispensar o suporte em papel.²⁷⁵

Outra inovação introduzida pelo projeto de Código Comercial consiste em definir princípios e critérios de interpretação para as relações jurídicas no agronegócio. Com efeito, a atividade rural, historicamente, esteve ausente da regulação mercantil, submetendo-se sua disciplina legal e os contratos agrícolas e pecuários ao direito civil. Apenas no caso de o empresário rural adotar, na organização da produção, a forma de empresa, ficava ele equiparado ao empresário comercial.²⁷⁶ Devido à relevante importância do agronegócio na economia brasileira, o projeto de Código Comercial também destina diversas normas para a disciplina e proteção dessa atividade. Assim, são definidos como princípios gerais aplicáveis ao agronegócio (i) sustentabilidade das atividades do agronegócio; (ii) integração e proteção das atividades da cadeia agroindustrial; (iii) intervenção mínima nas relações do agronegócio; e (iv) parassuficiência dos que inserem sua atividade no agronegócio.²⁷⁷

No âmbito do direito da insolvência, da recuperação da empresa e falência, o projeto de Código Comercial prescreve alguns princípios fundamentais e normas gerais, ao lado da regulação especial pela Lei 11.101/2005. O projeto de Código Comercial

²⁷³ FIGUEIREDO, Ivanildo. *Teoria crítica da empresa*, op. cit., p. 167.

²⁷⁴ PLS 467/2013. Art. 22.

²⁷⁵ CC 2002. Art. 889. § 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

²⁷⁶ CC 2002. Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

considera como princípios básicos do direito da insolvência comercial: (i) a inerência do risco a qualquer atividade empresarial; (ii) o impacto social da crise da empresa; (iii) a transparência nas medidas de prevenção e solução da crise; e (iv) a cooperação judiciária internacional.²⁷⁸ O projeto de Código Comercial, nesse campo do direito falimentar, procura estabelecer princípios e regras gerais, assim como - essa a mudança principal -, visa introduzir normas referentes aos processos de insolvência transnacional, matéria não regulada pela Lei 11.101/2005, e que somente passou a ser prevista com a reforma da Lei nº 14.112/2020.

Por último, na formulação dos princípios de interpretação da atividade empresarial, o projeto de Código Comercial trata dos princípios aplicáveis ao direito comercial marítimo. A este ramo secular do direito comercial, estão vinculados os princípios do (i) princípio do risco marítimo; (ii) princípio da garantia patrimonial; (iii) princípio da limitação de responsabilidade; (iv) princípio da origem costumeira e (v) princípio da informalidade.²⁷⁹

Portanto, a reconstrução do direito comercial a partir dos seus princípios representa o maior desafio legislativo que os operadores do direito comercial tem pela frente, pela qual devem unir os esforços e a pressão política necessárias ao avanço do projeto de novo código. Esse esforço, que começou isoladamente com a iniciativa de Fábio Ulhoa Coelho, desafiando as resistências da doutrina liberal, aos poucos vai somando mais e mais adeptos e granjeando apoio na academia, na classe empresarial, entre os advogados e demais operadores do direito, e, como esteio fundamental, buscando sensibilizar o Governo Federal e as lideranças do Congresso Nacional. Como ressaltado por Fábio Ulhoa Coelho, “o direito comercial está visivelmente isolado no processo de disseminação da argumentação por princípios”,²⁸⁰ e a sua revitalização depende, hoje, da “enunciação, exame e difusão dos princípios desta área jurídica”.²⁸¹

²⁷⁷ PLS 467/2013. Art. 26.

²⁷⁸ PLS 467/2013. Art. 32.

²⁷⁹ PLS 467/2013. Art. 37.

²⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p.16.

²⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*, op. cit., p.14.

5 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E O AGRAVAMENTO DA CONFUSÃO DOGMÁTICA

Em termos de problemas estruturais, a demonstração, cabal, definitiva, da inconsistência normativa e das contradições, claramente observadas, na regulação da empresa pelo Código Civil, resultou da tentativa de imposição, pela ideologia neoliberal que passou a dominar o Governo Federal, de um pretense e idílico regime de liberdade econômica, na forma da Medida Provisória 881/2019, convertida na Lei 13.874/2019. Essa lei, denominada, de modo pomposo, como “Declaração de direitos de liberdade econômica”, não passa de vã tentativa, desvirtuada e inútil, de forçar uma reinterpretação das normas da Constituição a partir de dogmas liberais antigos, defendidos pelas teorias superadas dos austríacos Ludwig von Mises e Friedrich Hayek. A Medida Provisória 881/2019, elaborada por ideólogos “iluminados”, e sem compromisso e nenhum respeito com o rigor das regras gramaticais e da técnica legislativa, é reveladora da completa dissociação desses redatores diante do regime normativo da empresa, tanto do regime da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, como da regulação da empresa pelo infausto Código Civil.

Ora, a concepção purista do legislador do Código Civil de 2002, como aqui criticamos, difere e afasta a distinção entre contrato civil e contrato empresarial ou mercantil. O contrato de consumo sequer é previsto no Código Civil. Segundo a concepção civilista, todos os contratos são civis e também civil é o seu regime dogmático-normativo. De modo incongruente e desavisado, para a concepção purista adotada pelo regime dos contratos civis, a Lei 13.874/2019 introduziu o art. 421-A no Código Civil, dispondo que “[o]s contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Mas onde estão, além dessa referência normativa, os contratos empresariais no Código Civil? A resposta é simples, objetiva e direta: em lugar algum! Não existe contrato empresarial ou mercantil na dogmática civilista. Do mesmo modo que a histórica figura da sociedade comercial, os contratos mercantis foram banidos pelo sistema neutro, amorfo, indeterminado e indeterminável, do Código de 2002.

São essas, além de outras, as omissões e contradições que encontramos - e sempre enfatizamos - na defasada legislação civilista da empresa, do modo como regulada por um Código Civil. A situação do Brasil, cabe destacar, é diferente da experiência legislativa da Argentina, que promulgou, em 2014, um Código Civil e

Comercial, reunidos em um único diploma. O Código argentino, além de regular as relações de consumo, como regime contratual próprio e específico, define diversas modalidades de contratos comerciais, disciplinando tipos contratuais específicos, como, por exemplo, os contratos bancários, de concessão comercial, de franquia e faturização. Com efeito, o Código argentino reconhece, como fontes de interpretação e integração normativa dos contratos mercantis, *“los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional”*.

Em reprivatização histórica da norma revogada do art. 131 do Código Comercial de 1850, o art. 113 do Código Civil de 2002, veio a ser, contraditoriamente, alterado pela reforma neoliberal da Lei 13.874/2019. A nova redação do art. 113 do Código Civil passou a estipular, como regra de interpretação das cláusulas dos contratos, que essa deve “corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio” e ao “comportamento das partes posterior à celebração do negócio”. Tais regras de interpretação são aquelas que sempre foram aplicáveis, historicamente, aos contratos mercantis regulados pelo Código de 1850, isto é, às relações de mercado, antes denominados atos de comércio. E assim, essa “declaração de direitos de liberdade econômica”, de nítida inspiração neoliberal e contrária à intervenção do Estado na atividade empresarial, nada mais fez do que restaurar velhos princípios aplicáveis à interpretação dos contratos mercantis, postos e consagrados desde o Código Comercial Francês de 1807. E o regime comercialista codificado, sem embargo, vale destacar, representa a antítese do dogma liberal da desregulamentação da atividade empresarial.

No campo do direito societário, a Lei 13.874/2019, em aparente evolução do regime de regulação da sociedade limitada, veio a inserir uma nova subespécie adotada desde 1986 na Europa, denominada sociedade limitada unipessoal. Cabe ressaltar, de logo, que a redação dos dois únicos parágrafos inseridos no art. 1.052 do Código Civil, ao permitir a criação da sociedade limitada unipessoal, é sofrível, de péssima composição, tanto jurídica quanto gramaticalmente. A norma apenas prescreve que uma sociedade

limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas.²⁸² Além de nada disciplinar ou definir acerca dos procedimentos necessários à constituição e transformação da sociedade limitada unipessoal, o Departamento de Registro de Empresas e Integração – DREI, órgão federal de coordenação técnica das Juntas Comerciais, passou a entender, em interpretação absurda quanto aos efeitos da Lei 14.195/2021, que teria ocorrido a revogação, tácita, do artigo 980-A do Código Civil, que regulava a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI.

Na redação original da Medida Provisória 1.040/2021, que teve por objetivo dispor sobre a facilitação na abertura de empresas, nada constava sobre a extinção da EIRELI e da sua transformação compulsória em sociedade limitada unipessoal. Por obra e graça da incompetência ou ignorância do legislador, o projeto de conversão da MP 1.040/2021, com a complacência dos ideólogos iluminados do então Ministério da Economia do Governo Federal, passou a obrigar a transformação compulsória de todas as EIRELI existentes no país em sociedade limitada unipessoal.²⁸³ Ocorre, contudo, que a proposta do relator do projeto de conversão dessa MP 1.040/2021, que resultou na Lei 14.195/2021, prevendo a revogação integral do art. 980-A do Código Civil, foi objeto de veto presidencial. Tal situação gerou autêntico Frankenstein jurídico: a EIRELI permaneceu existindo e regulada pelo art. 980-A do Código Civil, ao mesmo tempo em que a Lei 14.195/2021 obrigou a transformação compulsória da EIRELI em sociedade limitada unipessoal. Seria cômico, se não fosse trágico. Para completar essa ópera bufa, o DREI, através de simples ofício, dirigido às Juntas Comerciais, considerou que o art. 980-A do Código Civil estaria revogado, tacitamente, pela Lei 14.195/2021. E assim foi decretada, de ofício, a extinção das EIRELI. Esse ofício, partindo de interpretação sem a menor consistência hermenêutica, proibiu o arquivamento de novos atos de constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada.²⁸⁴

²⁸² CC 2002. Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. § 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. § 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Redação da Lei 13.874/2019).

²⁸³ Para um governo dominado pela ideologia neoliberal, revela-se totalmente contraditório aceitar e transferir para a vontade unilateral do legislador a escolha do modelo de organização da atividade empresarial, como assim foi ordenado, de modo cogente, compulsório, pelo artigo 41 da Lei 14.195/2021: “As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo”.

²⁸⁴ DREI. Ofício Circular SEI nº 3510/2021/ME. Brasília, 09/09/2021. A todas as Juntas Comerciais. Assunto: Orientações sobre a realização de arquivamentos, diante da revogação tácita da empresa individual de responsabilidade limitada constante do inciso VI, do art. 44 e do art. 980-A e parágrafos, do Código Civil, com o advento da Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021 (...). “Imperioso concluir que o veto realmente não objetivava suprimir a extinção da Eireli, tanto que o art. 41 foi mantido. Não se pode olvidar, entretanto, que a permanência, no Código Civil, do inciso VI do art. 44 e do art. 980-A e parágrafos, pode ensejar insegurança jurídica e interpretações dúbias, razão pela qual o DREI, no âmbito de suas competências legais, já elaborou proposição de Medida Provisória para que os dispositivos supracitados sejam expressamente revogados”. Nas considerações finais desse ofício, o DREI determina às Juntas Comerciais dos Estados da Federação “[a]bster-se de arquivar a constituição de

De modo algum ocorreu, nesse caso, a revogação tácita do art. 980-A do Código Civil. Tal raciocínio é tanto equivocado como totalmente impertinente. A intenção atabalhoada do legislador foi, em primeiro lugar, extinguir a figura da EIRELI e, em segundo lugar, determinar a substituição, compulsória, de todas as empresas individuais limitadas em sociedades limitadas unipessoais. Ora, se a norma que regula a EIRELI não foi revogada, por ter sido a proposta vetada no ato da sanção da Lei 14.195/2021, a causa para a transformação compulsória deixou de existir. Aplica-se à hipótese, portanto, o clássico brocardo romano: “*cessante causa, tollitur effectus*” (cessando a causa, elimina-se o efeito). De flagrante ilegalidade, o ofício do DREI decretando a extinção da EIRELI não resiste ao menor teste de validade, inclusive porque o inciso VI do art. 44 do Código Civil, que elenca essa espécie híbrida como pessoa jurídica de direito privado, também não foi revogado.²⁸⁵

A Lei 13.874/2019, além de outros erros grosseiros, gramaticais, de técnica legislativa e conceituais, contém, em vários dispositivos, normas inconstitucionais, em obtusa violação aos princípios da ordem econômica prescritos pelos artigos 170 e 174 da nossa Lei Maior. Esses dispositivos da Constituição definem a vinculação e estruturação das relações de mercado, respeitando os princípios, dentre outros, da função social da empresa, de defesa do consumidor, da proteção ambiental e da função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. A existência dessa legislação baseada apenas na retórica neoliberal, em confronto com as normas constitucionais reguladoras da ordem econômica, provocará, como adverte Gilberto Bercovici, situação de maior incerteza e insegurança jurídica, principalmente perante investidores estrangeiros.²⁸⁶

Na opinião, sempre lúcida e objetiva, de Ana Frazão, a Lei 13.874/2019 investe contra o regime constitucional da ordem econômica, subvertendo a hierarquia das leis e pretendendo impor uma liberdade de empresa idílica, utópica, que jamais existiu no sistema capitalista:

“Confundindo desburocratização com desregulação e partindo da equivocada ideia de que mercados podem existir sem direito e sem Estado, a Lei de Liberdade Econômica foi plasmada a partir da intenção de ajustar o Brasil aos chamados

novas empresas individuais de responsabilidade limitada, devendo o usuário ser informado acerca da extinção dessa espécie de pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e sobre a possibilidade de constituição de sociedade limitada por apenas uma pessoa”.

²⁸⁵ Lei 14.382/2022, art. 20, inciso VI. Revogou e extinguiu, em definitivo, o regime da EIRELI.

²⁸⁶ “A Lei nº 13.874/2019 contém inúmeros dispositivos inconstitucionais, sem relevância concreta, inócuos e com claro viés ideológico, ademais de apresentar técnica legislativa deficiente, com falta de clareza e concisão. Sua aprovação certamente trará graves consequências para o ordenamento jurídico e para a economia do país, gerando incertezas, desorganização e forte insegurança jurídica” (BERCOVICI, Gilberto. *As inconstitucionalidades da Lei da Liberdade*

índices e métricas internacionais de liberdade econômica, sem qualquer reflexão crítica sobre a idoneidade de tais índices e mesmo o seu cabimento diante das peculiaridades nacionais” (...) “Todavia, o que é mais grave, a Lei de Liberdade Econômica adota a compreensão de liberdade econômica a partir das concepções do liberalismo econômico, que não apenas são parciais, enviesadas e reducionistas, como desconhecem por completo a ordem econômica constitucional brasileira”.²⁸⁷

Diante das disposições contraditórias da Lei nº 13.874/2019, cabe neste ponto indagar e questionar, como bem assim fez Ana Frazão: a quem essa pretensa liberdade econômica beneficiará? Liberdade econômica para quem? Para os grandes bancos e cartéis? Para as empresas monopolistas, inclusive as gigantes internacionais de tecnologia? Para as grandes empresas franquadoras, montadoras, redes atacadistas e distribuidores, nas suas relações com as médias e pequenas empresas dependentes? Sem embargo, a adoção de uma política de liberalização e desregulamentação do mercado, a partir de falsos indicadores, deverá provocar consequências nefastas para a economia e, principalmente, para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, dos consumidores, trabalhadores e da sociedade brasileira,²⁸⁸ que irão suportar as crises que sempre resultam da supressão de normas de controle, como ocorreu com a crise do sistema financeiro e imobiliário norte-americano em 2008.

Fábio Ulhoa Coelho, na sua tese de doutorado, afirmava e continua afirmando que “o capitalismo é um sistema econômico de crises periódicas e injustiças permanentes”.²⁸⁹ Esse raciocínio, inegavelmente inatacável diante da realidade, reflete o discurso de John Maynard Keynes na crítica ao capitalismo financeiro e rentista, cujas atividades predominantemente especulativas, imunes ao controle estatal, terminam por provocar crises e períodos recessivos.²⁹⁰

De modo ousado, mas respeitando, como ele próprio propugna, as ideias opostas e as concepções neoliberais, Fábio Ulhoa Coelho - que não é marxista, frise-se, mas pensador -, mantém sua posição crítica aos abusos do capitalismo, sustentando, diante das características de cada economia local, que o Estado deve exercer, em maior ou

Econômica. In SALOMÃO, Luiz Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas, e FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 149).

²⁸⁷ FRAZÃO, Ana. *Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social*. In SALOMÃO, Luiz Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas, e FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*, op. cit., p. 91.

²⁸⁸ “É por essa razão que, longe de nos levar a um crescimento sustentável, associado igualmente a ideias contemporâneas de desenvolvimento, a implementação dos valores propostos pela Lei de Liberdade Econômica e por outros diplomas legislativos que seguem o mesmo caminho pode nos levar a uma total subversão dos princípios constitucionais, com efeitos nefastos não apenas sobre o crescimento econômico e sobre o empreendedorismo, mas, sobretudo, sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos brasileiros” (FRAZÃO, Ana. *Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social*., op. cit., p. 91).

²⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: Ensaio de epistemologia jurídica*, cit., p.123.

²⁹⁰ KEYNES, John Maynard. *O Fim do Laissez-Faire*. In: *A grande crise e outros textos*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2009, p. 95.

menor grau, a regulação da atividade econômica.²⁹¹ Para Fábio Ulhoa Coelho, a ordem econômica regulada na Constituição de 1988 já seria de índole liberal, na medida em que garante a livre exploração da empresa. Mas para tudo existe um limite. Nenhuma lei que viole os princípios e regras de defesa do consumidor, de proteção ambiental e da função social da propriedade, pode ser considerada válida e eficaz diante dos ditames constitucionais estruturantes da ordem econômica.²⁹²

No direito brasileiro, desde a Constituição do Império de 1824, jamais, em momento algum da nossa história, a liberdade de indústria e de comércio esteve limitada pela legislação mercantil. O Brasil sempre foi conhecido como um país de mascates e de economia informal. A existência de normas administrativas restritivas para a instalação ou localização de empresas, em razão de limitações urbanísticas, sanitárias, de proteção contra acidentes ou ambientais, nada tem a ver com a impossibilidade ou restrição ao exercício das atividades empresariais, do modo como são protegidas e reguladas, por expressa previsão constitucional, na legislação comercial. Os falsos argumentos retóricos brandidos pelos neoliberais radicais, em defesa da liberdade econômica, quando transpostos, de modo redundante, pela Lei 13.874/2019, não apresentam nada, absolutamente nada, de inovador. Resumem-se, pura e simplesmente, a mera reprodução de velhas máximas e princípios de proteção ao livre comércio, consagrados desde o século XVIII, ou seja, há mais de 200 anos atrás, ainda na época do Visconde de Cairu.

“Deve-se evitar o que é prejudicial ao comércio e a quem os sustenta (1751);

Devem-se facilitar ao comércio meios para florescer e dilatar-se (1755);

Do comércio dependem a estabilidade de cada um em particular e o bem público do Estado (1757);

Os comerciantes bons e louváveis merecem ser animados pela proteção do Príncipe, da qual são indignos os contrabandistas (1757);

O comércio civiliza as nações, enriquece os povos e constitui poderosas as Monarquias, que se arruinam com a sua decadência e abatimento de cultura; mas

²⁹¹ “Independentemente de se considerar marxista ou não a postura, não é contraditório prestigiar, reproduzir, atualizar e aprofundar a crítica ao capitalismo iniciada em Marx e, ao tratar da eficiência econômica no cenário da aparente invencibilidade deste modo de produção, defender a pertinência de menos Estado e mais liberdade de iniciativa e competição em determinados contextos específicos” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: Ensaio de epistemologia jurídica*, op. cit., p.125).

²⁹² “Ao delinear o perfil da ordem econômica com o traço neoliberal, a Constituição, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente desrespeita. (...) A natureza neoliberal da ordem econômica prevista pela Constituição não tem, entretanto, tal extensão. A equiparação, em importância, da livre-iniciativa e dos valores normalmente desconsiderados pelo empresário egoísta (a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a função social da propriedade etc.) apenas afasta a possibilidade de edição de leis, complementares ou ordinárias, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*, vol. 1, op. cit., p. 215-217).

é preciso que nele se pratique com mútua fidelidade. *A alma do comércio consiste na liberdade*” (1758).²⁹³

6 O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2024: NADA ESTÁ TÃO RUIM QUE NÃO POSSA PIORAR

Mas como “nada está tão ruim que não possa piorar”, como dito pelo famoso brocardo popular, o anteprojeto de reforma do Código Civil, elaborado em 2024 pela comissão de juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal, além de não corrigir as distorções e contradições do regime da empresa, que relacionamos e justificamos, de modo exemplificativo, neste artigo, consegue dificultar ainda mais a aplicação das normas reguladoras da atividade empresarial.

Sem embargo, a partir da análise das normas que definem e disciplinam a atividade empresarial no Brasil, observamos que, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os procedimentos para a criação e revisão dos atos constitutivos das empresas, tanto individuais como em sociedades, tornaram-se bem mais complicados. O problema inicial que resultou da legislação civilista da empresa demonstrou-se evidente, principalmente, diante da complexidade da regulação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o principal tipo societário em uso no país. Tal afirmação encontra aderência e constatação, na prática, e é demonstrada, em razão do grande número de instruções normativas e manuais editados, modificados e revogados pelo DREI, com a finalidade de orientar a interpretação e instrução dos processos societários perante as Juntas Comerciais dos Estados.²⁹⁴

Na opinião da doutrina comercialista majoritária, o mais importante, absolutamente fundamental, era que todo o Livro II do Código Civil de 2002, que tem por objeto a regulação da empresa, do art. 966 ao art. 1.195, fosse integralmente revogado. Com a revogação integral do regime civilista da empresa, seria assim restaurada a autonomia, a independência científica e a dignidade do direito comercial, do modo como aqui propugnamos.

Isso porque, ao ser revogada e afastada a legislação civil generalista, passará a prevalecer, dogmaticamente, no regime jurídico da empresa, codificado ou não, a concepção especializada e estruturalista, baseada na cooperação dos agentes econômicos. Esses agentes empresariais, em conformidade com os princípios e diretrizes

²⁹³ Alvarás do século XVIII, do Reino de Portugal.

constitucionais, deverão atuar de modo a cumprir os objetivos de desenvolvimento econômico e social reclamados por todos, princípios esses ignorados pelo regime civilista da empresa. Todavia, de modo contraditório, o presidente do Senado Federal veio a nomear e constituir comissão de juristas com a missão de elaborar um anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002, em relação a todos os livros, inclusive do Livro II, que regula o Direito de Empresa.²⁹⁵

As atrocidades legislativas que estão a ser cometidas contra o já combalido regime do direito de empresa do Código Civil de 2002, por parte do governo neoliberal que se instalou em 2019, em especial nas mudanças impostas pela Lei 13.874/2019, intitulada, “Lei da Liberdade Econômica”, e também pelas Leis 13.792/2019, 14.030/2020, 14.193/2021 e 14.195/2021, transformaram a disciplina jurídica da empresa, no nosso sistema de direito positivo, em uma colcha de retalhos, desprovida de conexão lógica, confusa, quase ininteligível. De difícil compreensão para os juristas e estudiosos, demonstra-se inacessível, muito mais ainda, aos empresários, justo aqueles que são os principais destinatários dessas normas.

A reforma do direito de empresa proposta não é pontual. É ampla, pois vem a modificar mais da metade dos artigos do Livro II. Dos atuais 229 artigos do direito de empresa, o projeto modifica 104 artigos, além de revogar outros 25 dispositivos, o que representa uma mudança em 129 artigos. A reforma vai além, pois em matéria de contratos, foram modificados 42 artigos da parte geral dos contratos (artigos 421 a 480), e mais 158 artigos que regulam os contratos em espécie (arts. 481 a 853).

Na Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal, apenas 4 dos 35 membros eram comercialistas, da área acadêmica e profissional.²⁹⁶ Logo, a maioria dominante era composta por civilistas, que assim decidiam, na votação, de acordo com a orientação dos relatores gerais, todos civilistas. Tal desproporção fez com que

²⁹⁴ Departamento de Registro de Empresas e Integração – DREI; Instruções Normativas regulando o regime de registro de arquivamento dos atos das sociedades limitadas – (i) IN DREI 10/2013 (Revogada pela IN DREI 38/2017); Alterada pela IN DREI 26/2014; (ii) IN DREI 21/2014 (Revogada pela IN DREI 38/2017): Altera o art. 2º da IN 10/2013; (iii) IN DREI 22/2014 (Revogada pela IN DREI 38/2017): Altera o art. 2º da IN 10/2013; (iv) IN DREI 26/2014 (Revogada pela IN DREI 38/2017): Altera os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima aprovados pela IN 10/2013; (v) IN DREI 38/2017 (Revogada pela IN DREI 81/2020): Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima; (vi) IN DREI 38 (Revogada pela IN DREI 81/2020); (vii) IN DREI 47/2018 (Revogada pela IN DREI 81/2020); (viii) IN DREI 54/2019 (Revogada pela IN DREI 81/2020): Altera o Manual de Registro de Sociedade Limitada, aprovado pela Instrução Normativa DREI 38/2017; (ix) IN DREI 58/2019 (Revogada pela IN DREI 81/2020): Altera o Manual de Registro de Sociedade Limitada, aprovado pela Instrução Normativa DREI 38/2017; (x) IN DREI 63/2019 (Revogada pela IN DREI 81/2020): Altera a Instrução Normativa DREI 15/2013, e o Manual de Registro de Sociedade Limitada, aprovado pela Instrução Normativa DREI 38/2017.

²⁹⁵ Ato do presidente do Senado Federal nº 11/2023.

²⁹⁶ Paula Andrea Forgioni (USP), Daniel Carnio Costa (PUC-SP), Moacir Lobato de Campos Filho (PUC-MG) e Flávio Galdino (UERJ).

várias propostas da comissão de direito de empresa fossem desconsideradas e mesmo modificadas pelos relatores gerais, Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery.

A primeira modificação de relevância foi inserida no próprio conceito de empresa, conceito esse que não estava previsto no art. 966 do Código de 2002. Nesse artigo constava o conceito de empresário, titular da firma individual,²⁹⁷ e não da empresa em si. De modo inadvertido e incongruente, o projeto altera o conceito do artigo para abranger definição mais ampla, aquela relativa à empresa,²⁹⁸ quando a própria topografia do dispositivo trata, no Título I (Do Empresário), pessoa física, identificado no Capítulo I (Da caracterização e Inscrição) como empresário individual. Equívoco grosseiro, cuja explicação em nada justifica a modificação do conceito, pois a sociedade dita empresária somente vai ser referida e regulada a partir do art. 982 do Título II – Da Sociedade.²⁹⁹

Essa alteração do art. 966 do Código Civil de 2002 demonstra a desconexão do projeto de reforma com a teoria da empresa importada do Código da Itália de 1942. Na verdade, como explicado pela melhor doutrina,³⁰⁰ o conceito de empresa é aquele adotado pelo art. 2082 do Código italiano e reproduzido no art. 966 do nosso Código. Nada tem a ver com “organização dos fatores de produção”, conceito esse inerente ao estabelecimento,³⁰¹ nem com atividade de “circulação de riquezas”, mas sim com “produção e circulação de bens e de serviços”.

Também, de modo incoerente e contra sistemático, diante do caráter da desmercantilização da atividade empresarial imposta pelo legislador do Código de 2002, o projeto de reforma inseriu um novo dispositivo, o art. 966-A, tratando de regras interpretativas aplicáveis ao direito de empresa, fazendo referência a conceitos impróprios ao regime da empresa no Código Civil, como “empreendedorismo”, “desenvolvimento dos

²⁹⁷ CC 2002. Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

²⁹⁸ Projeto de reforma do CC Senado. Art. 966. Considera-se empresa a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação de riquezas, com escopo de lucro, em prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano. § 1º Exercem atividade empresarial o empresário e a sociedade empresária.

²⁹⁹ Senado Federal. Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Sobre o conceito de empresa, propôs-se a superação da definição inspirada no Código Italiano de 1942, focada na figura do empresário. Na redação ora sugerida para o art. 966, privilegiou-se a empresa como organização de fatores de produção, exercida de forma profissional e com vistas à produção e circulação de riquezas com escopo de lucro, independentemente de quem a exerce (empresário ou sociedade empresária)” Comissão Direito de Empresa, p. 292.

³⁰⁰ “Va, innanzi tutto, notato che dall’esame della dottrina si evince che il concetto di imprenditore delineato nell’art. 2082, ed ovviamente quello d’impresa, con i suoi caratteri fondamentali rimane ancor oggi sostanzialmente saldo nelle sue connotazioni fondamentali, che – à quasi superfluo ricordarlo – sono (i) l’esercizio effettivo dell’attività produttiva di beni o di servizi, (ii) la professionalità, e cioè che tale esercizio non costituisca un fatto episodico od occasionale, ma abbia i caratteri dell’abitudine; e (iii) l’organizzazione dei fattori produttivi e cioè del capitale e del lavoro” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’Impresa - Trattato di Diritto Commerciale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 14).

³⁰¹ CC 2002. Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

negócios”, “capital humano”, “livre concorrência”, “preservação da empresa”, “usos, práticas e costumes”, enfim, de elementos estranhos à terminologia original.³⁰²

No campo do direito contratual, a proposta de nova redação do art. 421 do Código Civil, ao inserir no parágrafo segundo que “a cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito”, é absurda, juridicamente incompreensível e nega que seja invocado, na prática, o milenar princípio do direito romano “*pacta sunt servanda*”. Isso porque, convenhamos, de acordo com a doutrina dominante, o conceito de “função social do contrato” é ambíguo e subjetivo.³⁰³ Qualquer uma das partes, insatisfeita com o modo de execução do contrato ou com a mudança de comportamento na prestação contratual, pode vir a alegar que o hipotético e eventual descumprimento do contrato não estaria atendendo à sua função social. E assim, o contrato seria nulo “de pleno direito”.

Essas e outras propostas de modificação do regime do direito de empresa e dos contratos que podem ser enquadrados como mercantis ou interempresariais, pelo projeto de reforma do Código Civil do Senado, estão sendo vistos com enorme preocupação pela comunidade acadêmica de um modo geral, tanto da doutrina civilista como no âmbito do direito comercial. A extensão da reforma, ao modificar mais da metade das normas do Código Civil de 2002, não se justifica diante do relevante papel da jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que vem consolidando a correta e adequada interpretação das suas normas, que não merecem ser alteradas em um ambiente estável e sem nenhuma necessidade imediata e visível que exija atualização normativa dessa envergadura.

A reforma do Código Civil, que vem sendo promovida a “toque de caixa”, na expressão da Professora Judith Marques Costa,³⁰⁴ além das normas polêmicas introduzidas, muitas sem qualquer referencial doutrinário, jurisprudencial ou histórico, mas para suprir necessidades interpretativas ocasionais e passageiras, não contém hipóteses, casos e exemplos que justifiquem mudança tão radical. Essa mudança, com efeito,

³⁰² Projeto de reforma do CC Senado. Art. 966-A. As disposições deste Livro devem ser interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país, observados os seguintes princípios: I - da liberdade de iniciativa e da valorização e aperfeiçoamento do capital humano; II - da liberdade de organização e livre concorrência, da atividade empresarial, nos termos da lei; III - da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública; IV - da autonomia patrimonial, das pessoas jurídicas, conforme seu tipo societário; V - da limitação da responsabilidade dos sócios, conforme o tipo societário adotado, nos termos legais; VI - da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social; VII - da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública; VIII - da preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica; IX - da observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito; X - da simplicidade e instrumentalidade das formas.

³⁰³ LOBO, Paulo Luís Netto. *Direito Civil*. Volume 3. *Contratos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 158.

³⁰⁴ COSTA, Judith Marques. *Preocupante, reforma do Código Civil pode trazer insegurança e litigiosidade*. Folha de São Paulo, 14/04/2024.

representará não uma reforma, mas um novo Código Civil, apesar do vigente ter apenas pouco mais de vinte anos de regulação e interpretação jurisprudencial. Na definição do seu plano de existência, em comparação com os países europeus, o Professor António Menezes Cordeiro, da Universidade de Lisboa, a ele se referiu, ao nosso Código de 2002, como um “Código-bebê”.³⁰⁵

Para demonstrar que a pressa sempre será inimiga da perfeição, cabe transcrever, aqui, a prova de que a redação dada ao projeto de reforma do Código Civil, em vários artigos, não foi objeto de revisão pela relatoria, e tampouco preza pela necessária atenção na conferência, desrespeitando tanto a gramática como a técnica legislativa básica. Por exemplo, no projeto apresentado ao Senado, o art. 1.072 do Código Civil, ao tratar do modo de deliberação dos sócios nas sociedades limitadas, caso essa redação não seja oportunamente corrigida, assim deverá passar a dispor no seu § 7º: “Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato social, o mesmo disposto que se aplica às reuniões”.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e Teoria dell'Impresa*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM, São Paulo: Malheiros, nº 114, abril-junho 1999.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: RT, nº 104, outubro/dezembro 1996.

BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do Direito Mercantil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 68, n. 2, 1973.

BERCOVICI, Gilberto. *As inconstitucionalidades da Lei da Liberdade Econômica*. In SALOMÃO, Luiz Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas, e FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BUONOCORE, Vincenzo. *L'Impresa - Trattato di Diritto Commerciale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

CAMPINHO, Sergio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. Palestra proferida na Faculdade de Direito do Recife, em 26/08/2024, em evento do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP. Registro nos anais.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 20ª edição. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Direito e poder: Ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Princípios do direito comercial, com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50, abril/junho 1983.

_____. *Projeto de Código Civil*. In: *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Judith Marques. *Preocupante, reforma do Código Civil pode trazer insegurança e litigiosidade*. Folha de São Paulo, 14/04/2024.

FIGUEIREDO, Ivanildo. *Teoria crítica da empresa*. São Paulo: Editora IASP, 2018.

FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRAZÃO, Ana. *Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social*. In SALOMÃO, Luiz Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas, e FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa - Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

KEYNES, John Maynard. *O Fim do Laissez-Faire*. In: *A grande crise e outros textos*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2009.

LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1963.

LOBO, Paulo Luís Netto. *Direito Civil*. Volume 3. *Contratos*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª edição. Volume I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.

REQUIÃO, Rubens. *Projeto de Código Civil. Apreciação Crítica sobre a Parte Geral e Livro I (Das Obrigações)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 477, 1985.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1934.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

**DIÁLOGOS DO DIREITO COM
OS DESAFIOS TECNOLÓGICOS
DO USO E CIRCULAÇÃO DE
VEÍCULOS AUTÔNOMOS: DO
“DILEMA DO BONDE” ÀS
DECISÕES (DES)FUNCIONAIS
DE AUTODIREÇÃO**

Jones Figueirêdo Alves

DIÁLOGOS DO DIREITO COM OS DESAFIOS TECNOLÓGICOS DO USO E CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS AUTÔNOMOS

Do “dilema do bonde” às decisões (des)funcionais de autodireção.³⁰⁶

DIALOGUES BETWEEN LAW AND THE TECHNOLOGICAL CHALLENGES OF THE USE AND CIRCULATION OF AUTONOMOUS VEHICLES

From the “trolley dilemma” to (dys)functional self-driving decisions

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Emérito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Também é membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC).

Sumário: 1. § Introdução 2. § “O dilema do bonde” e seu significado atual. 3. § As configurações programadas. 4. § Chancela geral e abstrata? 5. § Responsabilidade civil e Inteligência Artificial. 6. § Os sujeitos principais. 7. § Os sujeitos secundários ou eventuais. 8. § Uma legislação em construção. Os normativos pontuais. 9. § Privacidade e automação. 10. § “e-persona”: A personalidade jurídica dos carros autônomos. 11. § O futuro da mobilidade autônoma. 12. § Conclusões.

RESUMO

O grande debate jurídico desta nova década situa-se sobre os veículos autônomos de direção e controle inteligentes, capazes de circular em no trânsito urbano ou em rodovias, usando mecanismos de interação através de “softwares” sofisticados. Certo que motoristas ao guiarem seus veículos estão sujeitos a sono, raiva, distração, pressa, falhas mecânicas, imperícia e interferência de terceiros. Ao preferirem serem transportados por um VA estarão se colocando como passageiros, e, portanto, limitando as causas de possíveis acidentes às falhas mecânicas e a interferência de terceiros. Partindo desta premissa podemos entender que para um software o “dilema do bonde” estará resolvido, posto que não caberá ao humano no calor da emoção tomar decisões equivocadas, a própria Inteligência Artificial realizará os cálculos e executará a manobra que causar menor dano considerando a vontade do motorista de sobreviver. Mostra-se necessária atenção aos limites éticos da configuração dos softwares do carro autônomo que poderá ser visto como um terceiro interveniente no sistema viário e, portanto, sujeito de direitos e responsabilidades. Diante desse quadro inevitável é que se propõe o debate acerca da responsabilidade dos diversos personagens envolvidos na construção desse futuro que se vislumbra cada vez mais próximo.

³⁰⁶ O presente artigo foi publicado originalmente no exterior, integrando a obra “Temas de Direito dos Transportes”, Vol. V; coordenada pelo Prof. Doutor M. Januário da Costa Gomes; lançada em Lisboa, pela Editora Almedina (2020).

ABSTRACT

The major legal debate of this new decade is about the autonomous vehicles of intelligent direction and control, capable of circulating in urban traffic or on highways, commanded by algorithms through sophisticated "software". It is certain that drivers when in their vehicles are subject to sleep, anger, distraction, haste, mechanical failures, malpractice and interference from others. By choosing to be transported by a VA you will be placing yourself as a passenger, and therefore limiting the causes of possible accidents to mechanical failures and external interferences. Based on this premise, we can understand that for a software, the "trolley problem" will be solved, since it will not be the human emotions in the heat of the moment that will make the wrong decisions. Artificial Intelligence itself will perform the calculations and the maneuver that causes the least damage considering the driver's will to survive. It is necessary to pay attention to the ethical limits of the software configuration of the autonomous car that can be seen as a third party in the road system and, therefore, subject to rights and responsibilities. About this inevitable scenario, the debate about the responsibility of the characters involved in the design of this future closer is proposed.

1 INTRODUÇÃO

O grande debate jurídico desta nova década situa-se sobre os veículos autônomos de direção e controle inteligentes. Veículos sem necessidade de postura ativa do motorista ou até sem a sua presença, com controle inteiramente automatizado, serão capazes mediante tecnologia avançada, de circularem no trânsito urbano ou em rodovias, usando mecanismos de interação através de "softwares" sofisticados.³⁰⁷

Os "veículos autônomos" (VAs), assumirão, em breve tempo, presença predominante na circulação de pessoas e coisas (cargas), impactando, substancialmente, nas relações jurídicas dos transportes, com reflexos em questões éticas, de responsabilidade civil e de privacidade.

Antes de mais, há quem sustente que "o futuro dos transportes é a ausência do condutor"³⁰⁸, ou seja, a circulação de veículos sem, sequer, "*um assistente de segurança*"³⁰⁹ a bordo.

Diversas repercussões jurídicas podem ser colocadas em análise, diante dos novos e futuros modelos de veículos inteligentes que pensarão por si mesmos, dispensando o agir humano e assumindo decisões preordenadas. Muitas dessas suscetíveis de não serem as melhores, porquanto determinadas situações de risco ou de acidentes iminentes exigirem opções decisórias sob o relevo da ponderação humana em

³⁰⁷ Seu protótipo foi concebido pela montadora General Motors (GM) o apresentando na Feira Mundial de Nova York, em 1939: um sistema de automação dos veículos para correção de falhas humanas de direção.

³⁰⁸ Hannah Fry, matemática britânica da University College London, em sua obra "Hello World – How to Be A Human in the Age of the Machine" (2018).

trato específico da dinâmica de cada evento, da sensibilidade moral do decisor e dos reclamos ético-jurídicos.

Dessas discussões surgem inúmeras quebras de paradigmas, merecedoras do enfrentamento de uma legislação aperfeiçoada. Uma delas converge na disponibilidade do veículo autônomo ao seu uso e circulação, anotando-se:

“Veículos autônomos compartilharão muitas características com as atuais empresas transportadoras de passageiros: os fabricantes de VA se envolverão em serviços de transporte, seus serviços estarão amplamente disponíveis ao público e a segurança do passageiro não estará totalmente sob o controle do passageiro. Assim, ao adquirir o veículo (produto) estará também assinando um contrato de transporte (serviço)” (Guilherme Chaves e Elisabete Veiga)³¹⁰

Em contraponto, inúmeros acidentes decorrentes de falhas humanas poderão ser evitados, com a mobilidade inteligente e segura no manejo computadorizado dos veículos, adotadas as velocidades compatíveis, a prevenção e o alerta dos riscos e as avaliações técnicas do trânsito.

2 “O DILEMA DO BONDE” E SEU SIGNIFICADO ATUAL ³¹¹

O dilema moral do bonde desgovernado (“*trolley problem*”) foi referido pela filósofa britânica Philippa Foot (1967)³¹² como um experimento clássico de pensamento filosófico da ética, sob inspiração aristotélica, para um debate de intuições éticas a discutir padrões peculiares ou não de como definimos o certo do errado. A expressão ganhou destaque na literatura anglo-saxã.

Antes, porém, no advento da indústria automobilística, em sua primeira fase (início do século XX), situações dilemáticas no tráfego de veículos automotores já impunham

³⁰⁹ A figura do “*assistente de segurança*” será diferente da do motorista, porque ocuparia, caso presente, posição secundária no manuseio da máquina de circulação de pessoas. A esse respeito, trataremos adiante por ocasião do exame dos sujeitos principais.

³¹⁰ CHAVES, Guilherme Veiga. VEIGA, Elisabeth. Carros Autônomos: liberdade, privacidade, ética e responsabilidade. Web: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326687/carros-autonomos-liberdade-privacidade-etica-e-responsabilidade>.

³¹¹ Sobre o dilema ético-filosófico do bonde: 01. HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21. trad. Paulo Geiger. São Paul: Companhia das Letras, 2018, 1ª ed. 441 p.; pp. 84.; RENDA, Andrea. Ethics, algorithms and self-driving cars – A CFSI of the “trolley problem”. CEPS Policy Insights, n. 02, 2018. Disponível em Web: https://www.ceps.eu/ceps-publications/ethics-algorithms-and-self-driving-cars-csi-trolley-problem/pi-2018-02_renda_trolleyproblem/ Acesso em 10.05.2020; 03. SANDEL, Michael J. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloísa Marias e Maria Alce Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, 350 p.;

³¹² O dilema teve sua introdução na obra de Philippa Foot, “The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect.” Oxford Review 5 (1967): 5–15.

discussões sobre a ação do condutor, envolvendo todas as escolhas possíveis e como tratá-las. Então, em 1915, Kohler concepciona o “*caso do condutor*”, onde problematiza situação de um motorista que tendo seu veículo a se aproximar de um grupo de pessoas, sem tempo hábil para a frenagem do veículo, terá de optar dentre três soluções, a de seguir em linha reta ou desviar para a esquerda ou para a direita, quando, em todas as escolhas, parte das pessoas do grupo será atingida.³¹³

Modernamente, o dilema do bonde desgovernado, em velocidade de quase 100 kms/hora, está entregue à figura do seu motorneiro que, observando cinco operários em pé, nos trilhos, com ferramentas nas mãos, não tem o controle de sua frenagem, mas poderá levá-lo a um desvio, onde há também há um operário, mas apenas um. O dilema será resolvido devendo-se fazer a coisa certa.

A outra versão do dilema aparece na figura de um espectador do bonde desgovernado e não mais do seu condutor, que vendo-o aproximar-se dos cinco operários, sem condições de evitar alcançá-los, percebe ao seu lado, na ponte, um homem corpulento. “Você poderia empurrá-lo sobre os trilhos, no caminho do bonde que se aproxima”, evitando que os cinco operários sejam alcançados, mas o fará na solução do dilema?

Esse dilema tornou-se difundido nas aulas de Michael J. Sandel³¹⁴, depois analisado pelos americanos Judith Jarvis Thompson (1976)³¹⁵ e Peter Unger (1996)³¹⁶, e, agora, ganha sua atualidade tecnológica pelo uso dos veículos autônomos, sob o domínio dos algoritmos³¹⁷, com Yuval Noah Harari (2018).

HARARI reporta-se ao “*dilema do bonde*” epigrafando o exemplo de um veículo autodirigido que se defronta com dois garotos correndo atrás de uma bola e o algoritmo com base em seus “cálculos instantâneos” conclui que para evitar atingi-los fará desvio para a pista oposta e arriscar colidir com um caminhão em sentido contrário. Dentro de tais cálculos, há também “a probabilidade de que o dono do carro – que dorme no banco traseiro – também morra”. E indaga: o que o algoritmo deveria fazer?”³¹⁸

³¹³ ENGLÄNDER, Armin. O Veículo autônomo e o tratamento de situações dilemáticas. In: ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org. e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, pp. 87-108.

³¹⁴ SANDEL, Michael J. Justiça. O que é fazer a coisa certa (No original: “Justice”). Trad. de Heloisa Matias e Maria Alce Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, 1ª ed., 350 p.

³¹⁵ Thomson, Judith Jarvis. “Killing, Letting Die, and the Trolley Problem.” *The Monist* 59, no. 2 (Abril/1976): 204–17.

³¹⁶ Web: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/econ362/hallam/CaseStudies/Trolleys.pdf>

³¹⁷ Os algoritmos, em verdade, antecedem a ciência computacional e o vocábulo tem origem no século IX com os estudos e técnicas do matemático al-Khwārizmi, significando “*Algorismus*”, o processo de cálculos numerais hindu-árabicos. Sobre a literatura dos algoritmos avançados: CHRISTIAN, Brian. GRIFFITHS, Tom. Trad. Paulo Geiger. Algoritmos para viver. A ciência exata das decisões humanas. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, 529 p.; e DOMINGOS, Pedro. O Algoritmo Mestre. Como a busca pelo algoritmo de Machine Learning definitivo recriará o nosso mundo (“The Master Algorithm”). São Paulo: Novatec Editora, 2017, 341 p.;

³¹⁸ A propósito, apud Harari: BONEFON, Jean-François. SHARIFF, Azim. RAWHAN, Iyad. “The Social Dilemma of Autonomous Vehicles”. In: *Science*, vo. 352, n. 6293, pp. 1573-6, 2016.

Esse dilema de tomada de decisão, comum aos humanos e que agora, envolve a Inteligência Artificial, constitui, segundo ele, o “*dilema do bonde*”, assim chamado nos debates filosóficos modernos que referem a um bonde desgovernado (e não a carros autodirigidos)³¹⁹

De efeito, diante das dificuldades atuais de “codificar a ética em números e estatísticas precisos”, resulta claro que os algoritmos filosóficos desse dilema, em seus problemas teóricos e práticos, terão de ser implementados pelas montadoras. Retorna HARARI: (...) ao projetar seus carros autodirigidos, a Toyota ou a Tesla vão transformar um problema teórico da filosofia num problema prático de engenharia”.³²⁰

Os algoritmos de decisões dilemáticas ou os denominados “*algoritmos de acidente*” são, em bom rigor, a primeira questão dos atuais desafios tecnológicos para o direito no emprego dos veículos autônomos. Nesse contexto, cumprirá verificar se os “algoritmos” adotaram critérios racionais que tratem de minimizar os resultados mais graves. A esse propósito, a observação feita por Erick Hilgendorf torna-se precisa e definitiva: “já ficou claro que o desenvolvimento de algoritmos de acidente exigirá considerações éticas e legais fundamentais”.³²¹

Uma plataforma digital está disponibilizada na rede Web para coletar e aferir a perspectiva humana diante de decisões morais adotadas pela inteligência automatizada, como sucede com a empregada pelos carros autônomos. A “*Moral Machine – Human Perspectives on Machine Ethics*” ou a “*Máquina Mora*”, além disso, a) oferece dilemas morais para escolhas do participante da pesquisa, como observador externo, atuando em lugar dos “algoritmos de acidente” existentes; e b) permite que se criem cenários onde diversos usuários possam navegar, compartilhar e discutir os dilemas morais e as soluções.³²²

Induvidoso, portanto, que os algoritmos deverão atender, em todas as hipóteses, diante de situações extremas, os princípios éticos e de mitigação dos riscos e dos danos.

Em resumo: Todo motorista humano quando recebe sua carteira de habilitação deseja nunca se envolver em acidentes e caso se envolva espera que o resultado de suas ações cause o menor dano possível. Certo que motoristas ao guiarem seus veículos estarão sujeitos a sono, raiva, distração, pressa, falhas mecânicas, imperícia e interferência de terceiros. Ao preferirem serem transportados por um VA estarão se

³¹⁹ A propósito, apud Harari: BAUMAN, Christopher W. et al., “Revisiting External Validity: Concerns about Trolley Problems and Other Sacrificial Dilemmas in Moral Psychology (Social and Personality Psychology Compass, v. 8, n. 9, pp. 536-54, 2014.

³²⁰ HARARI, Yuval Noah. 21 Lições.... pp. 86-87. Anota-se, em oportuno, outra importante reflexão sua: “Pela primeira vez na história, você poderá processar um filósofo pelos infelizes resultados de suas teorias, porque pela primeira vez na história, você poderá provar que há uma ligação causal direta entre ideias filosóficas e eventos da vida real.” Eis o “dilema do bonde” atualizado.

colocando como passageiro, e, portanto, limitando as causas de possíveis acidentes às falhas mecânicas e a interferência de terceiros.

Partindo desta premissa podemos entender que para um software o “*dilema do bonde*” estará resolvido, posto que não caberá ao humano no calor da emoção tomar decisões equivocadas, a própria I.A. realizará os cálculos e executará a manobra que causar menor dano. Mais: Não existe humano que em sua consciência execute uma manobra que cause a própria morte ao invés da morte de um transeunte, devido ao instinto de sobrevivência natural. A configuração da IA também irá prever essa vontade do motorista de sobreviver.

Realmente. Em termos de automação automotiva plena, a premissa básica incide na confiança ao uso dos novos veículos pela maior segurança que eles oferecem. Com pertinência aludiu James Bridle:

“A fé na máquina é um pré-requisito para a sua utilização, e isso embasa outros vieses cognitivos que entendem reações automatizadas como inerentemente mais confiáveis que as não automatizadas.

Esse fenômeno é conhecido como viés da automação, que já se observou em vários domínios computacionais, desde softwares de correção ortográfica até pilotos automáticos, em todo tipo de pessoa. O viés da automação garante que daremos mais valor à informação automatizada do que à nossa experiência, mesmo quando ela conflita com outras observações – especialmente quando essas observações são ambíguas”.³²³

3 AS CONFIGURAÇÕES PROGRAMADAS

3.1 Configurações distintas - Os veículos autônomos poderão ter distintas configurações, atinentes aos níveis do controle direto do usuário sobre eles, desde todas as funções ao usuário reservadas ou a dispensa total de tais funções, com a exclusão total do controle, então conferida aos VAs, quanto às rotas de circulação e às tomadas de decisões.

A direção autônoma para a autocondução dos veículos possui diferentes níveis de seu desenvolvimento tecnológico, cujos padrões se acham definidos pela VDA,

³²¹ HILGENDORF, Eric. Direito e Máquinas Autônomas. Um esboço do problema. In: ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org. e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, p. 79

³²² Web: <http://moralmachine.mit.edu/hl/pt>

³²³ BRIDLE, James. A nova idade das trevas. A tecnologia e o fim do futuro. Trad. Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019, 1ª ed., p. 51

associação que congrega os fabricantes de VAs. sediados na Alemanha. Esses padrões se apresentam em seis níveis e são adotados em diversos países europeus e inclusive nos Estados Unidos. Vejamos, segundo o rol disponível³²⁴:

“Nível 0: a direção depende 100% do motorista, no máximo com equipamentos que alertam o condutor.

Nível 1: o veículo é capaz de fazer algumas funções, mas as principais ações ainda dependem do motorista. Se enquadram nessa categoria os veículos equipados com piloto automático adaptativo e frenagem automática anticolisão.

Nível 2: é o padrão no mercado atualmente. Em cenários seguros, o veículo consegue acelerar, frear e se manter dentro de faixas de rodagem. Mas o motorista deve permanecer atento à via todo o tempo para assumir a direção em emergências.

Nível 3: mais avançado oferecido atualmente em um carro de produção (Audi A8), o sistema autônomo é capaz de guiar efetivamente o veículo em certas condições de tráfego. Mas o condutor deve se manter pronto para assumir o controle do veículo quando solicitado.

Nível 4: atualmente em fase de testes, o sistema autônomo de nível 4 assume praticamente todas as funções do condutor. Mas em situações adversas, como mudanças climáticas, a máquina pode solicitar que o motorista assuma os comandos.

Nível 5: dispensa totalmente os motoristas e os comandos manuais, permitindo dar ordens ao veículo por meio de comando de voz, por exemplo”.

Essa variação possível de “*softwares*”, para os diversos níveis interativos entre o homem e a máquina (VAs), inclusive alcançando a questão da *customização* de programas envolve diversos problemas jurídicos relevantes, a partir das tomadas de decisão, isoladas ou não, combinadas ou não, para aferição de responsabilidades nos resultados e/ou consequências delas advindos.

3.2 Tomadas de decisão - Quando a tomada de decisão é preordenadamente do “*software*”, concebe-se, sem maiores esforços da relação de causalidade, que a responsabilidade por acidente envolvendo o veículo autônomo é do fabricante, imputada diretamente a ele, que concebeu o software com suas configurações e falhas ocasionais.

³²⁴ Web: Carros autônomos: conheça os seis níveis de automação. Disponível em: <https://motorshow.com.br/carros-autonomos-conheca-os-seis-niveis-de-automacao/>

Caso, entretanto, a programação possa permitir interação de maior ou menor controle da máquina, por parte do usuário, a responsabilidade poderá ser mitigada em face do fabricante ou partilhada entre ambos, tudo a depender dos níveis de intervenção humana.

Em hipótese adversa, no caso de *customização* dos programas, à conta e risco do adquirente do veículo autônomo, percebe-se, com clareza, que a responsabilidade será do proprietário e/ou condutor. A *customização* tem origem no vocábulo inglês *custom*, significando “feito sob encomenda” ou “elaborado sob medida”, implicando dizer na hipótese em espécie, que a programação do VA será feita de acordo com as preferências pessoais do proprietário.

4 CHANCELA GERAL E ABSTRATA?

4.1 Em linha das variáveis acima referidas, impende refletir, de logo, o questionamento seguinte: deverá haver uma chancela geral e abstrata ao surgimento dos VAs., ou seja, uma concessão livre e irrestrita para a admissibilidade do uso e circulação dos veículos automatizados que confira tal legitimação ao incremento tecnológico, independente de controles prévios?

De saída, percebemos que essas chancelas, abertas ou não, estão atualmente à margem de previsões legais, mais precisamente diante da inexistência legislativa a respeito, no alcance de disciplinar eventuais interesses em conflito: a) o do manejo do bem, produzido e disponível ao transporte, conforme suas configurações e b) o da proteção de terceiros, (inclusive os do passageiro e/ou usuários) em face da circulação dos veículos autônomos.

A necessidade de inibição ou de prevenção de novas causas legitimadoras de danos, suscita a presente problematização, colocando-se a ética como instrumento condutor que deverá reger e harmonizar os interesses, sejam os do transportado, sejam os de terceiros representativos da coletividade. O “*dilema do bonde*”, aqui mais uma vez, é lembrado.

4.2 A exigência de diligência máxima por parte do condutor, comum nas codificações civis europeias a estruturar a responsabilidade civil por acidentes de trânsito, ganha maior relevo quando torna obrigatória a seguridade por contratos de seguros privados, a exemplo da Itália, como alude Anderson Shreiber³²⁵

³²⁵ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231.

Não há negar que esse modelo de seguridade italiano, com maior identidade de razões, deve ser aplicado aos veículos autônomos, quando o condutor não dispõe de nenhum ou quase nenhum controle sobre a máquina, a refletir a conveniência reparatória instantânea por via do seguro.

Em idêntico viés, tem sido defendido um sistema de seguro de responsabilidade civil, daqueles que empreendam os novos inventos, a servir de garantia quanto a consequências lesivas de novas aplicações tecnológicas, servindo a um só tempo também como garantia do desenvolvimento da atividade de tecnologia, enquanto, de fato, não se identificam os limites dos riscos e dos potenciais danos.

De todo modo, a queda da sinistralidade será um fato de manifesta perspectiva, considerando que os erros humanos na provocação dos acidentes são, significativamente, maiores que as eventuais falhas dos sistemas automatizados.

Enquanto a tecnologia dos VAs não receber o tratamento legal adequado e objetivo, no tocante às normas de transportes e de responsabilidade civil incidentes sobre o fabrico, o uso e a circulação deles; desafios são atualmente lançados à experimentação judiciária, quando os tribunais terão de valer-se, unicamente, das leis atualmente vigentes.

Em outras palavras, as decisões judiciais serão aplicáveis, outrossim, segundo regras de experiência máxima, “com autonomia face aos eventos singulares de cuja observação eles foram retirados e a outros casos a que se pretenda aplicá-los,”³²⁶ com equipotência aos semelhantes fatos resolvidos pela legislação de trânsito vigente e pelas normas gerais de responsabilidade civil.

4.3 Precisamente no ponto, esse novo modelo legal de responsabilidades tecnológicas necessita ser trabalhado, no enquadramento da descoberta e revelação das ilicitudes e/ou dos danos. A um, estando em causa a presunção de culpa imputável à máquina ou ao proprietário, em aferição no plano funcional das configurações do veículo. A dois, destacando-se que as configurações preordenadas devam ser passíveis de auditoria, acerca das tomadas de decisões em tempo real, nos determinados momentos críticos ensejadores da ilicitude ocorrente.

4.4.A auditoria chama a atenção para uma transparência algorítmica, a permitir o devido exame de conformidade dos “algoritmos de acidente”, na estruturação dos problemas da

³²⁶ MARTINS, João Marques. Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Contratual. Cascais: Príncipia Editora; 10/2017, 1ª ed., p. 115-150

circulação dos veículos autônomos, o que exige uma regulação adequada sobre o emprego desses algoritmos dilemáticos em seus modelos de previsão.

Segundo Fabiano Hartmann e Roberta Zumblick,

“é importante a reflexão sobre como regular a aplicação algorítmica em softwares, tanto públicos quanto privados, e estimular mecanismos de detecção de erros e aplicações inadequadas, numa especialização de sistema de governança”.³²⁷

Como a(s) dinâmica(s) do(s) evento(s) acidente(s) pode(m) ser avaliadas, em uma equação matemática, pelos algoritmos, a solução ali encontrada, por certo estará resolvendo, em tempo futuro, a não ocorrência dele(s). Em tal sentir, a equação seguinte será avaliar se os algoritmos trabalharam, com segurança, o resultado projetado. Esses algoritmos de alta performance oferecem aos veículos autônomos, capacidade preditiva para, em princípio, evitar erros na autocondução.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ³²⁸

5.1 No direito brasileiro, a responsabilidade civil tem experienciado *novos giros conceituais*, transcendendo a noção clássica e restrita de ilicitude para a noção moderna do dano injusto. Este, ampliado em seu espectro, não apenas decorrente de uma conduta ilícita, mas “de todo e qualquer dano que violar bens jurídicos”, ou seja, “diante de dano reputado injusto à luz da tábua axiológica constitucional”, em interpretação maior das cláusulas gerais de responsabilidade (art. 927, caput e parágrafo único do Código Civil), como referem Rodrigo da Guia Silva³²⁹ e Anderson Schreiber³³⁰

No âmbito da Inteligência Artificial, os pressupostos clássicos da responsabilidade civil cedem lugar a novas concepções de aferição de causalidade, de responsabilização solidária e de certezas jurídicas.

³²⁷ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial, vol. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, 1ª ed., pp. 73-74

³²⁸ Sobre responsabilidade civil e inteligência artificial: ANTUNES, Henrique Sousa. Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil. In: ROCHA, Manuel Lopes. PEREIRA, Rui Soares (Coord.). Colaboração: Ana Coimbra Trigo. Edições Almedina, 01/2020, pp. 19-35

³²⁹ SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do Uso e Dever de indenizar; Perspectivas de Configuração do Dano Indenizável à Luz do Paradigma do Dano Injusto. In: Controvérsias Atuais em Responsabilidade Civil. Estudos de Direito Civil-Constitucional. SOUZA, Eduardo Nunes e SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). São Paulo: Almeida, 2018, 715 p., pp 221-258

³³⁰ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015, pp.153-156.

Em primeiro momento, tem-se a ponderação feita por Henrique Souza Antunes³³¹, a dizer quanto aos veículos de circulação terrestres autônomos, que “a conjugação de regimes de responsabilidade sem culpa, aplicáveis ao produtor e ao detentor do veículo, parecem oferecer a mesma garantia de indenização”.

Lado outro, a compreensão sobre a autonomização sofisticada dos veículos inteligentes pode coincidir com a dos *robots*, para atendidas as peculiaridades comuns, emprestar-se o mesmo tratamento legal. Isso porque de toda sorte, há de ponderar-se que a situação lesiva do VA ou do *robot*, “pode ser atribuída a um comportamento humano às hipóteses em que a pessoa se apresenta como fabricante, operador, proprietário ou utilizador”³³²

Induvidoso, nesse aspecto, que a regulação da Inteligência Artificial começará, de forma iniludível, pela aplicação da responsabilidade civil para dirimir os conflitos da automação.³³³ Novas formulas jurídicas deverão acompanhar a r(evolução) tecnológica que oferece determinados riscos em mesmo compasso dos seus avanços e o esboço dessa incursão da I.A. na esfera da responsabilidade civil já tem presença precursora quando as nanotecnologias, em dimensão dos seus reflexos, também reclamam prioridade regulatória nesse sentido.

Com o devido acerto, leciona Mafalda Miranda Barbosa:

“A questão da responsabilidade civil é, talvez, uma das questões nucleares (uma das e não a questão nuclear, por não nos podermos esquecer dos problemas ético-jurídicos envolvidos em muitos dos desenvolvimentos que se anunciam neste campo, com tentativas de fusão entre o homem e a máquina, que se colocam ao nível da Inteligência Artificial”³³⁴

Bem a propósito, Hans Jonas estabelece um novo princípio, o da responsabilidade ética para a civilização tecnológica, como uma responsabilidade de precaução pelo futuro do homem.³³⁵

De fato. As antigas teorias éticas ajustadas às tecnologias emergentes, ganham novos códigos para a gestão de riscos, incluindo, agora, ao lado dos seus princípios clássicos, o “princípio da precaução”,³³⁶ com seu liame à responsabilidade nos casos de incerteza ou de probabilidade de falhas nos sistemas de automação.

³³¹ ANTUNES, Henrique Sousa. artigo citado, pp. 23.

³³² Idem, p. 26

³³³ Nesse propósito, a Resolução do Parlamento Europeu, de 16.02.2017, com as suas recomendações.

³³⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. 2020. "Robot advisors e responsabilidade civil". In: *Revista de Direito Comercial* 4: p. 42.

De todo modo, é manifesta uma lacuna normativa de responsabilidade civil no âmbito da Inteligência Artificial, designada como “*responsibility gap*”, com mais ênfase para os veículos autônomos. A esse respeito da “*lacuna de responsabilidade*”, leciona Steven S. Gouveia:

“(…) será que a tecnologia chegou a um ponto em que as nossas concepções tradicionais de responsabilidade não podem ser mantidas? (….) É exatamente este vazio normativo que a nova tecnologia traz ao problema da responsabilidade e que causa o nosso dilema. (….) Iremos buscar a nossa possível solução no conceito de Moralidade Distribuída (MD) (Distributed Morality), de Luciano Floridi (2012). (….) Assim, a Ética deve ter um papel preponderante em fixar na regulamentação jurídica o potencial positivo desta tecnologia, ao mesmo tempo que deve mitigar os seus riscos.”³³⁷

6 OS SUJEITOS PRINCIPAIS

Vejamos, adiante, os personagens de referência a essa apresentação de responsabilidades, aqueles principais na relação do uso e circulação dos VAs.

6.1 O fabricante/programador

A responsabilidade do fabricante do automóvel autônomo deve ser equiparada a da empresa que atualmente faz o transporte de passageiros.

Sustenta Dylan LeValley que a responsabilidade por veículos autônomos deve ser avaliada no âmbito do regime de responsabilidade sobre produtos tradicionais. Contudo, diz ele, porque veículos autônomos compartilham muitas características com transportadoras comuns, e as transportadoras comuns devem o mais alto dever de

Web: <https://www.revistadedireitocomercial.com/robot-advisers>

³³⁵ JONAS, Hans. O Princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora PUC-Rio; 03/2011, 2ª ed., 353 p.;

³³⁶ O princípio se tornou norma jurídica na França, depois de inscrito na Charte de L'Environnement da Constituição de 2005, e deve ter sua aplicação, ao nosso entender, em tecnologias avançadas, como a adotada para os veículos autônomos.

³³⁷ GOUVEIA, Steven S. O Problema da Lacuna da Responsabilidade na Inteligência Artificial. In: CURADO, Manuel. FERREIRA, Ana Elisabete. PEREIRA, André Dias (Coordenadores). Vanguardas da Responsabilidade. Direito,

assistência aos passageiros, fabricantes de veículos autônomos devem manter o mesmo padrão.³³⁸

Agora, como antes referido, essa responsabilidade estaria equiparada a da empresa que atualmente faz o transporte de passageiros.

Doutra banda, conforme assinalam Chaves e Veiga “o fabricante, como operador de uma transportadora, terá controle exclusivo sobre os recursos e limitações da tecnologia, os processos de tomada de decisão do veículo e as margens de segurança projetadas”.³³⁹

Os veículos autônomos que dispensam totalmente comandos manuais dos seus condutores, atuando em conformidade com os “softwares”, impõem responsabilidade civil exclusiva aos seus fabricantes, pelo nível mais elevado de suas configurações.

No tocante ao programador, este age segundo os interesses do fabricante, e com este se confunde para efeito de serem responsabilizados por erros da programação. São prepostos do fabricante, em face de terceiros, na figura do que dispõe o art. 932 do Código Civil brasileiro.³⁴⁰

Lecionam os doutrinadores, a exemplo de Sérgio Sérulo da Cunha³⁴¹, para os devidos efeitos jurídicos, que “preponente é quem põe outro em seu lugar; preposto é quem foi posto, pelo preponente, em seu próprio lugar”. Ou seja, “o agir do preposto é, para algum, ou para todos os efeitos, o agir do preponente: *“qui mandat, ipse fecisse videtur”*. Ora, a saber do seu sentido etimológico, a dizer que *“prepor (prae-ponere) é pôr algo, ou alguém, antes (ou à frente) de algo ou alguém”*, tem-se, portanto, a figura do preposto vinculada à do fabricante, por erros, falhas e insuficiências do “*software*” dos VAs por este colocado no mercado.

Também será da responsabilidade do fabricante, cuja programação automatizada é oferecida, não apenas a satisfatória autocondução do veículo, mas identificadas as situações-limites para as tomadas de decisão pelos algoritmos, estejam elas seguramente inseridas no programa. Nesse compasso, percebe-se a necessidade da atualização dos softwares, pelo fabricante, quando eles próprios não estejam aptos à melhoria dos padrões, de forma automática dos dados, em reprogramação continuada ao melhor desempenho das decisões comuns ou excepcionais.

Neurociências e Inteligência Artificial, vol. 27. Coimbra: Petrony Editora, 06/2019, pp. 171-184.

³³⁸ LeVALLEY, Dylan, "Autonomous Vehicle Liability—Application of Common Carrier Liability" (2013). Seattle University Law Review SUpra. 5. Disponível em: https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr_supra/5

³³⁹ CHAVES, Guilherme Veiga. VEIGA, Elisabeth. Carros Autônomos: liberdade, privacidade, ética e responsabilidade. Web: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326687/carros-autonomos-liberdade-privacidade-etica-e-responsabilidade>

6.2 O proprietário

A responsabilidade do proprietário difere da do fabricante à medida que uma vez o veículo, saído da fábrica, esteja em seu poder e sob sua gestão. O fabricante não assume, em outras palavras, a responsabilidade de o proprietário manter o veículo adequadamente, conforme o manual. O proprietário que se queda inerte a realizar as manutenções programadas ou não adquirir a atualização do “software”, com dispensa de adotar as medidas adequadas à segurança do uso e circulação do veículo, assume a responsabilidade exclusiva sobre os eventos.

Em tais circunstâncias, a “*quebra de padrão*” estará transferida ao proprietário como, igualmente, sucede com a quebra pela empresa de gerenciamento de atualização do software, quando atualiza com defeitos que venham a causar acidentes.

Noutro giro, o proprietário que realiza a manutenção e as demais providências de segurança do veículo autônomo, estará obrigado a desconstituir a sua responsabilização, quando venha a adquirir uma atualização defeituosa do “software”.

Entretanto, será de sua responsabilidade, quando o programa do “software”, atualizado ou não, for corrompido em seus padrões, por atitudes deliberadas dele proprietário e condutor, ante essa intervenção humana fora dos parâmetros e adequações da programação pré-ordenada, ou seja, fora de um *checklist*³⁴² de manual.

Em ser assim, tudo estará na absoluta dependência do que dirá o “envelope de segurança” do veículo autônomo, em perfeita equivalência às “caixas-pretas” dos veículos aéreos e, na hipótese, as formas em que esta proteção pode ter sido corrompida.

Em todos casos, porém, a obrigação do proprietário será admitida perante terceiros prejudicados à conta de sinistros, inerente de sua própria condição de proprietário, cumprindo-lhe, conforme a hipótese, demandar por via de regresso o fabricante.

6.3 O assistente de segurança/operador

A figura do “*assistente de segurança*” a reconhecemos como uma figura jurídica nova, em composição do elenco de personagens protagonistas de responsabilidades, quando sua intervenção deva se constituir em uma interferência cabível aos comandos

³⁴⁰ “Art.932, CC: São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

³⁴¹ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Conceito de preposto. Web: <http://www.servulo.com.br/pdf/Conceito.pdf>

³⁴² O vocábulo “*checklist*” é a junção de *check* (verificar) e *list* (lista). “Uma *checklist* é um instrumento de controle, composto por um conjunto de condutas, nomes, itens ou tarefas que devem ser lembradas e/ou seguidas”.

autônomos do veículo, ou seja, quando interfira, com razão fundante, no manejo da máquina durante sua circulação. Esse pormenor fático difere da condução típica do veículo pelo motorista que assume, no modelo clássico, a inteira responsabilidade do controle e da direção. Entretanto, é de atentar quanto às causas de sua “assistência de segurança”.

Na hipótese, cuidar-se-ia, em princípio, de uma responsabilidade concorrente do fabricante com o proprietário (diga-se condutor e interveniente), nos eventos de acidentes de VAs, salvo quando este último demonstrar que sua interferência resultou da falha súbita dos comandos do veículo, havendo de se evidenciar, a tanto, que essa interferência a) teve causa mediata e imediata; b) não foi, em si mesma, determinante do acidente; ou ainda, c) inevitável o acidente, mesmo com sua intervenção assistencial.

Questionamento importante, porém, é o de saber se a tecnologia de condução autônoma precisará ou não, necessariamente, de um assistente de segurança. A autonomia do veículo deve prevenir acidentes evitáveis por sua própria tecnologia e, por essa lógica de resultados, o assistente seria desnecessário. Nos acidentes inevitáveis, a mesma lógica indica da não necessidade do assistente, porquanto o programa deve conter os “*algoritmos de acidente*”, a eleger a solução menos traumática, com as opções éticas cabíveis, sem interferência humana.

A exigência usual de algumas montadoras (fabricantes) de o proprietário (ou o único passageiro) ter sempre as mãos ao volante, durante os percursos, para (re)assumir o controle e direção do veículo autônomo ao tempo instantâneo de uma colisão iminente, tem sido feita para elas se subtraírem de suas responsabilidades.

Essa exigência não afastará, contudo, a responsabilidade exclusiva ou concorrente do fabricante, quando se observa que a tecnologia empregada deve ser usada, dentro dos parâmetros de razoabilidade, por uma “*autocondução responsável*”, ou seja, o programa deve, v.g., contemplar limites de velocidade compatíveis com as regras do trânsito bem como identificar áreas de tráfego onde não sejam de circulação adequada, por questões de segurança, a condução autogerida dos veículos.

Mas existirão situações de acidentes em que não deve haver culpa? - questiona Steven Gouveia³⁴³, quando, v.g. o acidente não decorrer de qualquer falha do sistema autônomo, mas das condições anormais do tempo. Ora bem. Uma de duas: a) o agente artificial deverá diante das condições anormais, detectáveis pelo sistema, reduzir a velocidade para o controle do veículo³⁴⁴; b) admitir a necessidade de intervenção humana

³⁴³ GOUVEIA, Steven S. O Problema da Lacuna da Responsabilidade na Inteligência Artificial.....; obra citada, p.175

³⁴⁴ Artigo: “Uber pode não ter tido culpa de acidente, mas estava acima da velocidade”. Web: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/03/20/uber-pode-nao-ter-tido-culpa-de-acidente-mas-estava-acima-da-velocidade.htm>

para inibir uma situação de acidente, quando, à toda evidência, a tecnologia autônoma restaria insuficiente.

6.4 O usuário passageiro

Os sistemas de Inteligência Artificial permitirão que os motoristas dos seus carros particulares se tornem simplesmente, muito em breve, “*usuários passageiros*” dos veículos autônomos e não mais seus proprietários. No caso, professa Ricardo Mansur:

“as frotas de veículos autônomos permitirão que as pessoas tenham acesso a um deles em qualquer lugar. Os motoristas não pagarão IPVA, seguros, manutenções preventivas e corretiva, estacionamentos e garagens. Existem claramente excitantes motivações para avançar no desenvolvimento dos veículos autônomos”.³⁴⁵

O passageiro, de regra, é o contratante do serviço de transporte, automatizado ou não, nos termos regulados por lei.

7 OS SUJEITOS SECUNDÁRIOS OU EVENTUAIS

7.1 O usuário esporádico – *carsharing*

É certo, como sustenta o jurista M. Januário da Costa Gomes³⁴⁶, que o “usuário esporádico” não será necessariamente um passageiro, no sentido de pessoa ligada por um contrato de transporte.

Na prática, reveste-se, a nosso sentir, a ocorrência do *carsharing* (carro compartilhado) quando, de fato, o usuário eventual se apresenta, em verdade, como coproprietário em um sistema de *time-sharing*, cuja efetiva utilização jurídica do instituto tem sido mais frequente verificada na multipropriedade imobiliária.

A multipropriedade (ou *time-sharing*), tem presença na ordem jurídica brasileira, pela Lei nº 13.777 de 20 de dezembro de 2018, denominada “Lei de Multipropriedade Imobiliária”, instituindo o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e

³⁴⁵ MANSUR, Ricardo. Inteligência estendida com Inteligência Artificial. Rio de Janeiro, Editora Ciência Moderna, 2019, p. 23.

³⁴⁶ GOMES, M. Januário da Costa. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coordenador do Centro de Direito Marítimos e dos Transportes e da Coleção de Direito Marítimo e dos Transportes.

gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada (art. 1.358-C, do Código Civil).

Segue-se, então, considerar o *carsharing* como a utilização de um bem móvel em sistema de multipropriedade, destinado ao uso do veículo de forma compartilhada, à medida que o veículo será usado por todos os coproprietários, de acordo com os seus interesses na partilha de horários ou dos dias preordenados.

Anote-se que com o uso da tecnologia avançada, em se tratando de veículos autônomos, este sistema será bastante facilitado, para a multipropriedade de VAs, o que requer tratamento legal específico.

Cumprir referir, a nosso entender, não se tratar, na hipótese, de serviços de aluguel de carros. O sistema de uso dos veículos autônomos, solicitado através da internet, telefone ou por aplicativos de celulares, quando os veículos pertençam a empresas ou a particulares e sejam postos à disponibilidade do usuário, para uso e condução, em verdade, reduz-se à uma operação jurídica normal de locação.

Assim, o usuário esporádico ou eventual, em sistema de “*carsharing*” tem a responsabilidade correlata à do proprietário único, porquanto se apresenta proprietário temporal ou proporcional. Entretanto, resta atribuída prioridade de responsabilização ao fabricante, desde que a autocondução não tenha a interferência humana de quaisquer dos coproprietários condutores, sendo a responsabilidade exclusiva da montadora.

Na hipótese, mesmo que o coproprietário se torne um usuário esporádico, por não usufruir, com maior frequência o bem partilhado, permanecerá ele com a responsabilidade por eventuais danos, na proporção de sua cota-parte.

7.2 O usuário esporádico – *carpooling*

Por outra latitude, a figura do “*usuário inusual*” pode ser enquadrada no sistema do *carpooling* (carona solidária) e no caso, o transporte de cortesia, como fato social frequente, não configura também um contrato de transporte.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 736, caput, dispõe que “não se subordina às à normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”. À exata medida de afastada a responsabilidade objetiva do transportador, por não se constituir o contrato em espécie, tem-se, por isso, sob o rigor da Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o

transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

José Fernando Simão, defendendo a reportada Súmula, sustenta pela função social do usuário esporádico, ou da carona, a dizer que a prática social deve ser estimulada, a corrigir o deficiente sistema público de transportes.³⁴⁷

Todavia, quanto à Súmula nº 145/STJ que considera necessário o dolo ou a culpa grave na causação do acidente que vitime o carona, para efeito da responsabilização civil, a doutrina diverge; assinalando Flávio Tartuce o seguinte:

“há tempos, tenho entendido que parte final da Súmula deve ser revista, pois segundo os artigos 944 e 945 do CC/2002, não se exige como essencial a existência de culpa grave ou dolo para a reparação civil. Na realidade, o dolo ou a culpa grave somente servem como parâmetros para a fixação da indenização”³⁴⁸

Lado outro, consoante também adverte Flávio Tartuce, nas formas de transporte compartilhado, como a do Uber, com vantagens indiretas pelo transportador, tem emprego, nesse aspecto, o parágrafo único do art. 736 do Código Civil/BR. “Nesses casos, a responsabilidade daquele que transportou outrem volta a ser contratual objetiva”.³⁴⁹

Como se observa, as intelecções da súmula e da doutrina divergente, à luz de interpretação de normas da codificação civil, conduzirão seus resultados à hipótese dos acidentes com veículos autônomos, envolvendo o personagem “carona”. Ou seja, o carona, embora não figurando em tais situações, como partícipe de contrato de transportes porquanto esse contrato inexistirá, é sujeito de direitos para os fins dos danos causados em sua vitimização, pelo proprietário ou por terceiros.

Afinal, o Projeto de Lei nº 8.074-B/2004, institui, no Brasil, o Sistema de Carona Legal (SISCARLEG), em âmbito nacional, a ser apoiado pelos órgãos públicos de trânsito, mobilidade urbana, saúde, educação e meio ambiente, em parceria com entidades sem fins lucrativos da sociedade civil organizada. A proposta legislativa incentiva o transporte solidário e à conscientização acerca do uso social de veículos particulares e define o “transporte solidário” como aquele realizado sem fins lucrativos, com a utilização de veículos de passeio particulares.

³⁴⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito Civil, Vol. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie. São Paulo: GEN/Forense, 15a. ed., 2020, pp. 720-725.

³⁴⁸ SHREIBER, Anderson. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. DELGADO, Mário Luiz. São Paulo; GEN/Forense, 2020, 2ª ed. revista e atualizada. Art. – 736. p. 469.

³⁴⁹ Obra citada, p. 469

8 UMA LEGISLAÇÃO COM CONSTRUÇÃO. OS NORMATIVOS PONTUAIS

Nos primórdios, temos uma legislação precursora a lidar com o tema, a partir de sua relação dialogal e originária com as máquinas e os transportes. No trespasse do tempo, observamos, adiante, o surgimento de uma legislação em construção, em busca de maior segurança jurídica à operabilidade dos veículos automatizados.

A Alemanha tornou-se um dos primeiros países do mundo a legalizar o automóvel autônomo,³⁵⁰ com uma legislação, editada pelo Bundesrat, (Conselho das Regiões, que representa os dezesseis estados federados) em 12.05.2017, que autorizou os testes dos veículos estabelecendo exigências ao seu uso, como as a) de um condutor a bordo pronto a assumir o controle, b) de uma “caixa preta” a auxiliar pesquisas na origem de determinados e possíveis problemas: c) de uma prevalência decisória do condutor a decidir sobre a transmissão do uso de dados do seu veículo.

Em diretivas dessa ordem, as legislações deverão atender:

a) a definição das responsabilidades legais sobre os eventos, envolvendo os veículos autônomos; b) a devida adequação da legislação de trânsito nacional; c) a necessária dispensa ou não de um motorista (que sirva como “assistente de segurança”);

d) as exigências técnicas de detecção de obstáculos, mesmo repentinos a curtas distâncias, e) uma simetria legal com a legislação dos aviões comerciais, em tratamento dos crimes ocasionados, porquanto o piloto humano pode ser responsabilizado, mesmo estando a aeronave a funcionar no piloto automático, para os fins de verificar se agiu de forma dolosa ou culposa.

Afinal, como se resolverá o dilema para a responsabilização de um crime (acidente com vítimas fatais, ou atropelamentos) se o veículo estiver sob autocondução autônoma, sem o seu assistente, ou mesmo, em hipótese possível de sua circulação quando for buscar o usuário, proprietário ou não?

Nos Estados Unidos, os estados da Califórnia, Michigan, Flórida e Nevada foram os primeiros que aprovaram leis que permitiram o teste de carros que dirigem sozinhos em circulação pública.

Curiosamente foi na Florida que, em julho de 2016, aconteceu a primeira morte de um passageiro utilizando veículo autônomo no piloto automático, que colidiu com um caminhão, enquanto ele assistia um filme.

³⁵⁰ Web: <https://www.publico.pt/2017/05/12/tecnologia/noticia/alemanha-aprova-lei-para-a-circulacao-de-carros-autonomos-1771941>
Web: <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/17/957/957-pk.html#top-27>

Ao depois, o primeiro atropelamento fatal causado por um carro utilitário autônomo da Uber, vitimou em março de 2018, na cidade de Tempe, Arizona (EUA) uma mulher alcançada fora da faixa de pedestres.

O Conselho Nacional de Segurança em Transporte dos EUA, em Washington, decidiu que a culpa no caso era da Uber (por não dispor, à época, de estudos de avaliação e mitigação de riscos), da motorista de segurança (por desatenção manifesta até segundos antes do acidente), do governo do Arizona (por “políticas insuficientes” para a regulamentação dos carros autônomos em ruas públicas) e da própria vítima (por contribuir com o acidente ao atravessar fora da faixa de pedestres).³⁵¹

Há de se notar que as primeiras análises, de ordem técnica ou legal, estão sendo iniciadas “sobretudo nos países onde há sólida indústria automobilística, como na Alemanha, em Portugal, na Espanha, na França e nos Estados Unidos, dentre outros”.³⁵²

Nessa trajetória, registramos uma sumária linha temporal:

8.1 – 08.11.1968 – Convenção de Viena sobre Tráfego Viário³⁵³. Esse acordo internacional foi criado entre os setenta e dois países participantes da convenção, no objetivo de incentivar o trânsito viário nacional e aumentar a segurança nas rodovias. O texto foi atualizado, diante da moderna doutrina de direitos tecnológicos que pode orientar uma compatibilização, pelo direito internacional em espécie, com os veículos autônomos, ainda que minimizada à uma intervenção humana qualificada, onde o motorista poderá exercer o controle do veículo, mesmo condicionado aos novos sistemas. Assim é que em março de 2016, as Nações Unidas aprovaram uma alteração à Convenção, que passou a admitir os carros autônomos na estrada, “desde que possam ser controlados e desativados por um condutor caso necessário”.

8.2. - 17.05.2006 – A Diretiva 2006/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho regula os níveis de segurança das máquinas.

³⁵¹ 01. Web: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html

02. Web: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/uber-acidente-carro-autonomo-decisao>

³⁵² LOBO, Flávio Luiz de A. FRAZÃO, Alexandre Costeira. “Carros autônomos: Desafios para a Infraestrutura e para o Modelo Regulatório Brasileiro”. In: SADDY, André; CHAUVET, RODRIGO DA FONSCA. Silva, Priscila Menezes da Silva. Aspectos Jurídicos das Novas Tecnologias (Inovações) Disruptivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp; 121-146.

³⁵³ A Convenção revogou e substituiu, nas relações entre as Partes Contratantes, a Convenção Internacional Relativa à Circulação Automóvel e a Convenção Internacional Relativa à Circulação Rodoviária, ambas assinadas em Paris em 24 de abril de 1926, a Convenção sobre a Regulamentação da Circulação Automóvel Interamericana, aberta para assinatura em Washington em 15 de Dezembro de 1943, e a Convenção sobre a Circulação Rodoviária, aberta para assinatura em Genebra em 19 de Setembro de 1949. O Brasil foi signatário da Convenção de Viena e o Decreto nº 86.174, de 10.08.1981 a promulgou no país. Web: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D86714.htm (incluindo o texto da Convenção)

8.3. - 16.02.2017 – O Parlamento Europeu edita a Resolução nº 2015/2103, de 16.02.2017, colocando a regulação da robótica pelo direito civil como uma das prioridades do legislador, a ser discutida pela Comissão de Direito Civil sobre Robótica.

8.4. - 25.04.2018 - Estudos da Comissão Europeia sobre o tema, apresenta sua posição no documento “Liability for emerging digital technologies – SWD” (2018) 137 final.

9 PRIVACIDADE E AUTOMAÇÃO³⁵⁴

Coexiste também a questão relevante da privacidade vs. automação. Com toda evidência, a Inteligência Artificial (I.A.), traduzida em seu sistema especializado de VAs, poderá afetar os direitos de privacidade dos proprietários dos veículos autônomos à exata medida da armazenagem dos dados de sua circulação. Nomeadamente na esfera da catalogação de percursos, permanência nos sítios, e outros dados sensíveis de frequências de tráfego a definir hábitos, locais preferenciais, finalidades de uso, cujas inferências de situações espelharão reflexos na esfera da privacidade, com inúmeros efeitos.

Bem é certo que os veículos terão no seu hardware armazenados todos esses dados de circulação, com precisão dos trajetos, datas e horários, distancias, situações rotineiras ou não. O controle desses dados poderá sacrificar a privacidade do seu usuário, seja por informações em tempo real com as monitorações indevidas, sem o conhecimento do titular; seja a qualquer tempo, com a acessibilidade dos dados, por terceiros, inclusive pelo fabricante, para os mais diversos fins.³⁵⁵

Em esferas conectadas por tecnologias mais recentes observa-se filtragem de artefatos algorítmicos que servem de práticas de *profiling*, *micro-targeting*, entre outras, com interesses lucrativos de negócios e ofertas de mercado. A circulação de um veículo autônomo, com seus dados de mobilidade, locais e horários, e outras informações, equivale à navegação em espaços virtuais, ao *e-commerce*, à interação em internet; detendo o titular desses dados o direito de sua autodeterminação informacional e a proteção dos seus dados sensíveis.

³⁵⁴ Sobre privacidade e automação: SANTOS, Lourenço Noronha dos Santos. Inteligência Artificial e Privacidade. In: ROCHA, Manuel Lopes. PEREIRA, Rui Soares (Coord.). Colaboração: Ana Coimbra Trigo. Edições Almedina, 01/2020, pp. 147-159.

³⁵⁵ Os fabricantes poderão deter acesso compartilhado em função de determinados dados entendidos como necessários à dinâmica dos próprios veículos, pelo que a definição de perfis (*profiling*) estaria sob fácil disponibilidade.

A *General Data Protection Regulation* (GDPR), Regulamento da União Europeia nº 2016/679, aplicável desde 25.08.2018 e a lei brasileira de nº 13.709, de 14 agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que tem sua vigência, na maioria dos seus dispositivos, a partir de 18.09.2020, se acham harmonizadas por seus princípios comuns e com similaridades protetivas. Servirão como bases legais, indubitavelmente, de aplicação no contexto da conectividade dos dados dos veículos autônomos, para a proteção deles.

10 “E-PERSON”: A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS CARROS AUTÔNOMOS

Eric Hilgendorf, da Universidade Julius-Maximilians, de Würzburg, relata que no âmbito da responsabilidade civil, “já se considera a introdução de uma responsabilidade própria de máquinas para os casos em que uma pessoa não pode mais ser responsabilizada por danos causados por sistemas semiautônomos.” E pondera: “assim como o conceito de pessoa ‘natural’ foi completado pela figura da ‘pessoa jurídica’, seria possível ir um passo além e criar uma ‘e-person’, que seria vista como um sujeito autônomo de responsabilidade”³⁵⁶.

Interessante estudo do jurista português Antônio Pinto Monteiro coloca em análise a recomendação do Parlamento Europeu (Resolução de 16.02.2017) no tocante a ser criado *um estatuto jurídico para os robôs*, com destaque aos robôs autônomos e independentes, “que possam ser determinados como *detentores do estatuto de pessoas eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a casos em que os robôs tomem decisões autônomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente*” (alínea f, do ponto 59).

E pondera que a se admitir, no futuro, a autonomia robótica suficiente, em termos de responsabilidade civil contratual dos robôs por atos de sua autonomia, tal havendo-se como terceiros, deve se concluir que estes estarão à disposição e proveito de quem os utiliza. Logo, afirma o constitucionalista, “*esse juízo de culpa terá de incidir sobre o devedor que se serve de robôs, só permitindo a sua a sua exoneração se provar que não teve culpa*” (art. 799º, nº 1, do CC português).³⁵⁷

³⁵⁶ HILGENDORF, Eric. Direito e Máquinas Autônomas. Um esboço do problema. In: ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org, e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, pp. 64-86

³⁵⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Qui facit per alium, facit per se* – será assim na era da robótica?”, Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 4015 (março-abril/2019), ano 148º. Lisboa: Editora Gestlegal, 69 p.; pp. 200-211.

Em referência, portanto, ao “*e-person*”, no trato de um período futuro ou melhor, em um mundo pós-singularidade, humanos e máquinas serão confundidos, assim como as realidades virtual e física, a configurar uma nova civilização homem-máquina, como sustenta Ray Kurzweil em sua obra “*The Singularity is Near*” (2005).³⁵⁸

Defende, ainda, Kurzweil que técnicas de Inteligência Artificial quando funcionalmente aplicadas deixam de ser IA e devem ser desmembradas em campos próprios (“por exemplo, o reconhecimento de caracteres, o reconhecimento da fala, a visão mecânica, a robótica, a prospecção de dados, a informática médica, os *investimentos automatizados*”) (gn). Fácil inferir, no caso, que a automação dos veículos constituirá um sistema especializado, em campo próprio, cujas regulações não estarão condicionadas à um marco legal mais abrangente da própria Inteligência Artificial.

11 O FUTURO DA MOBILIDADE AUTÔNOMA

O estudo da consultora Deloitte “*The future of mobility: what's next?*”³⁵⁹ indica que “o ritmo a que as mudanças na área da mobilidade estão a acontecer é avassalador, com evoluções significativas de ano para ano.” Esse futuro da mobilidade autônoma, impõe-se, portanto, como uma prioridade estratégica nos anos que seguem.

Os impactos da mobilidade autônoma repercutirão, em maior nível de mudanças, no setor de transportes, bem como nas suas infraestruturas inteligentes, a exemplo dos estacionamentos, abastecimento de veículos elétricos, serviços de garagens automatizadas, etc.

A consultora considera, em suas projeções, uma mais imediata introdução de veículos autônomos compartilhados nos meios de transportes, os chamados veículos da economia partilhada, seja na modalidade de *carsharing* (carro compartilhado) ou *carpooling* (carona solidária). O compartilhamento implicará em “uma nova era de autonomia acessível”.

Mas não é só. A autonomia automotiva acessível, pelo compartilhamento dos veículos autônomos, aprimora o atual sistema do “*carsharing*” já colocado em prática em muitos países.

³⁵⁸ KURZWEIL, Ray. *A Singularidade está próxima. Quando os humanos transcendem a biologia*. Trad. Ana Goldberger. São Paulo: Itaú Cultural/Illuminuras, 2018, 626 p.;

³⁵⁹ Web: https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/3367_Future-of-mobility-whats-next/DUP_Future-of-mobility-whats-next.pdf

De acordo com o estudo “Whats ahead for carsharing? The New Mobility and its Impact in Vehicle Sales”,³⁶⁰ da Boston Consulting Group (BCG), em 2021, cerca de 35 milhões de pessoas estarão registradas em um serviço de carro compartilhado, sendo 14 milhões na Europa, 6 milhões na América do Norte e aproximadamente 15 milhões de usuários na Ásia-Pacífico. De efeito, esses usuários de serviços de compartilhamento de carros produzirão uma “receita global de € 4,7 bilhões em 2021, com uma receita bruta de € 3,2 bilhões, proveniente de usuários ocasionais, que precisam de um carro apenas para eventuais viagens”. A questão aqui posta envolve a multipropriedade dos veículos, com o compartilhamento que poderá ser alterado, por sucessivas mudanças da co-propriedade, tornando-se, em maioria dos casos, copropriedades temporais.

Em outra vertente, aproxima-se o uso de veículos autônomos aéreos, mais precisamente dos Veículos Aéreos não Tripulados (VANTs) que diversamente dos “*drones*” (remotamente pilotados e sem passageiros), farão serviços de transporte de taxis aéreos³⁶¹ ou, fora da relação de um contrato de transportes, circularão, em idênticas situações fáticas e jurídicas, como os VAs. terrestres.

Nesse sentido, em agosto de 2019, a empresa chinesa anunciou desenvolver veículos autônomos de passageiros para transportes aéreos. A seguir, em janeiro de 2020, a Uber e a montadora sul-coreana Hyundai Motor anunciaram parceria para desenvolver taxis aéreos elétricos em rede de compartilhamento de viagens e um novo conceito de aeronaves em escala real, durante a Consumer Electronics Show (CES) em Las Vegas, nos EUA. O futuro ganha sua presença diária.

12 CONCLUSÕES

12.1. Ordem jurídica - Não há negar que o uso de novas tecnologias e o controle de veículos por máquinas desafia nosso sistema jurídico. Se, ao invés de humanos, as máquinas controlam veículos e as decisões são tomadas usando algoritmos predefinidos, devemos normatizar o uso dos VAs. com a devida cautela, segurança e efetividade ao direito das partes envolvidas.

³⁶⁰ BERT, Julien. COLLIE, Brian. GERRITS, Marco. XU, Gang. Whats ahead for carsharing? The New Mobility and its Impact in Vehicle Sales Web <https://www.bcg.com/publications/2016/automotive-whats-ahead-car-sharing-new-mobility-its-impact-vehicle-sales.aspx>

³⁶¹ Web: <https://olhardigital.com.br/noticia/taxis-aereos-autonomos-da-ehang-devem-chegar-em-breve/89024>.
Web: <https://carros.ig.com.br/2020-01-08/hyundai-e-uber-apresentam-conceito-de-taxi-aereo-na-ces.html>

12.2. Uma ética como configuração - Tem-se inevitável a relação humano-tecnologia implícita nos debates sobre veículos autônomos. Para esse fim, cuide-se de configurações semelhantes na área de sistemas de *armas autônomas*. Isso cria e perpetua a ideia de "*ética como configuração*". Um debate ético e político sobre Inteligência Artificial deve começar, portanto, nesse tema, porque esse relacionamento humano-tecnologia implica em debates éticos e pode provocar formas problemáticas de legitimidade pelas consequências dos danos causados.

12.3. Programação do software e limites éticos - A ponderação de interesses, em pretendida preservação dos envolvidos em acidentes de veículos autônomos, quando o "software" não exercitar a melhor escolha ou a escolha devida, entre outras questões, revela a necessária aferição de sua programação, realizável diante do que razoavelmente se espera por princípios de eticidade. O "software" desenvolveu opção justa e legítima, falhou na execução do que estaria programado ou não atuou com a opção cabível à situação enfrentada, são questões que devem ser respondidas pelo direito.

12.4. Uma colmatação de normas - A urgência da colmatação normativa apresenta-se ao debate, ou seja, a do emprego de uma integração normativa face a lacuna da lei para oferecer, no caso concreto, as soluções pontuais ainda não reguladas. O preenchimento jurisdicional das lacunas normativas, no plano dessa nova realidade tecnológica, servirá de orientação ao legislador que cumprirá dissolver, em definitivo, as lacunas existentes. Enquanto isso, na medida que couber, poderão ser aplicadas por analogia as leis atuais de transporte de pessoas aos carros autônomos e as regras gerais de responsabilidade civil.

12.5. Responsabilidades pontuais - Uma pessoa ainda poderá ser responsabilizada pelo mau funcionamento da máquina que gere danos, quando obrigada se encontre às manutenções preventivas ou corretivas e às atualizações periódicas que o sistema automatizado exigir, conforme os manuais das montadoras. A definição de quem seja responsável por acidentes causados por sistemas de assistência instalados em veículos automatizados e o exame das possíveis consequências legais para proprietários, motoristas, pedestres, fabricantes e desenvolvedores de software de veículos autônomos, situam-se precisamente extraídos do "*envelope de segurança*" do automóvel, dos seus registros de dados de automação e de autocondução. Todavia, sublinhe-se, que a obrigação do proprietário decorre objetivamente da propriedade colocando-se direta em

face dos terceiros prejudicados, cabendo a esse o direito de regresso contra o fabricante, nas situações do caso concreto.

12.6. Lógicas e falhas – Dentre as muitas questões novas que surgem no debate jurídico sobre a automação dos veículos, duas reclamam maiores atenções: a) a da “*complacência da automação*”, quando os sistemas não garantem ou preservam a atenção necessária dos motoristas (assistentes de segurança), durante a circulação dos veículos, quando eles se tornam “excessivamente confiantes” na tecnologia autônoma; b) a da indução a erros nas inferências de leitura dos sistemas automatizados. Relatório de estudos realizados pelas universidades norte-americanas do Michigan, Washington, Stony Brook e Califórnia indicou (2017) que as inteligências artificiais empregadas nos veículos autônomos “continuam a ser demasiado permeáveis a elementos e influências externas”, que poderão influir no normal funcionamento do sistema.³⁶²

12.7. Atividade segura – De todo modo, credita-se que o uso e circulação dos veículos autônomos não será uma atividade perigosa; para além dos acertos mais aperfeiçoados de programação de consonâncias cognitivas, as regulações administrativas e jurídicas dirão exatamente isso. Por outro lado, não se pode pressupor, em absurdez, uma ideia agônica e futurista de ficção de “algoritmos rebeldes”, alterados por invasores tecnológicos com inaceitáveis razões de mercado ou outras razões, em tipologias típicas de um *flash crash*.³⁶³

12.8. Ser ou não ser? - A autoridade de comando dos veículos repassada dos humanos para os algoritmos, representa e integra espaço de uma nova lógica. Esta constituirá, como vaticina HARARI, um universo inteiro de fluxo de dados sob regência da Inteligência artificial, mudando nossos conceitos de humanidade e de vida.³⁶⁴

12.9. O futuro aciona o alarme – Conforme aludiu Ulrich Beck, “na nossa sociedade de alto risco, a ciência é ao mesmo tempo (com) causa, meio de definição e fonte de resolução de problemas”. A notável aceleração tecnológica dos processos de automação

³⁶² <https://s3.observador.pt/wp-content/uploads/2017/08/08133934/1707-08945.pdf>

³⁶³ Navinder Sarao, comerciante autodidata do mercado de ações trouxe pânico nos mercados dos EUA em 2010 a partir de um quarto na casa de seus pais em Hounslow, oeste de Londres. O flash crash foi uma quebra bilionária nas bolsas norte-americanas por cerca de 36 minutos, quando Sarao lançou ordens milionárias e em ato instantâneo as cancelava, com sofisticados softwares, enganando robôs de investimento, de alta frequência, que participavam do mercado. Conferir Web: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-22/mystery-trader-armed-with-algorithms-rewrites-flash-crash-story>

³⁶⁴ HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21. trad. Paulo Geiger. São Paul: Companhia das Letras, 2018, 1ª ed. 441 p.; pp. 83-84.;

é uma realidade constante. O carro do futuro, com seus novos conceitos e sua ciência resolutiva, está a caminho em via de circulação rápida e sua tecnologia desafia o direito a se posicionar, com segurança e acertada contribuição, ao volante de melhores leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras portuguesas:

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Danos. Uma leitura personalista da responsabilidade civil. Cascais (PT): Príncípa Editora; 09/2018, 1ª ed., 134 p.

CARAPUÇA, Rogério. Revolução Digital: Quando quase tudo é possível. Lisboa: Edição Glaciar. Lisboa; nov./2018; 144 p.

CURADO, Manuel. FERREIRA, Ana Elisabete. PEREIRA, André Dias (Coordenadores). Vanguardas da Responsabilidade. Direito, Neurociências e Inteligência Artificial, vol. 27. Coimbra: Petrony Editora, 06/2019, 254 p.

ROCHA, Manuel Lopes. PEREIRA, Rui Soares (Coord.). Colaboração: Ana Coimbra Trigo. Edições Almedina, 01/2020, 715 p.

Obras brasileiras:

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de; Direito e Pós-Humanidade. Quando os robôs serão sujeitos de direito; Curitiba (PR): Juruá Editora; 2013, 266 p.

FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). Inteligência Artificial e Direito. Ética, Regulação e Responsabilidade. São Paulo: Thompson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais; 08/2019, 716 p.; ver pp. 74-76

FILIPPO, Fernando. As Implicações da Responsabilidade Civil no uso dos veículos autônomos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, 113 p.

ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org, e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, 203 pp.

MANSUR, Ricardo. Inteligência estendida com Inteligência Artificial. Rio de Janeiro, Editôra ciência Moderna, 2019, 191 p.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial, vol. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, 1ª ed., pp.

Obras traduzidas:

BRIDLE, James. A nova idade das trevas. A tecnologia e o fim do futuro. Trad. Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019, 1ª ed., 319 p.

FRY, Hannah. Olá, Futuro. Como ser humano na era dos algoritmos. Trad. Rita Carvalho e Guerra. Lisboa: Planeta Manuscrito, 2019, 317 p.

HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, 1ª ed., 441 p.

Artigos portugueses:

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. 2020. "Robot advisors e responsabilidade civil". *Revista de Direito Comercial* 4: 1-67. Web: <https://www.revistadedireitocomercial.com/robot-advisers>

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. 2020. "O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução". *Revista de Direito da Responsabilidade* (2): 280-326.

GOUVEIA, Steven S. O Problema da Lacuna da Responsabilidade na Inteligência Artificial. In: CURADO, Manuel. FERREIRA, Ana Elisabete.

PEREIRA, André Dias (Coordenadores). Vanguardas da Responsabilidade. Direito, Neurociências e Inteligência Artificial, vol. 27. Coimbra: Petrony Editora, 06/2019, pp. 171-184

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Qui facit per alium, facit per se* – será assim na era da robótica?), *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.º 4015 (março-abril/2019), ano 148º. Lisboa: Editora Gestlegal, 69 p.; pp. 200-211.

SANTOS, Lourenço Noronha dos Santos. Inteligência Artificial e Privacidade. In: ROCHA, Manuel Lopes. PEREIRA, Rui Soares (Coord.). Colaboração: Ana Coimbra Trigo. Edições Almedina, 01/2020, pp. 147-159.

Artigos brasileiros:

LOBO, Flávio Luiz de A. FRAZÃO, Alexandre Costeira. "Carros autônomos: Desafios para a Infraestrutura e para o Modelo Regulatório Brasileiro". In: SADDY, André; CHAUVET, RODRIGO DA FONSCA. Silva, Priscila Menezes da Silva. Aspectos Jurídicos das Novas Tecnologias (Inovações) Disruptivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp; 121-146.

Artigos da U.E.:

GONZÁLEZ, J. A. González. "Responsabilidade civil por danos e inteligência artificial". In: Revista de Direito Comercial (dirigida pelo Prof. Pais de Vasconcelos);

GRECO, Luís. Veículos Autônomos e Situações de Colisão. Trad. de Yuri Correa da Luz. In: ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org, e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, pp. 191-201.

HILGENDORF, Eric. Direito e Máquinas Autônomas. Um esboço do problema. In: ESTELITA, Heloísa. LEITE, Alaor. (Org, e Introdução) Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons. (diversos autores); 2019, pp. 64-86

Artigos da U.E./Web:

LOHMANN, Melinda Florina. MÜLLER-CHEM, Markus. "Selbstlernende Fahrzeuge – eine Haftungsanalyse". Disponível em:
https://www.robotics.tu-berlin.de/fileadmin/fg170/Publikationen_pdf/Lohmann/SZW_1-2017_MLMMC.pdf

LOHMANN, Melinda Florina e RUSCH, Arnold. "Fahrassistenzsysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung". Disponível em:
https://www.alexandria.unisg.ch/249227/1/HAVE_2015-04_Lohmann_Rusch.pdf

LOHMANN, Melinda Florina. "Der Regress des Versicherers im Kontext der Fahrzeugautomatisierung". Disponível em:
https://www.alexandria.unisg.ch/255042/1/Lohmann_HAVE%203-2018.pdf

MORALES, GONZALO Iturmendi. "Coches conectados y autônomos. Papel de las aseguradoras.

RENDA, Andrea. Ethics, algorithms and self-driving cars – A CFSI of the "trolley problem". CEPS Policy Insights, n. 02, 2018. Disponível em Web: https://www.ceps.eu/ceps-publications/ethics-algorithms-and-self-driving-cars-csi-trolley-problem/pi-2018-02_renda_trolleyproblem/ Acesso em 10.05.2020;

VILA, Ivó Coca. "Coches autopilotados em situaciones de necesidad. Una aproximación desde la Teoría de La Justificación Penal". In: Cuadernos de Política Criminal. Número 122, II. Época II, septiembre 2017, pp. 235-275, Barcelona. Disponível em Web: <https://www.academia.edu/download/57922311/CPCA-2-43.pdf>. Acesso em 09.05.2020

Artigos dos EEUU:

BOEGLIN, Jack. "The Costs of Self-Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort Liability in Autonomous Vehicle Regulation" Yale Law School: Yale Journal of Law and Technology, Volume 17, 2015.

LeVALLERY, Dylan. [Autonomous Vehicle Liabilit. Application of Common Carrier Liability](#)". Seattle University School of Law Seattle. University School of Law Digital Commons, 2013.

Artigos brasileiros/Web:

CARVALHO, Andersson Vieira Carvalho. GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. Veículos autônomos no Brasil: Situações dilemáticas envolvendo programadores e Estado de Necessidade. Disponível em Web: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/5.12.pdf> Acesso em 03.05.2020;

CHAVES, Guilherme Veiga. VEIGA, Elisabeth. Carros Autônomos: liberdade, privacidade, ética e responsabilidade. Web: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326687/carros-autonomos-liberdade-privacidade-etica-e-responsabilidade>

JOTA. Site Jurídico. Carros autônomos pedem update na legislação. Disponível em Web: <https://www.jota.info/justica/carros-autonomos-pedem-update-na-legislacao-07032015>

Monografias:

AARÓN, Fery Daniel Cure (estudante). PARDO, Jorge Gaitán. (Tutor Acadêmico). "El sistema de Responsabilidad civil para vehículos autónomos em Colombia." Pontificia Universidade Javeriana. Facultad de Ciências Jurídicas. Departamento de Derecho Privado, Bogotá, D.C., 2019, 91 p. Disponível em Web: <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/42361>. Acesso em 09.05.2020.

**O SIMPLES NACIONAL E O
TEMA Nº 1.284 DE
REPERCUSSÃO GERAL**

Jorge Américo Pereira de Lira

O SIMPLES NACIONAL E O TEMA Nº 1.284 DE REPERCUSSÃO GERAL

SIMPLES NACIONAL AND THEME Nº 1.284 OF GENERAL REPERCUSSION

Jorge Américo Pereira de Lira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Diretor-Geral da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (ESMAPE)

RESUMO

O Simples Nacional, sistemática facultativa prevista na Lei Complementar nº 123/2006, confere um tratamento diferenciado e, sobretudo, favorecido e simplificado para as micro-empresas e empresas de pequeno porte, que se evidencia, no que se refere ao aspecto tributário, no recolhimento unificado e centralizado da maioria dos tributos de competência de todas as esferas federativas (art. 146, CF), através de um único pagamento mensal de percentual progressivo calculado sobre sua receita bruta. Ao fazer a opção pelo regime diferenciado, o contribuinte deve ter ciência de que deverá arcar com os ônus e os bônus dessa escolha, de modo que não é possível optar por um regime híbrido. É nessa linha de raciocínio, ao que parece, que foi firmada a tese oriunda do julgamento do Tema nº 517 de Repercussão Geral, reafirmada no julgamento do Tema nº 1.284 de Repercussão Geral, em que o STF trouxe mais um requisito para a exigência do ICMS Difal de empresas optantes do Simples Nacional, que é a previsão expressa em lei estadual em sentido estrito. Trata-se de requisitos cumulativos e teses convergentes e, com base nas referidas teses de repercussão geral, será analisado se, no Estado de Pernambuco, é devido o pagamento do Diferencial de Alíquotas de ICMS Difal por empresas optantes do Simples Nacional. Por fim, tecer-se-ão comentários acerca das mudanças advindas da Reforma Tributária, em especial a possibilidade de opção parcial ou regime híbrido, o que até então era vedado e servia de fundamento para a jurisprudência acerca do regramento aplicável aos optantes pelo Simples Nacional.

Palavras-chave: Simples Nacional – ICMS Difal – Repercussão Geral – Temas nº 517 e 1.284 – Regime híbrido – Reforma Tributária.

ABSTRACT

Simples Nacional, an optional system provided for in Complementary Law nº 123/2006, supplies differentiated and, above all, favored and simplified treatment for micro-enterprises and small businesses, which is evident, with regard to the tax aspect, in the unified collection and centralization of most taxes within the jurisdiction of all federative spheres (art. 146, CF), through a single monthly payment of a progressive percentage calculated on its gross revenue. When opting for the differentiated regime, the taxpayers must be aware that they will have to bear the burdens and bonuses of this choice, so it is not possible to opt for a hybrid regime. It is in this line of reasoning, it seems, that the thesis arising from the judgment of Theme nº 517 of General Repercussion was established, reaffirmed in the judgment of Theme nº 1.284 of General Repercussion, in which the STF brought yet another requirement for the ICMS Difal of companies opting for Simples Nacional, which is the provision expressed in state law in the strictest sense. These are cumulative requirements and convergent theses and, based on the aforementioned theses of general reper-

cussion, it will be analyzed whether, in Pernambuco, the payment of the ICMS Difal by companies opting for Simples Nacional is due. Finally, comments will be made about the changes arising from the Tax Reform, in particular the possibility of a partial option or hybrid regime, which until then was prohibited and served as the basis for the jurisprudence regarding the rules applicable to those opting for the Simples Nacional.

Keywords: Simples Nacional – ICMS Difal – General Repercussion – Themes nº 517 and 1.284 – Hybrid regime – Tax Reform.

A Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, prevê um regramento específico em matéria de legislação tributária, consistente em um regime unificado de arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos, o Simples Nacional – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Por meio do Simples Nacional, cuja adesão é facultativa para os contribuintes, busca-se um tratamento diferenciado e, sobretudo, favorecido e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, que se evidencia, no que se refere ao aspecto tributário, no recolhimento unificado e centralizado da maioria dos tributos de competência de todas as esferas federativas (art. 146, CF), através de um único pagamento mensal de percentual progressivo calculado sobre sua receita bruta.

O tratamento diferenciado, ressalte-se, não configura afronta à isonomia, ao revés, revela-se instrumento de discriminação positiva, voltado a conceder às microempresas e empresas de pequeno porte ferramentas para concorrer em igualdade de condições com as grandes empresas numa economia de mercado:

“(…) Uma primeira consideração a ser feita é que o tratamento diferenciado e favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte não viola o princípio da isonomia ou a livre concorrência, ao contrário, busca justamente a sua efetivação. Isso porque não se vislumbra de plano uma igualdade material de condições entre as microempresas e as empresas de grande porte. Reconhece-se que tais empresas necessitam de um regime diferenciado, dadas as peculiaridades que apresentam, de modo a permitir uma igualdade material em relação às empresas de maior porte, assegurando-se, assim, de uma forma concreta e efetiva a livre concorrência. (...) Na ADI 4.033, o STF, por maioria, julgou improcedente a ADI, destacando que o fomento das pequenas empresas foi elevado à condição de princípio constitucional, devendo orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que não possuem o mesmo potencial

competitivo de empresas de maior porte. Reconheceu-se, ainda, que um dos propósitos da instituição de um regime tributário diferenciado é assegurar o acesso da microempresa e da empresa de pequeno porte à livre concorrência e à livre-iniciativa, além de atender ao princípio da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º, da Constituição Federal). Assim, segundo decidiu o STF, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e condizente com a finalidade de assegurar às empresas de pequeno porte a possibilidade de competirem no mercado em condições justas e iguais perante as demais.”³⁶⁵

No entanto, importa observar que o regime diferenciado, como dito, é opcional e, ao fazer a adesão, o contribuinte deve ter ciência de que deverá arcar com os ônus e os bônus dessa escolha. Ricardo Alexandre, nesse sentido, alerta que:

“(…) o tratamento favorecido previsto pelo legislador constituinte para as microempresas e empresas de pequeno porte não garante que a elas serão automaticamente estendidas quaisquer normas tributárias que venham a beneficiar os contribuintes enquadrados nas demais sistemáticas de tributação. Não há direito a um regime jurídico híbrido, que seria aquele composto pelas regras do Simples Nacional com derrogações pontuais realizadas por normas mais vantajosas, mas que tenham sido destinadas a outras categorias de contribuintes, principalmente nos casos em que da norma concessiva conste expressa previsão de inaplicabilidade aos optantes do Simples Nacional”.³⁶⁶

É nessa linha de raciocínio, ao que parece, que foi firmada a tese oriunda do julgamento do Tema nº 517 de Repercussão Geral, no sentido de que “É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos”.

Entendeu-se, portanto, pela possibilidade de cobrança do DIFAL nas operações de aquisição de mercadorias realizadas por optantes do Simples Nacional, independentemente de o contribuinte estar na condição de consumidor final no momento da aquisição. Discutia-se, em síntese, a inobservância ao princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, §2º, I da CF, que determina que o valor pago a título de tributo deve ser compensado nas operações seguintes da cadeia.

³⁶⁵ DUQUE, Felipe. Reforma Tributária comentada e esquematizada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. Págs. 91-93.

Nesse julgamento, explicitou-se que essa sistemática não funciona para os optantes do Simples, pois o DIFAL das operações de aquisição de mercadorias para fins de revenda compõe a base de cálculo da antecipação das empresas que optam pelo referido regime, mas lhes é vedada a apropriação e a transferência de créditos, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006. Determinou-se que se aplica o referido entendimento tanto à situação em que a empresa optante do Simples compra mercadoria para revenda, quanto para as hipóteses em que, por exemplo, a adquire para “uso, consumo ou ativo imobilizado”.

Vale notar, ainda, que ao julgar o Tema nº 517, o STF não se debruçou sobre a tese de existência ou não de lei complementar, tendo compreendido que a Lei Complementar nº 123/2006 expressamente autoriza a cobrança do diferencial de alíquota (art. 13, § 1º, XIII, “g”, 2, e “h”) e ainda ressaltado que o DIFAL do optante do Simples Nacional não é cobrado, necessariamente, do consumidor final (situação julgada posteriormente no Tema nº 1093 de Repercussão Geral).

No Tema nº 517, o Supremo Tribunal Federal entendeu legítima a exigência do DIFAL nos casos de operações de aquisição de mercadorias por empresas optantes pelo Simples Nacional, sob o fundamento de que tal regime é facultativo, cabendo aos contribuintes que por ele optarem não apenas usufruir do bônus de sua decisão, mas também do ônus.

Nesse sentido, leciona Ricardo Alexandre que:

“(…) Ainda no tocante ao ICMS, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional chegaram a questionar a constitucionalidade da exigência, em separado, do diferencial de alíquota (Difal) incidente em operações e prestações interestaduais constante do art. 13, §1º, XIII, ‘g’, 2, e ‘h’, da Lei Complementar 123/2006. A tese era a de que, já estando o ICMS incluso na sistemática de recolhimento centralizado própria do Simples Nacional (art. 13, caput, VII), a exigência adicional do Difal minaria a ideia de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Argumentava-se que os optantes pelo Simples Nacional sequer poderiam recorrer à compensação de créditos de ICMS relativos às operações anteriores, o que, além de violar o princípio da não cumulatividade, representaria uma enorme desvantagem em relação às empresas não participantes do regime simplificado.

O raciocínio não foi acolhido pelo STF, que destacou o caráter facultativo da adesão ao Simples Nacional, cabendo ao contribuinte, em seu planejamento tributário, sopesar as vantagens e desvantagens que a sistemática poderá

³⁶⁶ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. Pág. 965.

proporcionar à atividade empresarial. A exigência do diferencial de alíquota está expressa no art. 13, §1º, XIII, 'g', da LC 123/2006, junto a outros tributos igualmente excluídos da sistemática e recolhidos em apartado pelos entes tributantes. Quanto à impossibilidade de creditamento e compensação com operações subsequentes, não trata de vedação exclusiva para o Diferencial de Alíquotas de ICMS, mas para todo e qualquer imposto ou contribuição abrangido pelo Simples".³⁶⁷

Saliente-se, por sua extrema clareza, o seguinte excerto do voto do Exmo. Rel. Ministro Edson Fachin no julgamento do Tema nº 517:

"(...) Não há como reputar existente vício formal na espécie, porquanto a Lei Complementar 123/2006 expressamente autoriza a cobrança de diferencial de alíquota mediante antecipação do tributo em seu art. 13, §1º, XIII, "g", 2, e "h".

(...) Nesse contexto, a parte Recorrida no exercício de sua competência tributária exige do contribuinte local o recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais na entrada da mercadoria em seu território, assim como a legislação estadual não permite compensação com os tributos posteriormente devidos pela empresa optante do Simples Nacional, nos termos das Leis Estaduais 8.820/89 e 10.043/93 e do RICMS do Estado recorrido. O diferencial de alíquota consiste em recolhimento pelo Estado de destino da diferença entre as alíquotas interestadual e interna, de maneira a equilibrar a partilha do ICMS em operações entre entes federados. Complementa-se o valor do ICMS devido na operação. Ocorre, portanto, a cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de modo a alcançar o valor total devido na operação interestadual.

(...) A meu juízo, não merece acolhida a alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, haja vista que o art. 23 da Lei Complementar supracitada também veda explicitamente a apropriação ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

(...) Por conseguinte, é dado ao legislador ordinário excepcionar referida norma-regra mesmo em situação de plurifasia, impedindo a formação do direito ao abatimento, desde que em prol da racionalidade do regime

³⁶⁷ *Idem, ibidem*. Pág. 987-988.

diferenciado e mais favorável ao micro e pequeno empreendedor, bem como lastreado em finalidades com assento constitucional, como é o caso da promoção do federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio e da continuidade dos pilares do Estado Fiscal. A respeito da vedação legal ao aproveitamento ou transferência de créditos, a compreensão iterativa do STF é pela sua higidez constitucional.

(...) No tocante à possível ofensa ao postulado do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, a jurisprudência assente do STF compreende o Simples Nacional como realização desse ideal regulatório, em total consonância ao princípio da isonomia tributária.

(...) Contudo, a realização desse objetivo republicano deve ser contemporizada com os demais postulados do Estado Democrático de Direito, como assentou este Tribunal no Tema 363 da sistemática da repercussão geral, cujo caso líder é o RE 627.543, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 29.10.2014, e a tese de julgamento é a seguinte: “É constitucional o art. 17, V, da Lei Complementar 123/2006, que veda a adesão ao Simples Nacional à microempresa ou à empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

No caso em particular, a partir da Lei estadual 14.436/2014, cristalizou-se em lei tratamento mais benéfico a sociedades empresárias aderentes ao Simples Nacional, permitindo-se maior prazo de recolhimento do diferencial de alíquota àquelas pessoas jurídicas em comparação aos contribuintes submetidos à sistemática geral, sob as luzes da praticabilidade fiscal e da realização do princípio da capacidade contributiva no dinâmico contexto de mercado referente ao Estado do Rio Grande do Sul.

Não há, portanto, como prosperar uma adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais.

Nesse sentido, a opção pelo Simples Nacional é facultativa no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, arcando-se com bônus e ônus decorrentes dessa escolha empresarial que, em sua generalidade, representa um tratamento tributário sensivelmente mais favorável à maioria

das sociedades empresárias de pequeno e médio porte. À luz da separação dos poderes, é inviável ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis dos regimes tributários culminando em um modelo híbrido, sem qualquer amparo legal”.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o didático voto da Exma. Ministra Rosa Weber, a seguir parcialmente transcrito:

“(…) a Constituição, em seu art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, criou a sistemática do diferencial de alíquota, de sorte que, se um contribuinte do ICMS compra em outro Estado uma mercadoria para ele próprio, ou seja, atuando como consumidor final, ele vai ter de arcar não só com o ICMS devido ao Estado de origem, cobrado pelo vendedor e calculado com base na alíquota reduzida, como ele de pagar ele próprio, contribuinte destinatário, um ICMS extra ao seu Estado (Estado de destino da operação interestadual), calculado com base na diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Num exemplo grosseiro, empresa piauiense compra mercadoria em São Paulo e que ela não irá revender. Na operação de compra e venda interestadual será devido ICMS a alíquota de 7% (recolhido pelo vendedor, mas cobrado do comprador) e a empresa piauiense terá de recolher ICMS ao seu Estado (Piauí, Estado de destino), calculado com base na diferença entre a alíquota interna (tipicamente 18%) e a interestadual (no caso 7%). Tipicamente, então, a empresa piauiense recolherá ao Piauí o ICMS de 11% a título de diferencial de alíquota. Isso é o que normalmente se conhece como diferencial de alíquota.

Essa sistemática era falha quando o consumidor final, não contribuinte do ICMS, comprava de outro Estado. O constituinte original parece não ter se preocupado com essas operações por considerar que elas seriam pouco frequentes, mas isso mudou com a era do comércio eletrônico pela internet. Nas operações dessa natureza – exemplo: pessoa física em Belo Horizonte compra geladeira em comércio eletrônico paulista –, o ICMS era cobrado como se a operação fosse interna e o ICMS ficava todo para o Estado de origem da mercadoria. Para resolver esse problema, terminou por ser editada a Emenda 87/2015, após a qual a previsão constitucional passou a

ser de que, nas operações interestaduais que tenham por destinatário consumidor final não contribuinte do imposto, haverá utilização da alíquota interestadual e pagamento do diferencial de alíquota ao Estado destinatário, atribuindo-se ao remetente da mercadoria a obrigação de efetuar o pagamento do ICMS devido ao Estado de destino quando o comprador não for contribuinte do imposto.

Visto esse panorama geral, passo à questão de se essa sistemática do diferencial de alíquota aplica-se quando o destinatário da operação interestadual de circulação de mercadorias é contribuinte do SIMPLES.

Os Estados sustentam, em síntese, que a cobrança do diferencial de alíquota, em qualquer caso, nas operações de circulação de mercadorias em que o destinatário é empresa optante pelo SIMPLES tem amparo no art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da LC 123/2016.

Pelo contrário, contra a cobrança do diferencial de alíquota em qualquer caso, sustenta-se que a Constituição só prevê a cobrança do diferencial de alíquota quando o destinatário da operação interestadual é consumidor final, situação em que, muitas vezes, a empresa optante do SIMPLES poderá não se enquadrar, já que poderá estar adquirindo mercadorias para revenda.

Início por apontar que é fato que a Constituição, no art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, só prevê expressamente a cobrança do diferencial de alíquota na hipótese de operações interestaduais envolvendo destinatário consumidor final.

(...) Todavia, embora o diferencial de alíquota só esteja previsto diretamente na Constituição para as hipóteses de operações interestaduais que tenham como destinatário consumidor final, minha compreensão é de que isto não torna inconstitucional a previsão de cobrança do diferencial de alíquota em todas as operações interestaduais que tenham como destinatário empresa optante pelo SIMPLES.

É que a Constituição prevê que, além da sistemática geral do ICMS, por ela já bastante detalhada, lei complementar pode estabelecer tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, como emerge, desde a Emenda 42/2003, de seu art. 146, “d”, e parágrafo único.

(...) Esse sistema diverso e favorecido de recolhimento do ICMS não foi explicitado pela Constituição, que deixou o encargo à lei complementar.

Assim, minha compreensão é de que a lei complementar pode, como efetivamente o fez a LC 123/2006, prever a cobrança do diferencial de alíquota em qualquer operação interestadual que tenha como destinatário empresa optante do SIMPLES.

Importa ressaltar que essa cobrança tem, também, justificativa perfeitamente razoável, a atrair a incidência do art. 146-A 1 da Constituição, que visa a evitar seja mais vantajoso para a empresa optante pelo SIMPLES a aquisição de mercadorias fora do seu Estado do que dentro dele.

Inexistente o diferencial de alíquota, a empresa optante pelo simples ver-se-ia entre duas possibilidades ao adquirir produtos para revenda:

- a) fazê-lo de contribuinte em outra unidade da Federação, pagando apenas a alíquota interestadual (atualmente 7% ou 12%); ou
- b) fazê-lo de contribuinte situado dentro da sua própria unidade da Federação, com ICMS calculado pela alíquota interna (tipicamente 18%).

Colocada diante dessas opções, o contribuinte do SIMPLES, ao adquirir mercadorias destinadas a outras operações de circulação, certamente optaria pelas compras interestaduais, o que não seria razoável, uma vez que a regra – ressalvados incentivos regionais temporários e específicos com o devido suporte constitucional – deve ser a de que não induza, a tributação, a preferências entre Estados.

Destaco que o art. 146-A da Constituição estabelece que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação com o fim de prevenir desequilíbrios da concorrência, trazendo, também, suporte para a previsão da LC 123/2006 em discussão, uma vez que tratamento tributário para empresas de outros Estados certamente traria desequilíbrio da concorrência.”

Por fim, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes destaca, ademais, um argumento “ético” para a defesa da tese da constitucionalidade da antecipação do ICMS em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, assentado, especialmente, na necessidade de manutenção das bases do *federalismo cooperativo brasileiro*, a sustentar a autossuficiência dos entes subnacionais e a promover a Justiça Fiscal:

“(…) E, neste momento, convencido da constitucionalidade da antecipação do ICMS em relação às microempresas e empresas de pequeno porte,

acompanho as conclusões do eminente Ministro Relator, Edson Fachin, contudo, por fundamentos diversos.

E o faço por reconhecer relevante fundamento ético na antecipação tributária prevista no art. 24, §8º, da Lei estadual 8.820/89, notadamente a necessidade de equalizar a distribuição de receitas tributárias entre os Estados da Federação.

(...) Ciente da necessidade de oferecer tratamento tributário diferenciado para o comércio interestadual, a Lei Complementar 123/2006 previu expressamente que o ICMS devido nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do imposto não integra o regime unificado de apuração e recolhimento do SIMPLES NACIONAL.

(...) Como se vê, o legislador brasileiro, no exercício da liberdade de conformação que é própria do Poder Legislativo, delineou os contornos, o limite e a abrangência do regime de tributação denominado SIMPLES NACIONAL. Nesse momento, estabeleceu os tributos que estão contemplados no regime de recolhimento simplificado, mediante documento único, e aqueles que, por opção política do Congresso Nacional, não se submetem ao tratamento tributário favorecido.

É propriamente em razão dessas exclusões procedidas pelo §1º do art. 13 da Lei Complementar 123, de 2006, que mesmo as empresas optantes do SIMPLES estão obrigadas a recolher normalmente, e.g., o ITR, o IOF, o Imposto de Importação, o FGTS, enfim, uma ampla gama de tributos (nela incluído o ICMS devido em operações interestaduais, tanto na hipótese de antecipação quanto na de substituição tributária) não contemplados no regime de tributação unificado.

É evidente que essas exclusões não foram realizadas a esmo, irrefletidamente, ou com intuito puramente arrecadatório. Ao contrário, ao instituí-las, pretendeu o legislador construir um regime único de arrecadação que fosse capaz de adequar a carga tributária brasileira à realidade dos pequenos empresários, sem desestabilizar o equilíbrio da distribuição das receitas tributárias entre os Estados da Federação.

(...) Coube ao legislador, portanto, no exercício de sua liberdade de conformação política, definir a base de cálculo, as alíquotas e a forma de apuração dos tributos contemplados pelo SIMPLES NACIONAL, bem assim a definição dos impostos e contribuições que, em respeito a vetores

axiológicos previstos na Constituição Federal, foram excluídos do regime de tributação simplificado.

Nessa ordem de ideias, reputo que o acolhimento do pedido deduzido no recurso extraordinário pressupõe a alteração, pelo Poder Judiciário, dos parâmetros e dos critérios utilizados pelo legislador na conformação do regime do SIMPLES NACIONAL.

O que pretende a recorrente, basicamente, é esvaziar a eficácia de norma expressa da Lei Complementar 123, de 2006, que dispôs que o ICMS devido em operações entre Estados, com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária, não está compreendido no recolhimento mensal mediante documento único de arrecadação.

A esse respeito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não cabe ao “Judiciário desconsiderar os limites subjetivos e objetivos estabelecidos para efeito de incentivo fiscal, promovendo a inclusão de contribuinte não contemplado pela legislação de regência, ou criando situação mais favorável, a partir da combinação, não permitida, de normas legais, sob pena de atuar na condição anômala de legislador positivo” (RE 1.199.021/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 8.9.2020, Tribunal Pleno).”

Deparamo-nos, contudo, com mais um capítulo na história do Simples Nacional com o julgamento do Tema nº 1.284 de Repercussão Geral. O sistema, por vezes, distancia-se sobremaneira da ideia de regime simplificado aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte idealizado pelo legislador constituinte e, embora previsto para desburocratizar e diminuir a carga tributária, constantemente é objeto de discussão entre os contribuintes e o Fisco, e as decisões das Cortes Superiores estão longe de propiciar a pretendida simplificação, e ora pendem para o lado dos contribuintes, ora favorecem a Fazenda Pública.

Note-se que **a tese fixada no julgamento do Tema nº 517**, de que “É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos” **não foi alterada com o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.284**. Enquanto no Tema nº 517 o Fisco teve sua

tese acolhida, pode-se dizer que, com o julgamento do Tema nº 1.284, houve uma vitória dos contribuintes, que podem ver a cobrança, ao menos, postergada.

Embora tenha sido reafirmada a tese do Tema nº 517, **foi acrescentado o seguinte requisito: “A cobrança do ICMS-DIFAL de empresas optantes do Simples Nacional deve ter fundamento em lei estadual em sentido estrito”:**

“Direito Tributário. Recurso extraordinário com agravo. Icms-Difal. Simples Nacional. Exigência de lei em sentido estrito. 1. Recurso extraordinário com agravo contra acórdão que afastou a exigibilidade de diferencial de alíquota de ICMS (ICMS-DIFAL) de empresa optante pelo Simples Nacional, em razão da ausência de lei estadual em sentido estrito, que autorizasse a cobrança. 2. É certo que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 970.821, fixou tese no regime da repercussão geral, afirmando ser “constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos” (Tema 517/RG). 3. No caso, no entanto, discute-se a possibilidade de se exigir o ICMS-DIFAL de empresa optante pelo Simples Nacional, nas hipóteses em que o Estado-membro não editou lei em sentido estrito para a cobrança do tributo. 4. A jurisprudência do STF afirma que a cobrança do ICMS-DIFAL de empresas optantes pelo Simples Nacional deve ter fundamento em lei estadual em sentido estrito. **5. Afirmação da seguinte tese: “A cobrança do ICMS-DIFAL de empresas optantes do Simples Nacional deve ter fundamento em lei estadual em sentido estrito”.** 6. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário.” (STF, ARE 1460254 RG, Relator (a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 20-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-269 DIVULG 24-11-2023 PUBLIC 27-11-2023)

Os **requisitos** são, portanto, **cumulativos**, e as teses firmadas em repercussão geral no julgamento dos **Temas nº 517 e nº 1.284 são convergentes:**

EMENTA Segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Tributário. Cobrança do ICMS-Difal sobre microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. Possibilidade, conforme tema nº 517 Do Ementário da Repercussão Geral. Necessidade de lei estadual específica autorizativa da cobrança, nos termos dos temas nº 456 e nº 1.284 do ementário da Repercussão Geral. I. CASO EM EXAME 1. Agravo regimental em que se questiona a aplicação do Tema RG nº 517, no qual o Plenário do STF chancelou a possibilidade de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS sobre empresas aderentes ao Simples Nacional, tendo em vista o art. 13, § 1º, inc. XIII, als. “g”, 2, e “h” da Lei Complementar nº 123, de 2006. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Saber se excludente o Tema RG nº 517, em relação ao Tema RG nº 456, no qual fixada tese de que “a antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito”. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. **As teses firmadas em repercussão geral são convergentes e apresentam requisitos cumulativos para a cobrança do ICMS-Difal em desfavor de empresas optantes pelo Simples, devendo, para além da Lei Complementar nº 123, de 2006, a previsão específica em lei estadual.** 4. Nesses termos, a tese fixada pelo Plenário do STF no Tema nº 1.284 do ementário da Repercussão Geral: “A cobrança do ICMS-DIFAL de empresas optantes do Simples Nacional deve ter fundamento em lei estadual em sentido estrito.” IV. DISPOSITIVO 5. Agravo regimental ao que se nega provimento.

(RE 1449991 AgR-segundo, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 30-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-10-2024 PUBLIC 09-10-2024)

Resta, pois, analisar cada caso específico para definir se a legislação estadual cumpre os referidos requisitos, com base no entendimento fixado pela Corte de Uniformização da Jurisprudência Constitucional ao examinar, no Tema de Repercussão Geral nº 1.284, a situação do Estado de Goiás.

Vejamos, portanto, no Estado de Pernambuco, se é devido o pagamento do Diferencial de Alíquotas de ICMS – DIFAL por empresas optantes do Simples Nacional. Em outras palavras, é preciso verificar se há legislação estadual – lei em sentido estrito –

que expressamente o determine, nos termos do que restou definido no julgamento do referido Tema nº 1.284 de Repercussão Geral.

Ao analisar a legislação estadual, entendo que resta claro que, no caso dos optantes do Simples Nacional, não há lei específica que autorize a cobrança do DIFAL, mas apenas regras gerais de tributação para contribuintes que estejam no regime de apuração normal, como se infere da análise da Lei Ordinária Estadual nº 15.730/2016. A referida lei prevê expressamente a antecipação tributária, mas se refere aos contribuintes em geral, sem fazer referência expressa àqueles optantes pelo Simples Nacional, como seria exigido, nos termos da tese fixada no Tema de Repercussão Geral nº 1.284:

LEI Nº 15.730/2016:

Art. 5º É responsável tributário pelo imposto, na qualidade de contribuinte-substituto:

(...)

XVIII - o remetente, localizado em outra UF, mediante termo de acordo firmado com a SEFAZ, relativamente ao imposto antecipado previsto na legislação tributária estadual, quando promover saída, com destino a este Estado, de mercadorias sujeitas à mencionada antecipação;

XIX - o remetente, em relação às saídas subsequentes àquela promovida para contribuinte não inscrito no CACEPE, nas condições previstas em decreto do Poder Executivo;

XX - o adquirente de mercadoria sujeita à antecipação do imposto, prevista na legislação tributária, relativamente às saídas subsequentes àquela que promover, realizadas pelos sucessivos estabelecimentos adquirentes até a saída do produto para o consumidor final, nas seguintes hipóteses:

a) o contribuinte-substituto não tiver retido ou tiver retido a menor o correspondente ICMS antecipado; ou

b) a referida antecipação ocorrer sem substituição tributária;

Art. 28. Decreto do Poder Executivo pode exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da base de cálculo da operação ou da prestação subsequente efetuada pelo contribuinte, inclusive na entrada de mercadoria procedente de outra UF.

§ 1º O imposto antecipado pode ser relativo à operação subsequente, às operações subsequentes até a última, destinada a consumidor final, ou a uma parcela do imposto da operação subsequente.

§ 2º Quando o imposto antecipado não alcançar todas as etapas de circulação da mercadoria até o consumidor final, o recolhimento do mencionado imposto não desobriga o adquirente de apurar e recolher o respectivo ICMS relativo à operação subsequente.

§ 3º O pagamento antecipado de que trata o caput pode ser exigido em função do tipo da mercadoria, atividade econômica do contribuinte ou da respectiva situação no CACEPE.

Art. 29. A base de cálculo do imposto antecipado previsto no art. 28 é: (Lei 15.954/2016 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

I - quando o recolhimento do referido imposto for realizado por meio do regime de substituição tributária: (Lei 15.954/2016 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

a) tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão ou entidade competente da Administração Pública, o mencionado preço;

b) existindo preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, o mencionado preço;

c) nos demais casos, observado o disposto na alínea “d”, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

1. o valor da operação ou prestação própria realizada pelo contribuinte-substituto ou pelo contribuinte-substituído intermediário;

2. o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço; e

3. a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes, que é estabelecida tomando-se por base os preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por meio de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados; ou

d) em substituição ao disposto na alínea “c”, quando a legislação dispuser, o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no item 3 da alínea “c”; ou

e) na hipótese de mercadoria proveniente de outra UF para entrega a destinatário incerto deste Estado, o valor da operação constante do respectivo documento fiscal acrescido dos valores de que tratam os itens 2 e 3 da alínea “c”; ou (Lei 15.954/2016 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

II - quando o referido imposto for recolhido pelo próprio contribuinte, a critério do Fisco, por meio de decreto do Poder Executivo:(Lei 15.954/2016 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

a) o valor da operação constante do respectivo documento fiscal;

b) o valor obtido nos termos da alínea “d” do inciso I; (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

c) o valor da operação constante do respectivo documento fiscal, acrescido da margem de valor agregado de que trata o item 3 da alínea “c” do inciso I; ou (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

d) tratando-se de entrada interestadual: (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

1. o valor obtido nos termos do inciso XI do art. 12, acrescido, quando for o caso, da margem de valor agregado de que trata o item 3 da alínea “c” do inciso I; ou (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1°.04.2017)

2. o valor da operação, na hipótese de o cálculo do imposto antecipado ser efetuado na forma prevista no inciso II do § 1º do art. 30. (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1°.04.2017)

§ 1º Para efeito de determinação da margem de valor agregado, além dos critérios previstos no item 3 da alínea “c” do inciso I do caput, observa-se:

I - os percentuais de agregação são os definidos em decreto do Poder Executivo ou aqueles estabelecidos em Convênio ou Protocolo ICMS celebrados entre UFs no âmbito do CONFAZ, conforme o disposto em legislação específica;

II - na hipótese de estar prevista, em Convênio ou Protocolo ICMS celebrados entre UFs no âmbito do CONFAZ, conforme o disposto em legislação específica, mais de uma margem de valor agregado para o mesmo produto, prevalece aquela que for inferior; e

III - a existência da relação de interdependência existente entre as empresas remetente e adquirente da mercadoria sujeita à antecipação tributária, nos termos de decreto do Poder Executivo.

§ 2º Na hipótese de antecipação tributária, não devem ser considerados, para cálculo do ICMS antecipado, descontos ou abatimentos, ainda que líquidos e certos.

§ 3º A base de cálculo prevista no inciso II do caput pode ser reduzida, conforme previsto em decreto do Poder Executivo. (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1°.04.2017)

§ 4º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete na composição da base de cálculo, observa-se:

I - o recolhimento do imposto antecipado relativo ao frete é de responsabilidade do estabelecimento destinatário; e

II - a referida base de cálculo é o valor do frete, acrescido do percentual de que trata o item 3 da alínea “c” do inciso I do caput, observadas as demais regras relativas à utilização da margem de valor agregado.

§ 5º Salvo disposição expressa em contrário, quando o imposto antecipado for relativo à operação subsequente ou a uma parcela do imposto da operação subsequente, na hipótese de concessão de redução da base de cálculo da mencionada operação, o cálculo do imposto antecipado deve considerar o referido benefício fiscal. (Lei 16.473/2018)

§ 6º Em substituição ao disposto na alínea “d” do inciso II do caput, pode ser adotado o valor obtido nos termos da alínea “d” do inciso I. (Lei 15.997/2017 – Efeitos a partir de 1º.04.2017)

§ 7º O Preço Médio Ponderado a Consumidor Final – PMPF corresponde ao preço a consumidor final de que trata a alínea “d” do inciso I do caput. (Lei 16.447/2018)

§ 8º Para efeito do levantamento de que trata o item 3 da alínea “c” do inciso I do caput, podem ser utilizados os preços obtidos a partir dos documentos fiscais eletrônicos e da escrituração fiscal digital, constantes da base de dados do Fisco. (Lei 16.447/2018)

Art. 30. O imposto antecipado deve ser calculado mediante a aplicação do percentual correspondente à alíquota do ICMS vigente para as operações internas, sobre a respectiva base de cálculo, deduzindo-se do resultado obtido o valor do crédito fiscal destacado no correspondente documento fiscal de aquisição.

§ 1º Em substituição ao cálculo previsto no caput, o valor do ICMS antecipado pode ser obtido mediante a aplicação sobre a respectiva base de cálculo:

I - do percentual correspondente à diferença entre a alíquota do ICMS vigente para as operações internas e aquela prevista para as operações interestaduais; ou

II - de um percentual específico, nos termos da legislação tributária.

§ 2º Salvo disposição expressa em contrário, quando o imposto antecipado for relativo à operação subsequente ou a uma parcela do imposto da operação subsequente, na hipótese de concessão de crédito presumido relativo à operação com a respectiva mercadoria, o cálculo do imposto antecipado deve considerar o mencionado benefício fiscal. (Lei 16.473/2018).

Não há dúvidas de que a legislação referida prevê a antecipação tributária. Contudo, **apenas no Decreto nº 44.650/2017 é que foi expressamente definida a tributação para os contribuintes optantes do SIMPLES Nacional:**

“Art. 329. Fica exigido o recolhimento antecipado do imposto na aquisição de mercadoria em outra UF por contribuinte:

I - inscrito no Cacepe no regime normal de apuração do imposto, (...);

II – optante do Simples Nacional;

Vejamos, por oportuno, o seguinte julgado, de Relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin:

Ementa: RECLAMAÇÃO. IMPOSTO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ICMS-DIFAL. TEMA 517 DA REPERCUSSÃO GERAL. OFENSA VERIFICADA. CASSAÇÃO DO ATO RECLAMADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 517 da Repercussão Geral, fixou o entendimento de que é constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos, **desde que amparada em expressa disposição de lei estadual em sentido estrito.** 2. A determinação de cobrança do diferencial de alíquota do ICMS por força de norma diferente de lei estadual em sentido estrito não encontra amparo no que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 517 da repercussão geral. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 59561 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em

No voto do Exmo. Ministro Relator, restou consignado o seguinte:

“(…) Em que pese a parte agravante sustente que a agravada se submete ao pagamento do diferencial de alíquotas, não por força do Decreto Estadual n. 9104/17, mas por força da própria Lei Complementar 123/06 e da Lei Estadual n. 11.651/91 – CTE/GO, não é isso o que se depreende do acórdão reclamado, especialmente no ponto em que assenta que o entendimento consubstanciado no acórdão objeto do recurso extraordinário está em consonância com o Tema 517 da repercussão geral. (...) 3. O Decreto Estadual n. 9.104, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2017, passou a exigir o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna utilizada no Estado de Goiás e a alíquota interestadual aplicável, na aquisição interestadual de mercadoria destinada à comercialização ou produção rural efetivada por contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, inclusive o Microempreendedor Individual – MEI. 4. Sem honorários na fase recursal, tendo em vista que não arbitrados no juízo de primeiro grau. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.”

(…) Constata-se que o acórdão reclamado é pontual ao assentar que foi pelo Decreto Estadual nº 9.104/2017, que se passou a exigir o pagamento do ICMS. Logo, a determinação de cobrança do diferencial de alíquota do ICMS por força de norma diferente de lei estadual em sentido estrito não encontra amparo no que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 517 da repercussão geral, quadro que impõe a cassação do ato reclamado”.

É evidente, dessa forma, que a Corte de Uniformização da Jurisprudência Constitucional exige a previsão em lei em sentido estrito para a cobrança do ICMS-DIFAL às empresas optantes pelo Simples Nacional. E, no caso de Pernambuco, a cobrança é prevista de forma expressa apenas no Decreto nº 44.650/2017, o que, como visto, não é admissível.

A situação pernambucana, observe-se, é bastante semelhante ao caso do Estado de Goiás, ainda que, no caso de Goiás, o Decreto Estadual nº 9.104/2017 tenha

um objeto mais restrito e se volte especificamente à cobrança do ICMS-DIFAL aos optantes do SIMPLES Nacional, uma vez que “*dispõe sobre o pagamento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelo contribuinte optante pelo Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias destinadas à comercialização ou produção rural e altera o Anexo IX do RCTE*”. No caso de Pernambuco, o Decreto nº 44.650/2017 é bastante amplo e presta-se a regulamentar, de modo geral, “a Lei nº 15.730, de 17 de março de 2016, que dispõe sobre o ICMS”. Porém, ao instituir o sujeito passivo, o decreto claramente excede os limites da mera regulamentação, uma vez que a Lei nº 15.730/2016 prevê o recolhimento antecipado do ICMS na aquisição de mercadoria em outra unidade da federação para os *contribuintes em geral*, e apenas surge o *optante do Simples* como sujeito passivo no artigo 329 do Decreto Estadual nº 44.650/2017. A orientação a ser seguida em Pernambuco, como se vê, não destoará do que ocorreu em relação ao Estado de Goiás.

As discussões acerca do tratamento diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, certamente, prolongar-se-ão à medida que regulamentada e concretizada a Reforma Tributária. Embora mantido regime do Simples Nacional, algumas mudanças foram logicamente necessárias, como a inclusão na sistemática do Imposto Sobre Bens e Serviços – IBS e da Contribuição Sobre Bens e Serviços (CBS) (art. 146, III, ‘d’, da Constituição Federal).

E, veja-se, ao contrário do que se tem defendido até então, e que, inclusive, foi fundamento de muitos dos julgados acima debatidos, a Reforma Tributária traz a possibilidade de um “regime híbrido”, uma inédita opção de sujeição parcial à sistemática do Simples Nacional, o que apresenta especial relevo na questão da apropriação de créditos de IBS e CBS, o que é expressamente vedado pelo artigo 23 da Lei Complementar 123/2006 para o ICMS.

Sobre a questão do creditamento e da opção parcial, Mateus Pontalti é preciso e bastante didático ao esclarecer as principais mudanças trazidas pela Reforma Tributária, de modo que se impõe a transcrição parcial de sua lição:

“(…) O ICMS é não cumulativo, ou seja, os contribuintes podem se apropriar dos créditos do imposto atinentes às entradas tributadas de mercadorias no seu estabelecimento.

A não cumulatividade tem como objetivo evitar que as incidências sucessivas nas diversas operações da cadeia econômica de um produto impliquem em um ônus tributário excessivo, resultante da múltipla tributação da mesma base econômica. Por meio dela, evita-se a oneração em cascata, que ocorreria se o ICMS pudesse ser cobrado, sem qualquer compensação, nas diversas saídas da mercadoria.

Assim, por meio da não cumulatividade, o imposto incide em cada etapa da cadeia produtiva, mas o montante que foi suportado anteriormente pode ser compensado com o montante a pagar.

(...) O IBS e a CBS, por seu turno, também serão não cumulativos, porém com contornos mais amplos do que o ICMS. No IBS e na CBS, o adquirente terá direito a se creditar com relação a qualquer bem, serviço ou direito, salvo aqueles que sejam considerados de uso pessoal.

Pois bem. De acordo com o artigo 23 da LC 123/2006, as empresas optantes pelo Simples Nacional não podem se apropriar de créditos de ICMS. Isto significa que, ao contrário do que ocorre no regime normal de apuração desse imposto, essas empresas não podem abater o ICMS pago nas aquisições de mercadorias ou serviços com o crédito de ICMS a ser recolhido sobre suas vendas.

Essa vedação à apropriação de créditos pode tornar a adesão ao Simples Nacional mais onerosa em certas situações, principalmente para empresas que realizam operações com alto valor de insumos ou mercadorias sujeitas à tributação. Por exemplo, se uma empresa compra mercadorias ou matérias-primas com uma carga tributária significativa de ICMS, no regime normal, ela poderia usar o valor desse ICMS como crédito para abater o imposto devido nas operações de venda. Contudo, no Simples Nacional, essa compensação não é permitida.

Confrontadas com essa realidade, as empresas enfrentam um dilema: optar pelo Simples Nacional e arcar com uma carga tributária potencialmente mais alta, ou sujeitar-se ao regime de tributação regular, que permite a apropriação de créditos de ICMS, mas implica uma maior complexidade

administrativa. Atualmente, não é possível adotar um regime híbrido que combine a simplicidade do Simples com a apropriação de créditos fiscais.

Essa situação será resolvida com a extinção do ICMS em 2033.

Isso porque, o novo regime, aplicável ao IBS e à CBS, oferece duas opções às empresas optantes pelo Simples Nacional:

i) a primeira é recolher o IBS e a CBS por meio do regime único, caso em que não haverá direito à apropriação de créditos, tal como ocorre hoje com relação ao ICMS (parágrafo terceiro, inciso I);

ii) A segunda é recolher o IBS e a CBS separadamente, fora do regime único, caso em que será possível a aplicação da não cumulatividade com relação a esses dois tributos (parágrafo segundo).

Assim, o novo arranjo, estabelecido pelo parágrafo segundo do artigo 146, permite que contribuinte do Simples Nacional “fracionem” o regime, optando por recolher o IBS e a CBS separadamente, aproveitando tanto a não cumulatividade como o regime do Simples Nacional”.³⁶⁸

Ricardo Alexandre e Tatiane Arruda, sobre o tópico acima tratado, partilham de semelhante opinião:

“(...) Diante do fato de que a não cumulatividade do IVA dual será plena, adotando a sistemática de crédito físico (...), pode ser mais vantajoso para a microempresa ou empresa de pequeno porte optante do Simples Nacional recolher o IBS e a CBS fora da sistemática, ou seja, segundo o regime normal de tributação.

Isso ocorre porque os optantes do Simples Nacional que pagarem os mencionados tributos dentro da sistemática, apesar de transferirem créditos para não optantes, os que deles adquirem bens e serviços (no montante equivalente aos pago no regime – CF, art. 146, §3º, II) não podem se creditar de valor algum (CF, art. 146, §3º, II). Ou seja, o Simples Nacional é manifestamente cumulativo.”³⁶⁹

Os autores advertem ainda que, enquanto o IBS e a CBS precisam ser incluídos na sistemática, o mesmo não deve ocorrer em relação ao imposto seletivo, “sob pena de mitigar o pretendido efeito de desestimular o consumo de produtos e serviços

³⁶⁸ PONTALTI, Mateus. Comentários à Reforma Tributária – EC 132/2023: Entenda o que mudou e por que mudou. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. Págs. 40-43.

nocivos à saúde ou ao meio ambiente” ou quanto ao IPI, cujo novo papel é “onerar os produtos que tenham industrialização incentivada na Zona Franca de Manaus”, “assim como ocorre com os demais tributos de notória e primordial finalidade extrafiscal (como os impostos de importação, exportação e sobre operações financeiras).”³⁷⁰

Infere-se, por conseguinte, que os fundamentos que hoje alicerçam a jurisprudência serão, brevemente, alterados, em decorrência das balizas estabelecidas pela Reforma Tributária. A possibilidade de adoção de um “regime híbrido” pelas empresas optantes pelo Simples Nacional é só um pequeno vislumbre das adaptações que estão por vir, que, espera-se, caminhem no sentido da real e efetiva desburocratização e simplificação da regulamentação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em plena concretização do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ALEXANDRE, Ricardo e ARRUDA, Tatiane. Reforma Tributária. EC 132/2023. A Nova Tributação do Consumo no Brasil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

DUQUE, Felipe. Reforma Tributária comentada e esquematizada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. Págs. 91-93.

PONTALTI, Mateus. Comentários à Reforma Tributária – EC 132/2023: Entenda o que mudou e por que mudou. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. Acessível em www.stf.jus.br

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Acessível em www.stj.jus.br.

TJPE. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: www.tjpe.jus.br

³⁶⁹ ALEXANDRE, Ricardo e ARRUDA, Tatiane. Reforma Tributária. EC 132/2023. A Nova Tributação do Consumo no Brasil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. Pág. 190-191.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*. Pág. 191.

**A TEORIA DUALISTA DO
VÍNCULO OBRIGACIONAL E
SUA APLICAÇÃO AO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

José Fernando Simão

A TEORIA DUALISTA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

José Fernando Simão

Professor Doutor do departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Advogado e Parecerista em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

Sumário: 1 – Homenagem. 2 – O vínculo jurídico. *Die Schuld e die Haftung*. Uma introdução. 3 – Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano. 4 – A teoria dualista e o Código Civil de 2002. 5 – Notas conclusivas.

1 HOMENAGEM

Conheci Jones Figueirêdo Alves, primeiramente, por suas obras, em especial pela Série Questões Controvertidas no Novo Código Civil, coordenada por ele e pelo amigo Mário Delgado, e pelo Código Civil Anotado, ambos editados pela Editora Método. Posteriormente, conheci o Desembargador Jones pessoalmente, por ocasião do V Congresso Brasileiro de Direito de Família promovido pelo IBDFAM, na cidade de Belo Horizonte.

Há pessoas com quem a construção de relações exige tempo, e outras em que a intensidade da amizade é inversamente proporcional ao tempo que a conhecemos. Com o nosso homenageado aconteceu exatamente isto. Já no primeiro encontro conversamos longamente sobre História e histórias, além de discutirmos diversas questões relativas ao então novo Código Civil. Era 2005 e estávamos em Belo Horizonte em um Congresso do IBDFAM. Já naquele dia, trocamos impressões sobre a Ordem dos Pobres Cavaleiros de Cristo (templários) e sua participação na recuperação da Terra Santa para os católicos.

A afinidade de ideias e ideais criou intenso vínculo de respeito e consideração. Daí, o aprofundamento da amizade foi consequência natural. Para quem não sabe, Jones (que sempre me repreende por chamá-lo de Desembargador) é grande cultor das artes literárias e cinematográficas. Dono de vasta biblioteca que vai muito além das obras jurídicas, é incansável colecionador de filmes dos mais antigos aos mais recentes. Atualmente (outubro de 2024) suas estantes seguem uma lógica interessante: ao lado das

obras de certo escritor (Da Vinci, Shakespeare, Platão etc), Jones tem uma pequena estátua em gesso do próprio autor.

Foi graças à generosidade do amigo Jones que pude ministrar inesquecível palestra em Recife, por ocasião do aniversário da ESMape, e, posteriormente, desfrutar de seu convívio familiar, conhecendo Socorro, Renata e Marcelo.

Foi Jones que, enquanto Decano do TJ/PE, que me outorgou as honrosíssimas medalhas de “honra ao mérito Juiz Aluiz Tenório de Brito” “Medalha do Mérito Judiciário Desembargador Joaquim Nunes Machado”.

Nos anos de 2012 e 2013 estive com Jones e demais Desembargadores do TJ/PE para um curso de uma semana ministrado por docentes da Universidade Britânica. Nos tempos livres, gastamos algumas horas no Museu Britânico, em especial na parte da Babilônia, na *National Gallery of Art*, onde vimos a exposição incrível das obras de Leonardo da Vinci, e no museu *Victoria and Albert*, vimos os presentes que vários monarcas britânicos ganharam da Família Romanov.

Jones Figueirêdo Alves completou 75 anos em 2022. A aposentadoria não implicou redução do seu ritmo de trabalho, nem de uma produção acadêmica incansável. Jones não teme o novo: estuda bioética, inteligência artificial e tudo que há de mais moderno em termos de avanços científicos e sua interface com direito. É por isso que cataloga com eficiência a biblioteca jurídica que tem em sua casa e certamente conta com mais de 5.000 livros jurídicos.

O passar dos anos acentuou o vício (mais positivo deles) que é a leitura de obras jurídicas e não jurídicas. Não consigo indicar livros para ele. Ele já conhece e já leu tudo que há de melhor na atualidade.

Uma nota especial. Meus pais se tornaram amigos da família Figueirêdo Alves. Em mais de uma ocasião se encontraram no Brasil e na Europa. Jones era uma pessoa pela qual meu finado pai tinha especial apreço.

Estas linhas são mais que um agradecimento. São verdadeiras confissões de gratidão e admiração pelo amigo jurista e sua obra. Se há homens cultos, homens muito cultos, há

ainda Jones Figueirêdo Alves. Um jurista, um humanista e uma pessoa por quem nutro a mais profunda e incondicional amizade.

2 O VÍNCULO JURÍDICO. *DIE SCHULD E DIE HAFTUNG*. UMA INTRODUÇÃO

Quando se analisam os elementos da obrigação³⁷¹, costuma-se afirmar que estes são três, ainda que não haja unanimidade quanto aos termos que os designam. O elemento subjetivo é composto pelas partes, o objetivo pela prestação e o imaterial ou espiritual é o vínculo jurídico.

O elemento subjetivo se caracteriza pela existência de dois sujeitos. O sujeito ativo é o credor e o passivo é o devedor. Enquanto o primeiro exige uma conduta do segundo, este tem o dever de realizar a conduta. Nos contratos unilaterais, uma das partes exerce o papel de credor e a outra de devedor. Isto se verifica no mútuo em que o mutuante, na qualidade de credor, pode exigir do mutuário, como devedor, a restituição em igual qualidade e quantidade do bem emprestado. Nos contratos bilaterais, em que há prestação e contraprestação, a relação de crédito e débito é recíproca. É o que se percebe na compra e venda em que o vendedor é devedor do bem e credor do dinheiro, e o comprador é devedor do dinheiro e credor do bem.

O elemento objetivo é a prestação. A prestação é objeto da obrigação e sempre se constitui em uma conduta humana: dar, fazer ou não fazer. É o chamado objeto imediato ou próximo da obrigação. Já o objeto da prestação é um bem da vida, que pode ser material ou imaterial (ex: carro ou marca) e é chamado de objeto mediato ou distante.

Assim, se João deve dar o carro a José, dar é o objeto imediato ou próximo (é a prestação) e o carro o objeto remoto ou mediato (é o objeto da prestação). Em conclusão, a prestação ou objeto imediato pode ser apenas de dar, fazer ou não fazer. Já o objeto mediato pode ser os mais variados e infinitos bens da vida.

Por fim, temos o elemento imaterial ou espiritual, qual seja, o vínculo jurídico. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo é o liame que liga os sujeitos, possibilitando do credor exigir uma conduta do devedor.³⁷²

Efetivamente, é antiga a noção pela qual o vínculo é elemento da obrigação. Das Institutas de Justiniano consta que “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”³⁷³.

³⁷¹ Na etimologia vem *obligare* ou *ligare ob*, ou seja, ligar por causa de, ligar para. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil, 11ª Ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 110.

O vínculo, constituído pelo enlace dos poderes conferidos ao credor com os correlativos deveres impostos ao titular passivo da relação, forma o núcleo central da obrigação, o elemento substancial da economia da relação.³⁷⁴

Foi Alois Brinz que no fim do Século XIX, fazendo uma releitura das fontes romanas, desenvolveu a chamada teoria dualista do vínculo pela qual este se decompõe em dois elementos: dívida (*debitum* em latim e *Schuld* em alemão) e responsabilidade (*obligatio* em latim e *Haftung* em alemão³⁷⁵).

Explica Judith Martins-Costa que a teoria dualista, proposta por autores alemães dos finais dos Oitocentos, notadamente Bekker e Brinz, e aperfeiçoada no início do século XX por Von Gierke, decompunha a obrigação em dois momentos: *Schuld*, como um dever legal em sentido amplo, mas em sentido estrito é a dívida autônoma em si mesma e que tem por conteúdo um dever legal e *Haftung* que consiste na submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado³⁷⁶.

Em suma o primeiro elemento consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento e o segundo na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou seja, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano) como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou terceiro.³⁷⁷

Enquanto a dívida consiste no dever de prestar, a responsabilidade é prerrogativa conferida ao credor de tomar bens do devedor para a satisfação da dívida.

Cabe ao mutuário entregar bem equivalente em quantidade e qualidade ao emprestado (dívida ou *Schuld*). Seus bens se sujeitam ao adimplemento da obrigação (responsabilidade ou *Haftung*). Se entregar, a prestação primária se extingue (some parte do vínculo jurídico e com ele parte do dever e a responsabilidade³⁷⁸). Se não, pode o credor colocar em ação a prerrogativa de tomar bens do devedor (*Haftung*).

Conforme leciona José Carlos Moreira Alves, duas são as importantes distinções entre dívida e responsabilidade. A primeira é que surgem em momentos diversos: a dívida desde a formação da obrigação e a responsabilidade posteriormente quando o devedor não cumpre a prestação devida. A segunda é que o *debitum* é elemento não coativo (o devedor é livre para realizar ou não a prestação), já a *obligatio* é um elemento coativo³⁷⁹.

³⁷² Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil, 11ª Ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 109.

³⁷³ Em tradução de José Carlos Moreira Alves, "a obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa segundo o direito de nossa cidade (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 2, p. 3)

³⁷⁴ Antunes Varela, João de Matos. Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 109.

³⁷⁵ No português falado costuma-se ouvir "o" *Schuld* e "o" *Haftung*. Trata-se de equívoco, porque em alemão ambas as palavras são femininas.

Nas palavras de Pacchioni, que na Itália se constitui o mais ardoroso paladino da concepção dualista ou binária, o *debitum* vem a ser o elemento social, a *obligatio* o elemento tipicamente jurídico; o primeiro espontâneo, o segundo coativo; aquele psíquico e ideal, este material e positivo³⁸⁰.

Normalmente os elementos do vínculo caminham juntos, porque aquele que deve também responde (*Wer schuldet, haftet auch*). Contudo, enquanto a teoria dualista admite que os elementos existam separadamente, a teoria unitária ou monista assim não admite. Sobre o tema, explica Serpa Lopes que o debate se coloca nos seguintes termos: “onde, pois, assenta o núcleo essencial da obrigação? Estará na obrigação do devedor de cumprir a prestação ou no poder do credor de contra ele agir coativamente, e, definitivamente, no poder de agressão em sobre o seu patrimônio, no caso de inadimplemento?” O autor esclarece que para os clássicos a essência da obrigação está na dominação do credor sobre certo ato do devedor e a segunda pretende situá-la nos próprios bens a que o devedor é obrigado a prestar.³⁸¹

Enquanto a concepção monista, nenhuma diferença há entre o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor e sua execução forçada no caso de inadimplemento, para os dualistas as fases são distintas.³⁸²

É a aplicação da teoria dualista ao ordenamento brasileiro que faremos após uma breve análise da responsabilidade no direito romano.

3 NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE NO DIREITO ROMANO

O Código Civil de 2002, em dois dispositivos distintos, indica que os bens do devedor respondem por suas dívidas. Assim, o art. 391 prevê que pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor. Já o art. 942 prevê que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado.

³⁷⁶ Comentários ao novo Código Civil, v. V, t. I. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, p.16.

³⁷⁷ Antunes Varela, João de Matos. Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 143/144.

³⁷⁸ Não se ignora que há deveres decorrentes da boa-fé objetiva, chamados de anexos ou laterais, que persistem mesmo após o cumprimento da prestação pelo devedor. Neste sentido, considerando-se que os deveres anexos fazem igualmente parte do vínculo, estes também compõem a noção de *Schuld* e, assim, há dívida mesmo na fase pós-contratual. Por isto, se os deveres forem descumpridos, surgirá também responsabilidade (*Haftung*) após o cumprimento da prestação primária. Em suma, a noção de *Schuld* inclui os deveres anexos da boa-fé que existem nas fases pré, contratual e pós-contratual.

³⁷⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 5.

³⁸⁰ *apud* Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 4º v., 30ª ed, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 25.

A responsabilidade assume, portanto, caráter evidentemente patrimonial, restando apenas resquícios no texto constitucional da prisão civil por dívidas, que não passam incólumes a severas críticas³⁸³.

No direito romano arcaico³⁸⁴, encontrava-se a figura do *nexum*³⁸⁵, pela qual o corpo do devedor respondia por suas dívidas. O *nexum* é instituto controverso entre os romanistas. Conforme leciona José Carlos Moreira Alves como os informes sobre este vieram de autores literários, são estes imprecisos e o próprio Varrão, em texto do Século I a.C. (*De Lingua Latina*, VII), já não tinha noção exata sobre o *nexum*.³⁸⁶

No mesmo sentido, Alexandre Correia e Gaetano Sciacia explicam que os autores da época clássica “lembram-nos excepcionalmente como antiguidades fora de uso”³⁸⁷.

Conforme opinião antiga e dominante, o *nexum* era o contrato formal mais velho da sociedade romana e que correspondia em sua forma à *mancipatio*, ou seja, ao modo típico romano usado para a transferência das *res Mancipi*.³⁸⁸ Assim, *nexum* e *mancipatio* se realizavam *per aes et libram*.³⁸⁹

José Carlos Moreira Alves resume a controvérsia sobre o que seria o *nexum* e sua natureza jurídica em duas correntes. Pela primeira, ou tradicional, o instituto é um contrato de mútuo³⁹⁰ celebrado *per aes et libram* com força executiva e portanto independia de julgamento (*iudicatum*). Segundo esta corrente, na presença das partes e de cinco testemunhas, além do *libripens* (porta-balança), pesavam-se os lingotes de bronze que iam ser entregues ao mutuário pelo mutuante e, com a prolação da *damnatio*, criava-se a obrigação de restituí-los. Para que a obrigação se extinguísse era necessária a realização

³⁸¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 11.

³⁸² SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 11.

³⁸³ Neste sentido, o art. 5º, LXVII prevê a possibilidade de prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Quanto ao depositário infiel, deve-se frisar que a prisão restou inviabilizada pela Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal, bem como pela Súmula 419 do STJ. As súmulas decorem do entendimento do Supremo Tribunal Federal pelo qual “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto- Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969” (REExt. 466.343-1)

³⁸⁴ A cronologia da história do direito romano se divide em três partes: Fase do direito antigo ou pré-clássico, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C., que vai das origens de Roma até a Lei *Aebutia* (É esta lei de meado do século II a.C. que substitui o sistema das ações da lei pelo formulário, mas cujo alcance é controverso, pois apenas as Leis Júlias Judiciárias - da época de Augusto — 17 d.C. - tornaram obrigatório tal processo. Para os romanistas, a *Lex Aebutia* deu escolha aos litigantes, que poderiam optar entre o sistema das ações da lei e o processo formulário); Fase do direito clássico, que vai da Lei *Aebutia* até o término do reinado de Dioclesiano, em 305 d.C.; e Fase do direito pós-clássico ou romano-helênico, que vai desde 305 d.C. até 565 d.C., com o fim do reinado de Justiniano (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 1-2)

³⁸⁵ Deriva de *nectere*, isto é ligar (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 276).

³⁸⁶ *Direito romano*, v. 1, p. 138.

de cerimônia inversa pela qual o devedor pronunciaria uma forma que o desligasse da *damnatio*. Pela segunda corrente, o *nexum* significava um ato pelo qual o devedor ou sua família se vendiam ao credor (automancipação) ou se davam em penhor (auto-empenhamento) para garantirem o cumprimento de uma obrigação. Assim, o *nexum* não era um contrato de mútuo porque não criava obrigações. Estas pré-existiam ao *nexum*.³⁹¹

Conforme anota Charles Demangeat, os devedores (ou *nexi*) demandados em juízo diante do magistrado ou condenados por suas dívidas pelo juiz, segundo as regras das XII Tábuas, tinham 30 dias quitar suas dívidas. Se não o fizessem, o credor poderia se valer da *manus iniectio* pronunciando a fórmula descrita por Gaio³⁹². Efetivamente, a sanção do *nexum* era a *manus iniectio*, isto é, na falta de pagamento o *tradens* tinha o direito de lançar mão do *accipiens*³⁹³.

A situação dos *nexi* era bastante complexa, pois enquanto o devedor não pagava ou outro se oferecia para pagar por ele para liberá-lo (mediante a solenidade chamada *solutio per aes et libram*), ao credor cabia o direito de golpeá-los e fazê-los trabalhar por sua própria conta.³⁹⁴ O devedor era mantido em cárcere privado.³⁹⁵

Ademais, passando o devedor ao poder do credor poderia ser ele acorrentado e se, nos sessenta dias seguintes, não ocorresse o pagamento da dívida, este seria conduzido diante do magistrado por três dias de mercado consecutivos, (*trini nundinis continuis*) e, então o credor poderia matá-lo ou vendê-lo fora de Roma (*trans Tiberim*).³⁹⁶

³⁸⁷ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 276.

³⁸⁸ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 465. Segundo José Carlos Moreira Alves, a *mancipatio* é o modo derivado de adquirir a propriedade, *ex iure Quiritum*, das *res Mancipi*. É um negócio jurídico solene e, por isso, somente podia ser utilizado por um cidadão romano ou por latinos ou peregrinos que tivessem *ius commercii*. As coisas *res Mancipi*, na república e no início do principado, são em número limitado: os *praedia italica*, as casas, os escravos e os animais de carga e de tração. Já as *nec Mancipi* existem em número ilimitado, pois compreendem todas as demais coisas que não se capitulam entre as *res Mancipi*; assim, especialmente, os imóveis nas províncias, os carneiros, as cabras e as moedas (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 179, 384 e 386)

³⁸⁹ *Negotia per aes et libram* são todos os negócios jurídicos realizados mediante o cobre (*aes*) e a balança de pratos (*libra*). O cobre constitui o metal não cunhado (*aes rude*), que nos tempos antigos valia como intermediário das trocas. Já a balança serve para determinar o peso do metal como medida de valores. (*Mancipatio*, Renato Avelino de Oliveira Neto, I Revista Jus Navigandi, <http://jus.com.br/revista/texto/7174/mancipatio>, acesso em 14 de setembro de 2011).

³⁹⁰ É adepto da primeira corrente Charles Demangeat para quem em se emprestando uma soma em dinheiro ou mesmo desde que o empréstimo é contratado, está-se obrigado *per aes et libram* na forma do *nexum*. (DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 150). Em igual sentido FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 37.

³⁹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 138/139.

³⁹² DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 151.

³⁹³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 277.

³⁹⁴ Bonfante conclui que provavelmente em sua origem esta eficácia significava que o devedor era reduzido à condição semelhante a de escravo (*Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 465). Em igual sentido José Carlos Moreira Alves. Para este, dúvida existe se o poder do credor sobre o devedor ou sua família se iniciava com a celebração da *nexum* ou somente a partir do momento em que a obrigação não é cumprida (*Direito romano*, v. 1, p. 139).

³⁹⁵ FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 37.

³⁹⁶ DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 151. Menezes Cordeiro assevera que a regra estava contida na Tábua III e confirma que o período de cárcere privado era de 60 dias, podendo, inclusive,

Pode-se concluir, então, que ter existido no direito romano a distinção entre *debitum* (*Schuld*) e *obligatio* (*Haftung*) porque o *nexum* não significava a dívida, mas sim uma relação diversa para garanti-la³⁹⁷. Em outras palavras, em virtude do *nexum* é que o corpo respondia por algo que já existia, ou seja, a dívida. Exatamente por isto, a firmado o *nexum*, não só o pai respondia com seu corpo como também os demais membros da família. Exatamente por isso mais adequada a corrente que entende o *nexum* como forma de automancipação ou auto-empenhamento para garantir o cumprimento de uma obrigação

A questão da responsabilidade que recaindo sobre o corpo do devedor sofre fortes modificações com o decorrer dos anos.

Frise-se que o Estado Romano não podia tolerar que um cidadão romano fosse escravo de outro e por isto o devedor era considerado *servorum loco*, ou seja, tinham uma condição especial pela qual não poderiam ser ultrajados impunemente pelo senhor e poderiam adquirir sua liberdade mesmo contra a vontade do senhor. Conforme conclui Bonfante, a condição imposta aos devedores foi motivo de longa luta entre os patrícios credores e os plebeus devedores, bem como de cenas históricas tumultuadas.³⁹⁸

Foi em 326 a.C.³⁹⁹, com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, que o *nexum* perdeu sua força executória, ou seja, ocorreu a supressão da *manus iniectio* e o credor não mais podia obrigar o devedor a trabalhar, ou mesmo castigá-lo. Em razão da falta de sanção pessoal, o próprio instituto do *nexum* caiu em desuso, e é por isso o direito romano o desconhecia em seu período clássico.

A frase de Tito Lívio resume os efeitos da lei: *pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. O direito do credor passa a ser exercido sobre os bens do devedor, ou seja, as palavras de Tito Lívio, que provavelmente são as mesmas da lei, fazem concluir que a obrigação é uma relação de mero caráter patrimonial. O ano de 326 a.C. é considerado aquele em que a plebe iniciou, de fato, seu período de liberdade⁴⁰⁰

Os motivos efetivos que levaram à edição da *Lex Poetelia Papiria* podem ser objeto de especulação. Entende Charles Maynz que esta foi resultado de um processo de lutas armadas entre patrícios e plebeus em que os últimos foram obrigados a fazer concessões em favor dos primeiros⁴⁰¹.

o credor acorrentar o devedor, havendo, contudo, o dever do primeiro de alimentá-lo. Informa que o devedor era conduzido a três feiras consecutivas, com grande publicidade, para que alguém o resgatasse pagando a dívida. Se após sessenta dias o pagamento não ocorresse, o credor teria três opções: fazer do devedor seu escravo, vendê-lo *trans Tiberim* (fora de Roma) ou matá-lo, *partes secanto*, (cortando às postas), sendo as partes proporcionais às dívidas, no caso de concurso de credores (Tratado de Direito Civil Português, II, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p.298)

³⁹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 12.

³⁹⁸ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 175 e 466.

Efetivamente, se considerarmos o século III a.C. como aquele em que a *Lex Poetelia Papiria* surgiu, a Roma republicana passava por uma grave crise. É de se frisar que, na época, a cidade ainda era pequena e seu futuro cheio de incertezas. Roma ocupava pequena área às margens do Tibre, porque a batalha com os vizinhos sabinos só ocorreu por volta de 350 a.C. e com os Etruscos (que habitavam a região central da península itálica) em por volta do ano 300.

Os quarenta anos que se passaram após a morte *Titus Quinctius Capitolinus Barbatus*, cônsul romano e grande líder nos períodos de guerra e paz, são marcados pela fome e pelas pragas. O caos que se seguiu foi tão grande que *Marcus Furius Camilus* foi indicado como ditador por cinco vezes seguidas, apesar de Roma ser, formalmente, uma democracia. Importante guerra foi a travada com os Gauleses. No ano de 386 a.C., Roma e seus aliados se encontram com o inimigo na cidade de *Allia* (18 km de Roma). Os aliados a abandonam quando se deparam com um inimigo desconhecido. O resultado é que a cidade cai nas mãos dos gauleses só retomando sua liberdade completa quando, em 367 a.C. derrota o inimigo graças à liderança de *Camilus*⁴⁰².

A situação dos plebeus era muito complexa neste período da História de Roma. Isso porque, embora lutassem no exército romano, não podiam utilizar as terras públicas e não participavam da distribuição das terras conquistadas. O descontentamento dos plebeus, principalmente das camadas mais baixas, decorria também da escravidão por dívidas. Os camponeses tinham que abandonar o trabalho em suas pequenas propriedades em tempos de guerra, delegando a produção a mulheres e idosos, o que fazia cair a produção e a família era obrigada a tomar empréstimos com elevados juros. Com a impossibilidade de pagar a dívida, especialmente em épocas de colheita ruim, o camponês poderia ser escravizado juntamente com sua família.⁴⁰³

³⁹⁹ Esta é a data indicada pela maioria dos romanistas consultados. Contudo, alguns afirmam que a data desta seria 428 a.C. (FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 38). Outros indicam as duas datas (LEPOINTE, Gabriel. *Les obligations en droit romain*. Paris, Edition Domat Montchrestien, s/d, p. 23)

⁴⁰⁰ Bonfante, p. 467. Teria a *Lex Poetelia Papiria* efetivamente acabado com a possibilidade de prisão do devedor? A questão é polêmica. Charles Demangeat afirma que a lei suaviza a condição do devedor porque o credor fica proibido de acorrentá-lo, mas isto não impede que seja aprisionado. (*Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 153). Bonfante afirma que a possibilidade de manter-se preso o devedor ou quem se oferecesse em seu lugar foi, então, proibida, salvo exceções, desaparecendo o caráter penal do vínculo obrigatório segundo o qual o objeto do direito de crédito era, em primeiro lugar, o corpo do devedor. (p. 467). René Foignet e Emile Dupont, por outro lado, afirmam que a lei apenas impediu o exercício da *manus iniectio* sem um prévio julgamento do devedor e este foi o motivo de conduzir o *nexum* ao desuso (*Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 38). Já Alexandre Correia e Gaetano Sciacia entendem que ocorreu a supressão da própria *manus iniectio* (*Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 277). Por fim, para Charles Maynz a lei aboliu o próprio *nexum* (MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, v.1, p. 85).

⁴⁰¹ Op. cit., p. 84/85. Os patrícios constituíam a nobreza e, segundo a tradição, descendiam das primeiras famílias que habitaram Roma. Eram os aristocratas e grandes proprietários rurais que, com a queda da Monarquia, dominaram as instituições políticas republicanas. Os plebeus formavam a maioria da população e era, geralmente agricultores, comerciantes, pastores e artesãos (História Antiga e Medieval – Leonel Itassu A. Mello e Luís César Amad Costa, São Paulo, Abril educação, p. 142)

A prisão civil por dívida não interessava a ninguém nos Séculos III e IV a.C. Aos plebeus, significava a perda da cidadania romana e a redução ao estado de objeto da relação jurídica. Aos patrícios, significava menos braços para compor o exército em uma época de instabilidade bélica em que não poderiam desperdiçar homens saudáveis. Era útil a um povo pragmático que a prisão civil fosse afastada. Melhor para os patrícios terem as terras dos plebeus falidos do que um escravo a mais, já que havia muitas lutas a travar e muito território a conquistar.⁴⁰⁴

A conclusão que se chega é que seja a obrigação analisada sob a ótica da responsabilidade corporal do devedor, ou após a *Lex Poetelia Papiria*, sob a ótica patrimonial, a teoria dualista é a que efetivamente explica melhor a obrigação para o direito romano.

4 A TEORIA DUALISTA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Impossível falar da teoria dualista sem mencionar a obra clássica e completa de Fábio Konder Comparato. Foram os autores alemães, como von Amira e von Gierke, com base no trabalho de Brinz, que perceberam o dualismo na jurisprudência das tribos alemãs da Idade Média. Tal dualismo se revela na terminologia concernente ao direito das obrigações. Em uma série de palavras ligando-se pela forma ou pela raiz a *sollen*⁴⁰⁵ ou a *Schuld*, encontrar-se-ia sempre uma ideia de dever, de predestinação a uma atividade futura. Em outro grupo de palavras, tendo por base o verbo *haften*, tratar-se-ia de uma ideia de ligação, submissão a um poder dado⁴⁰⁶.

Desta distinção, os autores alemães, notadamente von Gierke, afirmam que no antigo direito germânico o direito dos débitos (*sollen* e *Schuld*) é desprovido de coerção. Já em se tratando de *Haftung*, estamos diante de uma relação de responsabilidade em que uma pessoa ou coisa se encontra sujeita à dominação de outra pessoa, como garantia da realização de um acontecimento qualquer⁴⁰⁷.

Na origem, as duas relações, quais sejam, a de débito e a de responsabilidade, eram completamente independentes uma da outra. Dois atos distintos eram necessários para a sua criação. Assim, de início, existiam débitos não garantidos, mas também

⁴⁰² Chronicle of the Roman Republic, Thames Hudson, Londres, 2003, Philip Matysak, 66/69.

⁴⁰³ Estudos de História Antiga e Medieval, Atual Editora, Raymundo Campos, São Paulo, sd, p. 107.

⁴⁰⁴ A expansão territorial romana durou séculos sendo que terminou com Trajano com a conquista da Dácia no Século II d.C.

⁴⁰⁵ Em tradução livre, *sollen* é o verbo para dever, no sentido inglês de *shall*, ou seja, de um aconselhamento, mas não de uma imposição. Fábio Konder Comparato diferencia *sollen* de *müssen* porque o último revela uma necessidade absoluta ou relativa. (o verbo *müssen* corresponde ao verbo inglês *must*). Também, não se confunde com *Pflicht* que

responsabilidades sem débito, como na hipótese em que o acontecimento garantido correspondia a um simples fato da natureza.⁴⁰⁸

Se é verdade que Gierke e Amira foram os grandes defensores da teoria dualista na Alemanha, o pensamento destes apresentava uma diferença importante. Enquanto o primeiro acreditava que o dualismo tem por fonte o direito de herança indo-germânica e, portanto, só se aplicaria aos direitos modernos que dele derivam; o segundo entendia que a teoria dualista era uma necessidade do espírito, pois corresponderia a própria essência do objeto estudado, aplicando-se, então, a todos os sistemas jurídicos.⁴⁰⁹

A conclusão de Fábio Konder Comparato serve de inspiração para o prosseguimento destas reflexões: “o grande aporte da teoria dualista da obrigação à doutrina contemporânea foi o de demonstrar que a obrigação não é uma relação simples e unitária, mas que se compõe de dois elementos: a relação de crédito e de débito, *Schuld*, que nós chamaremos de dever e a relação de coerção e de responsabilidade (*Haftung*), que nós chamaremos de vínculo”.⁴¹⁰

A crítica à teoria dualista vem da pena de um dos maiores estudiosos do direito das obrigações em Portugal no Século XX: João de Matos Antunes Varela. O autor lança a seguinte pergunta sobre a teoria dualista: “qual seu mérito no plano da ciência jurídica (da construção formal ou da elaboração de conceitos)?” A partir desta indagação, Antunes Varela inicia um processo de negação da utilidade da teoria dualista. Para a negação se serve dos exemplos clássicos que demonstram o acerto e utilidade da teoria em questão⁴¹¹.

Em sentido semelhante, Serpa Lopes que, seguindo a noção de Ferrara, afirma que, parece mais conforme à realidade que dívida e responsabilidade se tratem de dois aspectos do mesmo fenômeno e não relações independentes.⁴¹²

Para verificação da utilidade ou não da teoria dualista, devemos analisar alguns exemplos das chamadas obrigações imperfeitas em que o vínculo não é composto por seus dois elementos (*Schuld e Haftung*), mas apenas por um deles, de acordo com os dispositivos do Código Civil brasileiro.

O primeiro grupo de obrigações imperfeitas é aquele composto pelas obrigações naturais, ou seja, aquelas situações em que existe a dívida, mas não responsabilidade.

é o dever puramente moral (op. cit., p. 9).

⁴⁰⁶ *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, p.8.

⁴⁰⁷ Comparato, op. cit., p. 9.

⁴⁰⁸ Comparato, op. cit., p. 9.

⁴⁰⁹ Comparato, op. cit., p. 12.

⁴¹⁰ Comparato, op. cit., p. 13.

⁴¹¹ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 147.

Três são os exemplos de obrigação natural no direito pátrio: as obrigações cuja pretensão prescreveu (comumente chamadas de dívidas prescritas); as dívidas de jogo e aposta e as obrigações do mutuário menor. Estas são hipóteses de dívidas que existem, mas não podem ser cobradas pelo credor, em outras palavras, são dívidas pelas quais não responde o patrimônio do devedor.

Em todos os casos há expressa previsão legal neste sentido. Quanto à obrigação cuja pretensão prescreveu tem-se a regra do art. 189; quanto ao mútuo contraído por menor tem-se a regra do art. 588 e, quanto ao jogo ou aposta, a regra do artigo 814.

O artigo 814 afirma que as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento. Da mesma forma, o art. 588 determina que o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores. Percebe-se, claramente que o Código Civil opta por não permitir a responsabilização do patrimônio do devedor nestas hipóteses. Não se afirma, em momento algum, que a dívida não existe.

A prova de que a dívida existe está no próprio texto de lei. Assim, o artigo 814 do Código Civil expressamente afirma que apesar de a dívida de jogo e aposta não obrigarem o devedor, este não pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou. Da mesma forma, o art. 882 do Código Civil que dispõe: “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

O Código Civil adota a noção dualista da obrigação. Há dívida (*Schuld*), mas não há responsabilidade (*Haftung*). A crítica de Antunes Varela de que as obrigações naturais não são verdadeiras obrigações, nem sequer deveres jurídicos, mas sim deveres morais ou sociais juridicamente relevantes não se sustenta.⁴¹³

Os deveres morais não são e nunca foram deveres jurídicos e seu descumprimento ou cumprimento não gera efeitos senão no campo social⁴¹⁴. O dever de urbanidade que existe de o professor, ao adentrar a sala de aula, falar “bom dia” ou “boa noite” a seus alunos é puramente moral. Assim, se não o fizer será moralmente punido, quer seja recebendo a pecha de mal-educado, quer seja não recebendo de seus alunos o respectivo cumprimento. A obrigação natural gera efeitos jurídicos: o pagamento feito voluntariamente não pode ser repetido (pedir de volta). Em outras palavras, trata-se de simples questão de lógica. Se moral fosse a obrigação natural, repetição do pagamento indevido seria possível. Sendo jurídica, devido é o pagamento e impossível a repetição⁴¹⁵.

⁴¹² SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 15/16.

⁴¹³ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 147.

Por outro lado, há um segundo grupo de obrigações imperfeitas, em que se identifica responsabilidade (*Haftung*) por dívida alheia (*Schuld*) ou mesmo inexistência de coincidência entre a extensão da dívida (*Schuld*) e da responsabilidade (*Haftung*).

A responsabilidade por dívida alheia pode nascer da vontade das partes (garantia contratual) ou mesmo de imposição legal (garantia legal). Exemplo clássico de garantia contratual é o do fiador em relação ao devedor. Ainda que na linguagem popular se diga que o fiador é devedor, que o fiador assume a posição de principal devedor, tecnicamente o fiador é responsável por dívida alheia. Há *Haftung*, mas não *Schuld*.

Isto se confirma pela dicção do artigo 818 segundo o qual pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Não se trata de dívida própria, mas de responder por obrigação de terceiro. Para o devedor, há obrigação civil completa, em que há dívida e responsabilidade. Para o fiador, há apenas responsabilidade já que o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor (art. 831 do CC). E mais: o devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança (art. 832 do CC) e o fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora (art. 833 do CC).

Antunes Varela discorda desta orientação. Para ele, a fiança é obrigação acessória, e o fiador não é apenas responsável, mas devedor acessoriamente. Cita Vaz Serra para concluir que o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal, promessa que se reflete no regime aplicável ao caso de a obrigação principal ser anulada por incapacidade ou por vício da vontade do devedor.⁴¹⁶ A tese da obrigação acessória não se justifica. Efetivamente, a fiança é contrato acessório, como, de resto, qualquer garantia, pois esta não tem sentido se não houver uma dívida, que é a obrigação principal.

Por óbvio que como contrato acessório se extinguirá se o principal for cumprido, bem como será inválido se o principal o for⁴¹⁷. Esta não é a questão. A simples possibilidade de regresso indica que o fiador responde por quantia que não deve. Ademais, não podemos esquecer ser possível a fiança em obrigação de fazer. Nesta

⁴¹⁴ Segundo Norberto Bobbio, a sanção moral é interna e a sanção social e a jurídica externas. O que diferencia a primeira da segunda que é enquanto a sanção jurídica é institucionalizada, o que lhe confere uma eficácia reforçada, a sanção social não o é ()

⁴¹⁵ Serpa Lopes ao tratar das obrigações naturais fala em “débito puro”, ao qual falta força coativa, que é essencial a toda relação de direito, mas não chega a afirmar que se trata de simples obrigação moral (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 16).

⁴¹⁶ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 148.

hipótese, clara está a questão. O fiador não será obrigado a prestar (realizar o fazer), porque não tem dívida, mas apenas responderá pecuniariamente pela prestação inadimplida.

Como bem informa Pontes de Miranda, o fiador não promete pagar se o devedor principal não paga, nem promete pagar em lugar do devedor principal. Promete o adimplemento pelo devedor principal⁴¹⁸. Há verdadeira promessa por fato de terceiro, que, se descumprida, resolve-se em perdas e danos.

Note-se que o mesmo se verifica quando um terceiro fornece garantia real por dívida alheia. Quando certa pessoa deve ao banco e seu pai dá em hipoteca casa de sua propriedade, teremos a dívida do filho (*Schuld*) e a responsabilidade do pai (*Haftung*), esta limitada ao valor do bem dado em garantia. Antunes Varela afirma que na hipótese de garantia prestada por terceiro o devedor responde também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens suscetíveis de penhora (art. 601 do CC português).⁴¹⁹ Ora, nunca se disse o oposto. O que dissemos é que enquanto o devedor reúne no vínculo dívida e responsabilidade, o terceiro é mero garantidor e apenas responsável. Aliás, ainda que haja um bem dado em hipoteca ou penhor pelo terceiro, não haverá obrigatoriedade de o credor promover execução visando à constrição destes bens. Nada impede que o credor demande apenas o devedor e execute os bens deste nos termos dos artigos 391 e 942 do Código Civil. Isso porque *wer schuldet, haftet auch*.

Fábio Konder Comparato indica a seguinte situação. Não se poderia vislumbrar débito na situação de uma pessoa obrigada a cumprir certos atos a fim de evitar a perda de um direito. É a hipótese de o terceiro adquirente do imóvel hipotecado que não é devedor, mas sim responsável, perante o credor hipotecário.⁴²⁰

Os exemplos se avolumam, também, em se tratando de garantia legal. O art. 932 do Código Civil traz as hipóteses de responsabilidade por dívidas de terceiro. Enuncia o artigo que são também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou

⁴¹⁷ A regra não é absoluta: “Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.”

⁴¹⁸ Tomo XLIV, p. 91.

⁴¹⁹ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 148.

⁴²⁰ Op. cit., p. 27.

estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

São responsáveis, e não devedores, segundo a própria dicção legal. A responsabilidade (*Haftung*) sem dívida (*Schuld*) se comprova pelo artigo 934 do Código Civil que assim dispõe: “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Nos quatro primeiros incisos a responsabilidade será mensurada de acordo com extensão do dano⁴²¹ e no último inciso de acordo com o proveito que o terceiro auferir.

O último inciso é emblemático ao demonstrar que a dívida e a responsabilidade não se confundem em extensão. Um exemplo ajuda a compreender a questão. Imaginemos que um sequestrador receba a título de resgate a quantia de R\$ 200.000,00 e com parte do dinheiro (R\$ 150.000,00) adquira uma casa em nome de seu pai. Este responderá civilmente apenas pela vantagem, ou seja, pelo imóvel adquirido e não pela totalidade da dívida. Assim, o sequestrador é devedor e responderá por R\$ 200.000,00, mas o pai aquinhoado com a casa só responde por R\$ 150.000,00. A dívida é do filho e a responsabilidade por parte dela (benefício auferido) é do pai.⁴²²

No mesmo sentido, temos a responsabilidade de um dos cônjuges pelo ato ilícito pelo outro praticado, quando casados pelo regime da comunhão parcial de bens. O artigo 1.659 do Código Civil é claro ao dispor que excluem-se da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal. A dívida é do cônjuge que praticou o ato ilícito, mas a responsabilidade pode atingir bens do outro cônjuge, se o credor provar o proveito deste. Claro está que a responsabilidade do cônjuge que não praticou o ilícito, em princípio, não existe. Caberá ao credor, vítima do ato ilícito, provar o proveito para que surja o dever de indenizar.

Há situações em que se tem mais de um devedor no vínculo obrigacional (obrigação complexa quanto ao sujeito) e a extensão da dívida não coincide com a da responsabilidade. São as situações em que a obrigação é indivisível (art. 258 do CC) ou solidária (arts. 264 a 285 do CC). Em ambas as hipóteses, temos a responsabilidade pelo todo, mas a dívida por apenas uma parte.

⁴²¹ Sobre a indenização a ser paga pelo incapaz ou seu representante, mormente a fixação de acordo com o art. 928 do Código Civil, recomendamos nossa obra: Responsabilidade civil do incapaz, São Paulo, editora Atlas, 2008.

⁴²² A responsabilidade civil independe da criminal. Assim, não interessa ao direito civil se o pai é cúmplice ou partícipe do crime de favorecimento real ou de receptação. A responsabilidade pela vantagem auferida independe de o pai conhecer ou não que o dinheiro adveio de crime.

Se dois são os devedores de um cavalo, objeto indivisível por natureza, a obrigação será indivisível e o credor poderá cobrar de qualquer um deles o animal. Exatamente por isso que o art. 259 determina que se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda. A regra se revela óbvia. Não se pode cobrar em partes algo que não se pode fracionar, seja em razão da natureza, da lei ou das vontades. Contudo, também o parágrafo único do artigo confirma que cada devedor não deve o todo, porque “o devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados”. Em suma, no exemplo supra, cada devedor deve apenas a metade do valor do animal (*Schuld*), mas responde pelo todo (*Haftung*).

Da mesma forma em se tratando de obrigação solidária. Na solidariedade ativa temos mais de um credor que poderá exigir a prestação por inteiro do devedor (art. 267 do CC: cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro), mas só é credor de parte dela. Assim, aquele credor que recebe o todo passa a dever aos cocredores suas respectivas quotas no crédito.

Em se tratando de solidariedade passiva, cada devedor responde pelo todo (*Haftung*), mas só deve parte da dívida (*Schuld*). Assim, determina o artigo 275 do Código Civil que o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Agora, o que acontece se um dos devedores pagar a dívida toda?

Como ele responde pelo todo (*Haftung*), mas só deve uma fração da dívida (*Schuld*), terá direito de cobrar dos codevedores as suas quotas na dívida. Esta é a disposição do artigo 283 do Código Civil: o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.

Note-se que a responsabilidade é sempre maior que a dívida nas hipóteses de solidariedade e de indivisibilidade.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Em que pesem os argumentos trazidos para combater a teoria dualista do vínculo, como alegação de sua inutilidade, esta é a que melhor explica a noção de vínculo jurídico de acordo com as regras do Código Civil brasileiro.

Tanto na hipótese de obrigação imperfeita em razão da ausência de responsabilidade (obrigação natural) ou de dívida (responsabilidade por dívida de terceiro), o Código Civil decompõe o vínculo em seus diversos artigos, deixando claro que a teoria dualista tem a lei por espelho

A adoção não é nova, porque mesmo os romanistas admitem que o vetusto *nexum*, há muito desaparecido do próprio direito romano, já que desconhecido nos períodos clássico e pós-clássico, refletia a separação entre *debitum* (dívida) e responsabilidade (*obligatio*).

Ademais, em termos de compreensão didática do instituto da obrigação, a teoria dualista se revela extremamente útil. A compreensão da obrigação natural, da garantia voluntariamente prestada por terceiros ou legalmente fixada por lei se revela simples se adotada a teoria dualista.

A conclusão que se chega é que efetivamente a teoria dualista foi adotada pelo direito brasileiro (Código Civil de 1916 e 2002) e é de grande utilidade prática e teórica.

**O CONFLITO DE
COMPETÊNCIA NO ÂMBITO
DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA
NACIONAL**

Leonardo Carneiro da Cunha

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL⁴²³

THE CONFLICT OF JURISDICTION WITHIN THE SCOPE OF NATIONAL JUDICIAL COOPERATION

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor associado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

SUMÁRIO: 1. Apresentação da hipótese a ser examinada. 2. Cooperação judiciária nacional. 3. O compartilhamento de competência como medida que concretiza o princípio da eficiência. 4. O conflito de competência e sua natureza jurídica. 5. Hipóteses de conflito de competência. 5.1. Noções gerais. 5.2. Conflito positivo. 5.3. Conflito negativo. 5.4. Controvérsia acerca da reunião ou da separação de processos. 5.5. Legitimidade para suscitar o conflito. 6. Conflito de competência em compartilhamento por atos concertados. 7. O compartilhamento de competências como meio para prevenir ou evitar o conflito de competência. 8. O compartilhamento de competências como meio para solucionar o conflito de competência. 9. Conclusão. 10. Referências.

1 APRESENTAÇÃO DA HIPÓTESE A SER EXAMINADA

Os juízes podem, nos termos do § 2º do art. 69 do CPC, compartilhar competências, por meio de atos concertados⁴²⁴. Tal compartilhamento, considerado como ato negocial entre órgãos jurisdicionais⁴²⁵, conduz a uma mudança no regime jurídico das competências.

Tradicionalmente, entende-se que a competência de um juízo para determinada causa exclui a competência do outro. Assim, uma demanda que deva ser proposta na Justiça brasileira terá sempre, e apenas, um juízo competente⁴²⁶. Havendo competência concorrente, a distribuição da demanda gera prevenção, tornando o juízo prevento o único competente para processar e julgar a causa.

⁴²³ Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea do Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

A previsão de compartilhamento de competência exige que se reveja essa premissa, pois é possível que mais de um juízo passe a atuar, a um só tempo, no mesmo processo, mediante a prática de atos concertados.

A ideia tradicional da competência exclusiva de apenas um juízo serviu de ponto de partida para a configuração do conflito de competência. O conflito de competência foi concebido, então, a partir dessa ideia de que só um juízo é o competente. Por isso, quando dois ou mais juízes se pretendam competentes para a mesma causa, ou quando dois ou mais juízes se afirmem incompetentes para a mesma causa, há um conflito de competência. É instrumento que decorre da necessidade de se garantir a observância das regras sobre competência, a fim de que não ocorra sua violação ou para que, havendo violação, esta seja corrigida⁴²⁷.

O que se questiona e se pretende examinar no presente texto é se cabe conflito de competência nas hipóteses de atos concertados previstas no § 2º do art. 69 do CPC ou se ele pode ser dispensado diante de um compartilhamento de competências ou, até mesmo, se sua solução pode ser, em vez de estabelecer um juízo competente, convocar os juízos em conflito para acertarem, concertarem ou compartilharem suas competências.

2 COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

A cooperação jurídica pode operar-se no plano internacional ou no âmbito nacional. A cooperação jurídica internacional tem por objeto a citação, intimação, notificação judicial e extrajudicial, colheita de provas e obtenção de informações, homologação e cumprimento de decisão, concessão de medida judicial de urgência, assistência jurídica internacional e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira (CPC, art. 27).

⁴²⁴ A Resolução 350/2020 do CNJ, que estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, prevê, em seu art. 4º, que “a cooperação judiciária pode realizar-se por concertação entre os juízos”, sendo certo, nos termos de seu parágrafo único, que “a concertação vincula apenas os órgãos judiciários que dela participaram”.

⁴²⁵ De acordo com a natureza negocial: CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020, n. 5.2, p. 154-176; FERREIRA, Gabriela Macedo. Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. *Civil procedure review*. v. 10, nº 3, set.-dez., 2019; DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. Salvador: JusPodivm, 2020, n. 11.1, p. 84-85. Contra a natureza negocial: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, p. 531.

⁴²⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, n. 647, p. 300.

A cooperação internacional pode ser feita por auxílio direto (CPC, arts. 28 e 34) ou por carta rogatória (CPC, art. 36).

No âmbito nacional, aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores (CPC, art. 67).

A cooperação entre os órgãos internos do Poder Judiciário nacional pode realizar-se entre órgãos jurisdicionais de seus diferentes ramos (CPC, art. 69, § 3º)⁴²⁸.

Os atos concertados entre os juízes cooperantes podem consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para a prática de citação, intimação ou notificação do ato, a efetivação de tutela provisória, a centralização de processos repetitivos, a execução de decisão jurisdicional⁴²⁹. Os juízes podem atuar conjunta ou sucessivamente, ou seja, podem praticar atos conjuntos ou atos sucessivos, compartilhando a competência para processar e julgar a causa⁴³⁰.

Assim, os juízes podem agir conjuntamente ou repartir suas funções, cabendo a um deles ordenar, controlar e comandar os atos de comunicação processual, enquanto o outro pode cuidar da instrução probatória. A um terceiro pode ser atribuída a função de decidir a pretensão formulada pela parte autora.

O compartilhamento de tais funções pode ser controlado pelo conflito de competência? É a essa pergunta que se pretende, em primeiro lugar, responder.

3 O COMPARTILHAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO MEDIDA QUE CONCRETIZA O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em matéria de cooperação judiciária nacional, é possível, como visto, haver delegação e compartilhamento de competências. Em outras palavras, é possível delegar ou compartilhar competências para que outro juízo possa praticar atos processuais destinados a processar, instruir, comunicar, julgar, contribuindo para um processo mais eficiente.

⁴²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 300.

⁴²⁸ Resolução 350/2020 do CNJ, art. 5º. “Art. 5º. A cooperação judiciária nacional: I – pode ser realizada entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário; II – pode ser instrumentalizada por auxílio direto, atos

A eficiência administrativa, prevista no art. 37 da Constituição Federal, inspirou a eficiência processual. Esta última, prevista art. 8º do CPC e concretizada em diversos outros dispositivos, promoveu uma releitura do princípio do juiz natural⁴³¹. Com efeito, há diversos exemplos de situações amplamente admitidas pelos tribunais brasileiros que não se ajustam mais à configuração tradicional da garantia do juiz natural, mas que não são consideradas inválidas, a exemplo das forças-tarefas e equipes conjuntas de investigação (mais comuns no âmbito do processo penal), a designação de juízes auxiliares, a convocação de juízes para atuar em regime de mutirão para casos específicos, entre outras⁴³².

O que se percebe, enfim, é que o compartilhamento de competência por atos concertados dos juízes concretiza o princípio da eficiência⁴³³. Para gerir melhor o processo, torná-lo mais ágil, mais efetivo e ter, ao final, uma decisão mais justa e melhor tecnicamente, o concerto de atos, mediante compartilhamento de competências, é uma

concertados, atos conjuntos e outros instrumentos adequados; III – deve ser documentada nos autos, observadas as garantias fundamentais do processo; IV – deve ser realizada de forma fundamentada, objetiva e imparcial; e V – deve ser comunicada às partes do processo. Parágrafo único. As cartas de ordem e precatória seguirão o regime previsto no Código de Processo Civil.”

⁴²⁹ Resolução 350/2020 do CNJ, art. 6º. “Art. 6º. Além de outros definidos consensualmente, os atos de cooperação poderão consistir: I – na prática de quaisquer atos de comunicação processual, podendo versar sobre a comunicação conjunta a pessoa cuja participação seja necessária em diversos processos; II – na prestação e troca de informações relevantes para a solução dos processos; III – na redação de manuais de atuação, rotinas administrativas, diretrizes gerais para a conduta dos sujeitos do processo e dos servidores públicos responsáveis por atuar em mecanismos de gestão coordenada; IV – na reunião ou apensamento de processos, inclusive a reunião de execuções contra um mesmo devedor em um único juízo; V – na definição do juízo competente para a decisão sobre questão comum ou questões semelhantes ou de algum modo relacionadas, respeitadas as regras constantes nos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil; VI – na obtenção e apresentação de provas, na coleta de depoimentos e meios para o compartilhamento de seu teor; VII – na produção de prova única relativa a fato comum; VIII – na efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; IX – na facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; X – na disciplina da gestão dos processos repetitivos, inclusive da respectiva centralização (art. 69, § 2º, VI, do Código de Processo Civil), e da realização de mutirões para sua adequada tramitação; XI – na efetivação de tutela provisória ou na execução de decisão jurisdicional; XII – na investigação patrimonial, busca por bens e realização prática de penhora, arrecadação, indisponibilidade ou qualquer outro tipo de constrição judicial; XIII – na regulação de procedimento expropriatório de bem penhorado ou dado em garantia em diversos processos; XIV – no traslado de pessoas; XV – na transferência de presos; XVI – na transferência de bens e de valores; XVII – no acautelamento e gestão de bens e valores apreendidos; XVIII – no compartilhamento temporário de equipe de auxiliares da justiça, inclusive de servidores públicos; e XIX – na efetivação de medidas e providências referentes a práticas consensuais de resolução de conflitos. Parágrafo único. Caberá ao Conselho Nacional de Justiça, com o apoio técnico do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Socioeducativo, propor ato normativo regulamentando a transferência de presos, no prazo de 180 dias.”

⁴³⁰ Na Comarca de Araxá, em Minas Gerais, os juízes de três varas cíveis concertaram entre si suas competências para a instrução e o julgamento de 517 casos que envolviam questões comuns de fato. Na Justiça Federal do Rio Grande do Norte, foi criada a figura do “juiz de ligação” para estabelecer interlocução com a União, gestões de saúde, agências reguladoras e demais sujeitos que atuam em casos relativos ao fornecimento de medicamentos, com a finalidade de facilitar a comunicação com todos e padronizar o cumprimento das ordens judiciais. Esses exemplos, e seus detalhes, estão em: CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil*, cit., n. 5.3.2.1, p. 193-194.

⁴³¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual*, cit., p. 211-231.

⁴³² *Ibidem*, p. 211-231.

⁴³³ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, n. 4.2.2.2, p. 146-151.

medida recomendada, estando permitida no art. 69 do CPC, em cujo § 2º há várias hipóteses exemplificativas⁴³⁴.

O ato concertado pode servir, inclusive, para modificação de competência, a fim de se ter ganho de eficiência. É possível, por exemplo, haver a “centralização de processos repetitivos” como objeto do ato concertado⁴³⁵. Assim, para garantir eficiência e evitar violações à segurança jurídica e à isonomia, os processos repetitivos podem ser centralizados num único juízo, sobretudo quando o litigante habitual for a mesma pessoa. Nesse caso, em vez de diversas contestações, audiências e atos idênticos sucessivamente reproduzidos, tudo pode ser feito de forma unificada, com a reunião ou centralização de processos. Há, enfim, uma hipótese de modificação de competência prevista para que se garanta maior eficiência⁴³⁶.

Os juízes podem compartilhar competências nos casos mencionados no § 2º do art. 69 do CPC e em outras hipóteses. A disposição contém, na realidade, um rol exemplificativo. Para tornar o processo mais eficiente, é possível compartilhar competências. É que o compartilhamento de competências por atos concertados consiste numa das hipóteses de cooperação judiciária nacional. E os atos de cooperação judiciária concretizam a eficiência processual (CPC, art. 8º), não somente em sua dimensão administrativa como também na processual⁴³⁷.

Além da eficiência, o compartilhamento de competências por atos concertados serve também para a concretização do princípio da duração razoável do processo⁴³⁸.

4 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

O conflito de competência é o instrumento destinado a resolver a divergência entre dois ou mais juízes a respeito de sua competência. Assim, quando dois ou mais juízos se declaram competentes ou incompetentes, é preciso resolver e definir qual é efetivamente o competente.

Antes mesmo do CPC-1939, alguns tribunais entendiam que somente seria possível o conflito de competência entre juízes de igual categoria e de igual competência.

⁴³⁴ O art. 6º da Resolução 350/2020 do CNJ apresenta outros exemplos de compartilhamentos de competência.

⁴³⁵ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*, cit., n. 4.2.2.2, p. 150-151;

⁴³⁶ MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 249, nov. 2015, p. 69-70.

⁴³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*, cit., p. 63.

⁴³⁸ EIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 249, nov. 2015, p. 60-62.

Com o tempo, tal entendimento alterou-se: não é a diversidade de competências e de categorias que exclui a possibilidade do conflito, mas o laço de subordinação hierárquica porventura existente entre os juízes em disputa⁴³⁹.

O CPC-1939 tratava do conflito de jurisdição em seus artigos 802 a 807. Tais dispositivos estavam inseridos no seu Livro IV, que regulava os *processos da competência originária dos tribunais*. Assim, em seu Título I, estava disciplinado o *processo no Supremo Tribunal Federal* (arts. 782 a 784), enquanto seu Título II tratava da *homologação de sentença estrangeira* (arts. 785 a 797). Por sua vez, seu Título III versava sobre a *ação rescisória de sentença* (arts. 798 a 801). O Livro IV do CPC-1939 encerrava-se com seu Título IV, que regulava exatamente o *conflito de jurisdição* (arts. 802 a 807).

Usava-se a expressão *conflito de jurisdição*, considerada imprópria por muitos. As disposições abrangiam conflito de competência e conflito de atribuição. Daí o Código da época usar a expressão *conflito de jurisdição*. Mas o conflito de jurisdição instala-se no âmbito internacional, entre Estados soberanos diversos⁴⁴⁰. O conflito pode surgir entre autoridades no exercício da atividade jurisdicional, como no da administrativa e, ainda, entre autoridades administrativas e jurisdicionais. Na primeira hipótese, a expressão *conflito de competência* é mais adequada: define-se qual o órgão jurisdicional é competente para o caso. Já o *conflito de atribuições* designa melhor as outras hipóteses⁴⁴¹.

Por estar inserido no livro que tratava de ações autônomas em tribunais, parte da doutrina considerava que o conflito de competência seria uma ação⁴⁴².

A doutrina do CPC-1973 também divergia sobre o tema. Havia quem defendesse que o conflito de competência seria um incidente, instaurado no curso de um processo, não tendo característica de recurso⁴⁴³. Havia, por sua vez, quem entendesse que o conflito de competência era uma ação, e não um incidente da ação proposta ou da ação a ser proposta; era ação autônoma, sendo, na verdade, uma *causa preliminar*, por ter objeto que iria definir qual o juízo competente da ação a que se referia⁴⁴⁴; tratava-se de uma *ação incidental* que tinha como partes os juízes em conflito⁴⁴⁵.

⁴³⁹ BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 1, n. 76, p. 363-364; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t. X, p. 342.

⁴⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 365-366; JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1.1, p. 9-12.

⁴⁴¹ BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 1, n. 76, p. 363.

A doutrina em torno do atual CPC não tem se dedicado a tratar da natureza jurídica do conflito de competência, não havendo manifestações a esse respeito, com a ressalva de Camilo Zufelato, que, enfrentando a antiga divergência doutrinária, afirma ter o conflito de competência natureza de incidente processual.⁴⁴⁶

Seja como for, independentemente de o conflito de competência ser uma ação ou um incidente, é indubitável não ser possível haver conflito de competência preventivo ou antes de existir o processo em curso⁴⁴⁷.

Em outras palavras, só é possível haver conflito de competência depois de instaurado o processo. Antes disso, o conflito é possível, virtual, potencial, não existindo ainda. Também não é possível conflito de competência depois de julgada a causa, tendo o juízo já exaurido sua função⁴⁴⁸. O conflito não é meio hábil para reforma da sentença⁴⁴⁹. De igual modo, não cabe o conflito se já transitada em julgado a sentença. Nesse sentido, o enunciado 59 da Súmula do STJ: “Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes”. Se já houve trânsito em julgado, e há incompetência absoluta, é possível que caiba ação rescisória (CPC, art. 966, II), mas não conflito de competência.

5 HIPÓTESES DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA

5.1 Noções gerais

O conflito de competência pode ser positivo ou negativo. Será positivo quando dois ou mais juízes se declaram competentes. Será negativo quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência.

As hipóteses de conflito de competência, positivo e negativo, estão previstas no mencionado art. 66 do CPC. Também há conflito de competência, nos termos do inciso III

⁴⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t. X, p. 342.

⁴⁴³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, n. 652, p. 301.

⁴⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 303.

⁴⁴⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 304.

⁴⁴⁶ ZUFELATO, Camilo. Comentários ao art. 951. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4, p. 128.

⁴⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 306.

⁴⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 653, p. 302; DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 80.

⁴⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 653, p. 302.

do art. 66 do CPC, quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. Se um juiz entende que outro é prevento ou que as causas devem ser reunidas por conexão ou por continência, mas o outro discorda, há, então, conflito de competência.

Convém examinar melhor cada uma das hipóteses previstas no art. 66 do CPC.

5.2 Conflito positivo

“Há”, nos termos do art. 66, I, do CPC, “conflito de competência quando: I – 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes”. Essa “declaração” não precisa ser explícita. Ao praticar qualquer ato de um processo, o juiz está assumindo competência para presidi-lo ou para nele atuar⁴⁵⁰. O ato de despachar a petição inicial ou de determinar a citação do réu já contém a afirmação implícita de competência; para afirmar-se competente, o juiz não precisa fazê-lo explicitamente⁴⁵¹.

O conflito positivo, considerado menos frequente que o negativo⁴⁵², ocorre, na maioria das vezes, em casos de competência funcional, quando dois ou mais juízes podem ser competentes para o mesmo processo, para o mesmo caso, sucessivamente⁴⁵³.

A competência funcional consiste exatamente em se distribuírem tarefas diversas a diferentes juízes, no mesmo processo. É possível, com efeito, que a lei atribua a instrução a um juiz, a decisão a outro e o cumprimento da sentença a um terceiro⁴⁵⁴. Se o juiz que deveria só decidir, resolve instruir, atuando paralelamente ao que tem a atribuição de conduzir a instrução, haverá conflito positivo de competência.

De igual modo, quando um juiz depreca algum ato a outro, que se recusa a praticá-lo, porque se entende o único competente, ou quando o inventário é requerido por pessoas diversas em foros diferentes, haverá mais de um juízo processando o mesmo inventário. Nessas hipóteses, há conflito positivo de competência⁴⁵⁵.

No plano vertical, não há conflito de competência funcional: o juízo de primeira instância e o tribunal ao qual ele estiver vinculado podem atuar, no mesmo processo, sucessivamente, sem que haja conflito.

⁴⁵⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 367; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 648, p. 300. Cabe ressaltar os casos em que a demanda foi proposta duplamente, estando um processo num juízo e o outro em juízo diverso. Nesse caso, há litispendência, devendo o segundo processo ser extinto, e não ser suscitado conflito de competência. Só haverá conflito de competência, se houver efetiva discussão sobre a competência (MOREIRA, José Carlos Babosa. “Conflito positivo e litispendência”. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 45-48).

⁴⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 302.

O conflito de competência positivo ocorre, enfim, quando dois ou mais juízes se consideram competentes para o mesmo ato, ou para a mesma fase de um processo.

5.3 Conflito negativo

O inciso II do art. 66 do CPC dispõe que há conflito de competência quando “2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência”.

Contrariamente ao que sucede no conflito positivo, no negativo é preciso que haja expressa manifestação de ambos os juízes. O juiz a quem o autor endereçou a demanda declara sua própria incompetência e remete os autos ao que considera competente. Este, por sua vez, pode também se reconhecer incompetente, afirmando a competência do anterior.

Se o juízo A encaminha ao juízo B, só haverá conflito se o B, discordando do A, entender que é deste, e não sua, a competência. Caso, porém, o juízo B determine a remessa dos autos ao juízo C, não haverá conflito de competência, pois não terá discordado do juízo anterior, que lhe houvera encaminhado antes os autos. Se C discordar de A ou de B e entender que um deles é o competente, aí surgirá o conflito. Caso, entretanto, C determine a remessa dos autos a D, não haverá conflito, pois não houve discordância sua em relação a um dos juízos anteriores.

É exatamente isso que está estabelecido no parágrafo único do art. 66 do CPC, ao dispor que o juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, *salvo se a atribuir a outro juízo*.

O conflito negativo é o mais comum deles⁴⁵⁶.

5.4 Controvérsia acerca da reunião ou da separação de processos

Também há conflito de competência, segundo o inciso III do art. 66 do CPC, quando “entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”.

⁴⁵² ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. I, n. 471, p. 1.198.

⁴⁵³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 367.

⁴⁵⁴ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 367.

⁴⁵⁵ Exemplos dados por: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 648, p. 300.

⁴⁵⁶ ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, cit., n. 471, p. 1.198.

A hipótese se subsume numa das outras duas⁴⁵⁷: se um juiz entende que o processo que tramita em outro juízo deve ser reunido ao que ele preside, mas há discordância deste último, surge conflito positivo acerca da competência para o segundo processo. Se, por outro lado, um juiz sustenta que deve separar em dois o processo que está sob sua condução, remetendo um deles a outro juízo, mas este último discorda, surge um conflito negativo⁴⁵⁸. Nesta última hipótese, sendo o conflito negativo, é preciso, como se viu, que o segundo juiz afirme a competência do primeiro; se ele afirma a de um terceiro, não haverá conflito⁴⁵⁹.

Para que haja o conflito de competência, nessa hipótese do inciso III do art. 66 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça considera necessário que haja, antes, a divergência entre os juízos. Se não houver decisões de dois ou mais juízes controvertendo acerca da reunião de processos, não é possível ser suscitado o conflito de competência⁴⁶⁰.

5.5 Legitimidade para suscitar o conflito

O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz (CPC, art. 951). O Ministério Público somente atuará nos conflitos relativos aos processos em que se faça necessária sua intervenção (CPC, art. 178), mas será considerado parte nos que suscitar (CPC, art. 951, parágrafo único).

Por terem interesse que o processo tramite no juízo competente, *qualquer* das partes pode suscitá-lo⁴⁶¹. É irrelevante que haja, anteriormente, alegado incompetência absoluta (CPC, art. 337, II) e conexão (CPC, 337, VIII). Pela contestação ou por qualquer outro meio – já que essas matérias não são alcançadas pela preclusão (CPC, arts. 337, § 5º, e 342, II) –, a parte suscita a incompetência do juízo ou pede a reunião ou separação de causas. O juiz pode acolher a alegação, mas o outro juiz, para quem for encaminhados os autos, pode discordar, surgindo aí um conflito de competência.

A parte pode, enfim, alegar incompetência absoluta e conexão. Sua atividade é supletiva da atuação oficial. O órgão jurisdicional pode conhecer de ofício, mas a parte pode alegar, destacar, lembrar, suscitar a questão. A parte pode, a um só tempo, alegar a incompetência absoluta, a conexão entre processos e suscitar o conflito de competência.

⁴⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II, p. 303; DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 80.

⁴⁵⁸ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 368.

⁴⁵⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 649, p. 301.

⁴⁶⁰ STJ, 2ª Seção, AgInt no CC 162.816/GO, rel. Min. Raul Araújo, j. 14.8.2019, *DJe* 27.8.2019. No mesmo sentido: STJ, 2ª Seção, AgInt no CC 150.449/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14.3.2018, *DJe* 23.3.2018.

As medidas são concorrentes. A restrição legal diz respeito à alegação de incompetência relativa. Esta não pode ser simultânea da suscitação do conflito de competência. O conflito pode ser *sucessivo* à exceção de incompetência, mas não *simultâneo*.

Alegada a incompetência relativa, o art. 952 do CPC pré-exclui a possibilidade de a parte suscitar o conflito de competência. O dispositivo assim enuncia: “*Não pode suscitar conflito a parte que, no processo, arguiu incompetência relativa*”. A disposição não encerra uma novidade no sistema brasileiro, reproduzindo o que já constava do art. 117 do CPC-1973 (“*Não pode suscitar conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência*”) e, igualmente, do art. 805 do CPC-1939 (“*Não poderá suscitar conflito a parte que, na causa, houver oposto exceção de incompetência de juízo*”).

Na época do CPC-1939, a doutrina questionava o dispositivo, considerando-o uma “disposição injustificável”⁴⁶². É que não havia, àquela altura, distinção nos regimes jurídicos das incompetências absoluta e relativa. Ambas se submetiam às mesmas regras. No CPC-1973, passou a haver diferença de regimes jurídicos: uma era submetida à preclusão; a outra, não. Uma poderia ser conhecida de ofício; a outra dependia de alegação do réu. Uma seria alegada em preliminar de contestação ou por meio de simples petição, oferecida a qualquer tempo; a outra, por meio de exceção de incompetência. Daí se passou a entender que a regra poderia ser justificável, incidindo apenas em relação à alegação de incompetência relativa⁴⁶³.

No sistema do atual CPC, tanto a incompetência absoluta como a relativa são alegadas em preliminar de contestação, mas todas as outras diferenças que existiam no sistema do CPC-1973 persistem. É por isso que o art. 952 do atual CPC proíbe o conflito apenas enquanto não julgada a alegação de incompetência *relativa*.

A exceção de incompetência relativa integra a contestação, sendo uma de suas preliminares (CPC, art. 337, II). O art. 952 do CPC incide apenas no caso de ter sido alegada incompetência relativa, não alcançando as alegações de incompetência absoluta e de conexão.

Se a parte suscita a incompetência relativa do foro, é porque entende que o processo há de tramitar em outro foro, que entende ser o competente. A parte que

⁴⁶¹ Embora a disposição normativa utilize-se da expressão *qualquer das partes*, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o autor da demanda não pode suscitar o conflito de competência, por ter já feito a opção, faltando-lhe interesse processual em sua suscitação (STJ, 2ª Seção, AgInt no CC 156.222/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.5.2019, DJe 16.5.2019). Tratando-se de competência absoluta, é evidente que há o interesse de *qualquer* das partes para suscitar o conflito, pois todas elas têm interesse de ver o caso ser julgado pelo juízo *absolutamente* competente, até mesmo para evitar o risco de futura ação rescisória (CPC, art. 966, II).

apresentou exceção de incompetência entende que o foro por onde tramita o processo é incompetente, sendo competente o que indicou em sua exceção. Não há, ainda, conflito de competência. Enquanto não houver resolução acerca da exceção, o réu não pode suscitar o conflito⁴⁶⁴.

Excepcionado o foro e rejeitada a exceção, não há conflito, não podendo o réu suscitá-lo⁴⁶⁵. Se, porém, for acolhida a exceção e o juízo declinado aceita a causa, não há também conflito, pois as decisões judiciais convergem no mesmo sentido. Não havendo aceitação pelo juízo declinado, este irá, então, suscitar o conflito. Nesse caso, poderá a parte também suscitar o conflito.

Na verdade, o que se observa é que o art. 952 do CPC impede a *convivência* da exceção e do conflito, suscitados pela mesma parte, e não o uso *sucessivo* da exceção e do conflito⁴⁶⁶. Se, por exemplo, o réu excepciona o foro e vê acolhida sua exceção, com a remessa dos autos ao juízo competente, mas veio, posteriormente, a surgir um conflito entre este e *qualquer outro* juízo. Nessa hipótese, é evidente que a parte que excepcionou a competência pode suscitar o conflito⁴⁶⁷. Quer isso dizer que o oferecimento da exceção de incompetência não impede a suscitação do conflito de competência quando o objeto deste for distinto do daquela.

6 CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM COMPARTILHAMENTO POR ATOS CONCERTADOS

A competência pode ser compartilhada por meio de atos concertados. O § 2º do art. 69 do CPC contém um rol exemplificativo de atos concertados. Assim, os juízes podem estabelecer procedimento para obtenção e apresentação de provas, para

⁴⁶² AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942, v. 3º, p. 403.

⁴⁶³ DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 84-85.

⁴⁶⁴ ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, cit., v. I, n. 472.3, p. 1.201.

⁴⁶⁵ Se ambas as partes alegam a incompetência relativa, podem suscitar o conflito de competência. Em outras palavras, a arguição de incompetência relativa por ambas as partes afasta o óbice previsto no art. 952 do CPC. *Nesse sentido*. STJ, 2ª Seção, AgInt nos EDcl no CC 156.994/SP, rel. Min. Raul Araújo, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.10.2018, *DJe* 20.11.2018. *No mesmo sentido*: STJ, 2ª Seção, EDcl no CC 139.782/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.11.2015, *DJe* 27.11.2015; STJ, 2ª Seção, CC 94.897/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 10.12.2008, *DJe* 2.2.2009; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 96.553/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.6.2009, *DJe* 1º.7.2009.

⁴⁶⁶ ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, cit., v. I, n. 472.3, p. 1.202; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 440; ZUFELATO, Camilo. *Comentários ao art. 951. Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4, p. 136.

⁴⁶⁷ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 370.

efetivação de tutela provisória, para execução de decisões judiciais, para centralização de processos repetitivos.

O procedimento estabelecido pelos juízes pode consistir na divisão de tarefas num mesmo processo. O acerto feito entre eles deve ser divulgado junto às partes.⁴⁶⁸ Pode, por exemplo, um ficar responsável pelas comunicações processuais, outro pela instrução processual e um terceiro pela decisão final. Haverá, nesse exemplo, uma repartição de competências entre os juízos.

Tal repartição pode ser *desrespeitada*. O campo de atuação de um juízo pode ser invadido pelo outro ou vice-versa. Nesse caso, haverá um conflito positivo de competência, pois ambos estarão exercendo a mesma competência no mesmo processo. O conflito pode ser instaurado para que seja controlada a atividade compartilhada entre os juízes e se restaure o que fora estabelecido.

Também é possível que se verifique um conflito negativo de competência: um juiz pode deixar de praticar o ato, por considerar que deveria ser realizado pelo outro juízo e vice-versa. Ambos entendem ser incompetentes ou consideram, mutuamente, que o competente é o outro. Haverá, então, um conflito negativo de competência.

A doutrina anterior ao atual Código de Processo Civil já aventava exemplos que podem ser utilizados como parâmetro ou diretriz que confirma o cabimento do conflito de competência na cooperação judiciária por atos concertados. Colha-se, a propósito, o exemplo apresentado por José Carlos Barbosa Moreira:

“Pode imaginar-se a hipótese de dois magistrados (titular e auxiliar, por exemplo) que exerçam suas funções no mesmo juízo, segundo critério predeterminado de divisão do trabalho, e, divergindo eventualmente, em relação a certo feito, no entendimento do critério, venham nele a realizar, ambos, atos que só por um dos dois deveriam ser realizados”⁴⁶⁹.

No exemplo aventado por Barbosa Moreira, há uma divisão de tarefas entre dois juízes. Em tal exemplo, é possível, como ele mesmo demonstra, o conflito de competência para resolver o problema.

⁴⁶⁸ O art. 5º da Resolução CNJ nº 350, de 27 de outubro de 2020, prevê, em seu inciso III, que a cooperação judiciária nacional “*deve ser documentada nos autos, observadas as garantias fundamentais do processo*”, estabelecendo, ainda, no inciso V, o dever de comunicação às partes do processo.

Tal situação pode igualmente ocorrer num compartilhamento de competências. Se os juízes dividem atribuições num mesmo processo, mas isso vem, posteriormente, a ser descumprido ou desrespeitado, será possível o uso do conflito de competência para controlar e corrigir a distorção, o descumprimento ou o desrespeito à divisão estabelecida previamente. E o conflito aqui será positivo, podendo, como em qualquer outra hipótese, ser suscitado por um dos juízes, pelo Ministério Público ou por uma das partes do processo.

Há, realmente, conflito positivo de competência para se verificar “..., se é ele próprio o juiz competente, porque no juízo há mais de um juiz, dividindo-se por matéria entre eles os processos, ou porque temporariamente respondeu pela vara substituto, surgindo desentendimento sobre a ocorrência ou não de vinculação (art. 132)”⁴⁷⁰.

Araken de Assis, ao discorrer sobre as hipóteses de conflito positivo de competência, invoca o seguinte exemplo:

“..., no mesmo juízo atuam pretor e juiz de direito, distribuindo-se entre eles os feitos em razão do valor e, nesse âmbito, em razão da matéria. Bem pode acontecer de tanto o juiz de direito, quanto o pretor oficial em determinado processo, havendo divergência quanto à natureza da causa, se incluída, ou não, no âmbito das que incumbem ao pretor processar e decidir segundo a lei local. A essa hipótese calha, perfeitamente, a lição que inexistente a necessidade de decisão explícita, afirmando a própria competência pois a prática de qualquer ato significa a assunção da própria competência”⁴⁷¹.

Embora o exemplo se refira à divisão de atribuições entre um juiz de direito e um juiz leigo, a configuração da situação serve como parâmetro para os casos de compartilhamento de competências. A divisão de tarefas, estabelecida previamente, entre juízes diversos pode vir a ser descumprida e isso pode ser controlado ou corrigido por um conflito de competência.

Como já se disse, esse conflito é positivo. Não é, portanto, necessário que haja prévia declaração dos juízes de que há ou não competência. Não é igualmente necessário haver discussão entre eles sobre a competência ou a invasão de um nas

⁴⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Babosa. “Conflito positivo e litispendência”. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 45.

⁴⁷⁰ DALL’AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 78.

atribuições do outro. No conflito positivo de competência, não se exige prévia manifestação dos juízes.

Enfim, cabe o conflito positivo de competência em casos de divisão de tarefas, no mesmo processo, entre juízes diversos.

É possível, de igual modo, que haja um conflito negativo, quando ambos deixem de atuar, por entenderem, mutuamente, que a competência específica é do outro juízo. Assim, cabe, nesse caso, conflito negativo de competência para que se estabeleça de quem é a atribuição de praticar aquele ato que não é realizado por nenhum deles.

O conflito de competência é, portanto, um instrumento adequado a corrigir o desrespeito ao compartilhamento por atos concertados estabelecido previamente pelos juízes.

Antes mesmo de suscitar o conflito, qualquer das partes pode requerer aos juízes que corrijam sua atuação⁴⁷². Tal requerimento não consiste em etapa prévia à suscitação do conflito, não sendo requisito para sua instauração. De igual modo, tal requerimento não impede que se instaure o conflito de competência perante o tribunal competente para apreciá-lo.

Não se aplica, na hipótese ora aventada, a proibição contida no art. 952 do CPC. Primeiro, porque o requerimento feito por uma das partes aos juízes que compartilham suas competências não é nem pode ser equiparado a uma exceção de incompetência relativa. Além disso, a regra decorrente do disposto no art. 952 do CPC é especial, aplicando-se apenas na hipótese específica a que se refere. O atributo da especialidade deriva de um juízo de comparação entre duas disposições normativas⁴⁷³. Comparando o art. 952 do CPC com as demais disposições relativas ao conflito de competência, conclui-se que a sua suscitação somente sofre limitação ou impedimento em caso de prévia arguição de incompetência *relativa*. Em qualquer outro caso, e em qualquer outro tipo de competência questionada, não há tal limitação ou tal impedimento.

Significa que há instrumentos concomitantes para o controle da atuação concertada em casos de compartilhamento de competências. A parte interessada pode pedir aos juízes que corrijam o descumprimento do compartilhamento previamente estabelecido ou suscitar o conflito de competência ao tribunal. As duas iniciativas podem ser concomitantes, não incidindo o óbice previsto no art. 952 do CPC.

⁴⁷¹ ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, cit., v. I, n. 471, p. 1.198.

⁴⁷² Nesse sentido, o art. 8º da Resolução nº 350/2020, do CNJ, prevê, no seu § 3º: “Na forma do artigo 357, 1º, do Código de Processo Civil, as partes poderão também requerer esclarecimentos e solicitar ajustes nos atos de

Não é demais repetir que o conflito de competência é um instrumento adequado a corrigir o desrespeito ao compartilhamento por atos concertados estabelecido previamente pelos juízes. Além do conflito, um simples requerimento, dirigido aos juízes que compartilham suas competências, também se revela como um outro instrumento adequado a tanto.

7 O COMPARTILHAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO MEIO PARA PREVENIR OU EVITAR O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Os juízes podem compartilhar competências, evitando a instauração de um conflito. Num trocadilho, é possível *concertar* atos para *consertar* eventual conflito de competência. Em vez de disputarem a mesma competência, os órgãos jurisdicionais podem compartilhá-la.

O conflito de competência destina-se, como se viu, a decidir uma disputa entre órgãos jurisdicionais: um ou mais juízos afirmam ser ou não competentes para processar e julgar o processo ou, simplesmente, para praticar determinado ato. Se, em vez de disputarem a competência, resolverem compartilhá-la, não haverá conflito.

Ao examinar o Recurso Especial 1.803.250-SP, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que é possível a penhora de cotas sociais de sociedade que se encontra em recuperação judicial. O julgado funda-se nos arts, 69, 789 e 861 do CPC.

O que ressalta a atenção, para o presente ensaio, é o trecho do voto-vista vencedor, do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que afirma: *"Assim, eventual interferência da penhora de quotas sociais na recuperação judicial da empresa deve ser analisada com o decorrer da execução, não podendo ser vedada desde logo, podendo os juízes (da execução e da recuperação judicial) se valerem do instituto da cooperação de que trata do artigo 69 do Código de Processo Civil de 2015"*.

Esse ponto do voto do Ministro que conduziu o julgamento merece destaque e denota a importância do tema da cooperação judiciária nacional. A penhora determinada por um juízo pode interferir na recuperação judicial da empresa, conduzida por outro juízo. Em vez de um deles suscitar o conflito de competência, ambos podem cooperar entre si, mediante ato concertado, estabelecendo limites recíprocos: pode haver a penhora, a

cooperação praticados."

⁴⁷³ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 53-54.

alienação do bem, mas o produto ser destinado ao cumprimento do plano de recuperação, ou haver ressalvas ou ajustes concertados entre eles.

Já se viu que a cooperação judiciária destina-se a concretizar a eficiência processual. Os juízes devem compartilhar competências, a fim de se ter mais eficiência no processo em que praticam atos concertados.

Os atos conjuntos ou concertados servem para compartilhar competências, evitando, assim, que haja conflito de competência.

8 O COMPARTILHAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO MEIO PARA SOLUCIONAR O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Como se viu no item anterior, os atos concertados podem evitar a suscitação de um conflito de competência. É possível, porém, que não se compartilhem competências e seja, então, suscitado o conflito entre os juízos.

O conflito de competência destina-se, como se viu, a solucionar uma disputa sobre a competência de órgãos jurisdicionais. Um tribunal decidirá esse conflito. Há aí uma medida heterocompositiva sobre um poder jurisdicional: tribunal decidirá, estabelecerá, definirá a quem toca, a quem compete processar e julgar a causa ou atuar na prática de determinado ato processual.

No curso do conflito de competência, o relator ou o próprio colegiado pode convocar os juízos em conflito para que ajustem, concertem ou compartilhem suas competências. Nesse caso, em vez de uma solução heterocompositiva, haveria uma solução consensual ou autocompositiva (CPC, art. 3º, § 3º).

Convém lembrar o julgamento mencionado no item anterior: o STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.803.250-SP, entendeu ser possível a penhora de cotas sociais de sociedade que se encontra em recuperação judicial e sinalizou que eventual interferência da penhora na recuperação judicial da empresa poderia ser solucionada por cooperação entre os juízos. Feita a cooperação, seria evitada, como já dito no item anterior, o conflito de competência. Não realizada a cooperação, o conflito pode ser suscitado. No curso do conflito, os juízos poderiam cooperar entre si e *concertar* para *consertar*, eliminando o conflito.

Quer isso dizer que o conflito de competência também pode servir de palco

adequado para que os juízos compartilhem suas competências, eliminando-o.

A possibilidade de competência compartilhada por atos concertados impacta na solução do conflito de competência. Se é possível que mais de um juiz passe, por atos concertados, a atuar no mesmo processo e se tal compartilhamento tem por finalidade a eficiência processual, é possível que, nessa atuação conjunta, elimine-se o conflito de competência instaurado entre os juízos.

O tribunal competente para apreciar e julgar o conflito de competência pode, então, durante o processamento do conflito, convocar os juízos para que realizem o compartilhamento e passem a atuar de forma concertada.

O conflito poderá ser suscitado por qualquer um dos juízes, pelo Ministério Público ou por uma das partes do processo (CPC, art. 951). Os juízes precisam ser ouvidos, a fim de esclarecerem a possibilidade de realizarem atos concertados no processo (CPC, art. 954). É fundamental que as partes também sejam ouvidas em prol do contraditório (CPC, arts. 9º e 10). A decisão do tribunal ou o compartilhamento feito pelos juízos, no conflito de competência, há de ser precedido de contraditório.

9 CONCLUSÕES

O conflito de competência é instrumento adequado a controlar o compartilhamento de competências por atos concertados, para corrigir o desrespeito ao próprio compartilhamento estabelecido previamente pelos juízes.

O compartilhamento de competências pode evitar o conflito de competência ou este pode ser solucionado pela convocação dos juízos em conflito para acertarem, concertarem ou compartilharem suas competências.

10 REFERÊNCIAS

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942, v. 3º.

ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. I.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I.

BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Gabriela Macedo. Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. *Civil procedure review*. v. 10, nº 3, set.-dez., 2019.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 53-54.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 249, nov. 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t. X.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II.

MOREIRA, José Carlos Babosa. "Conflito positivo e litispendência". *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I.

ZUFELATO, Camilo. Comentários ao art. 951. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4.

**DEONTOLOGIA DA
JUDICATURA: BREVES
REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO
DE ÉTICA DA MAGISTRATURA**

Luiz Carlos Vieira de Figueirêdo

DEONTOLOGIA DA JUDICATURA: BREVES REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA.

DEONTOLOGY OF THE JUDICATURE: BRIEF REFLECTIONS ON THE CODE OF ETHICS OF THE JUDICATURE

Luiz Carlos Vieira de Figueirêdo

Juiz de Direito, atualmente na função de Juiz Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar breves comentários aos princípios deontológicos que orientam a atividade judicante e que estão previstos no Código de Ética da Magistratura Nacional.

PALAVRAS- CHAVE: Ética. Deontologia. Atividade Judicante. Código de Ética Da Magistratura Nacional.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present brief comments on the deontological principles that guide judicial activity and which are set out in the Code of Ethics of the National Judiciary.

KEYWORDS: Ethics. Deontology. Judicial Activity. Code of Ethics of The National Judgment.

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles ensinou a seu filho que um “bom juiz em geral” é aquele que foi instruído sobre todas as coisas⁴⁷⁴.

E “*conhecer sobre todas as coisas*” para ser um bom juiz, exige-se que este se aproprie de todos os deveres funcionais da judicatura. Somente assim, os magistrados e as magistradas podem desempenhar suas missões com excelência.

É atribuída a Jeremy Bentham, filósofo e economista inglês, a criação da expressão “Deontologia”. Segundo Álvaro Lazzarini⁴⁷⁵, Bentham adotou o vocábulo em sua obra “*Deontology or the Science of Morality*”. O neologismo derivaria de duas palavras gregas: *deon*, que significa “o que é”, “o que deve ser feito”, “o que é obrigatório”, enfim, o **dever**; e *logos*, que vem do saber, do **conhecimento**.

A Ética Deontológica busca determinar *o que é certo* a partir de normas e regras para **a ação**. Assim, o centro da ação moral reside nas regras morais⁴⁷⁶.

A despeito da Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) estabelecer **os deveres dos magistrados**, na 68ª Sessão

⁴⁷⁴ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*; *Poética*/Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores ; v. 2). Disponível em

Ordinária do **Conselho Nacional de Justiça**, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337, foi aprovado o CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL⁴⁷⁷.

Neste artigo, farei uma breve análise dos princípios norteadores do Código de Ética da Magistratura, instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral.

O primeiro capítulo do Código de Ética da Magistratura traz as suas disposições gerais. Destaco os seus três primeiros artigos:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

Art. 2º Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Os capítulos subsequentes são desdobramentos dos princípios insculpidos no primeiro artigo do Código.

Antes de comentá-los um a um, saliento que o referido Código impõe que juízes e juízas respeitem não só os preceitos constitucionais, bem como as leis do país. Neste particular, é importante registrar que o **Conselho Nacional de Justiça** recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem assim a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas⁴⁷⁸.

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977081/mod_resource/content/1/Etica%20a%20Nicomaco%20%28Aristoteles%29.pdf acesso em 06 out 2024.

⁴⁷⁵ LAZZARINI, Álvaro. Revista de Direito Administrativo. Ética e Sigilo Profissionais. Rio de Janeiro, 204: 53-64, abr./jun. 1996. Disponível em file:///C:/Users/lcvf/Downloads/admin,+5+--+%C3%89ica+e+sigilo+profissionais.pdf acesso em 07 out 2024.

⁴⁷⁶ SOUZA, Gregori de. REVISTA SEARA FILOSÓFICA, Número 22, Verão/2021, pp. 85-102 ISSN 2177- 8698. VIRTUDE, TELEOLOGIA E DEONTOLOGIA: O UTILITARISMO DE MILL, SUAS CRÍTICAS E SUAS DEFESAS. Disponível em file:///C:/Users/lcvf/Downloads/22724-80486-2-PB.pdf acesso em 07 out 2024.

⁴⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> acesso em 07 de out 2024.

A INDEPENDÊNCIA

Cumprir e fazer cumprir, com **independência**, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício são deveres da magistratura previstos no artigo 35 da LOMAN.

A independência repercute na necessária imparcialidade do juiz, pois não há como se pretender um magistrado imparcial se ele não é independente⁴⁷⁹.

Na lição de José Luiz Souto Maior e Marcos Neves Fava⁴⁸⁰:

A independência do juiz, primeiro, é uma garantia do próprio Estado de Direito, pelo qual se atribuiu ao Poder Judiciário a atribuição de dizer o direito, direito este que será fixado por normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo, com inserção, ao longo dos anos, de valores sociais e humanos, incorporados ao direito pela noção de princípios jurídicos. A independência do juiz, para dizer o direito, é estabelecida pela própria ordem jurídica como forma de garantir ao cidadão que o Estado de Direito será respeitado e usado como defesa contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é, igualmente, garante do regime democrático.

O tema da **independência** é tratado no Código de Ética nos seguintes termos:

Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.

Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.

Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

O Conselho Nacional de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido de que a independência funcional do magistrado somente pode ser questionada administrativamente quando demonstrado que, no caso concreto, houve atuação com parcialidade decorrente de má-fé. Nesta direção:

⁴⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECOMENDAÇÃO Nº 123, DE 7 DE JANEIRO DO 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original/1519352022011161dda007f35ef.pdf> acesso em 07 out de 2024.

⁴⁷⁹ ARRUDA, Kátia Magalhães. A responsabilidade do juiz e a garantia da independência. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/204/r133-16.PDF?sequence=4> 09 out 2024.

⁴⁸⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/26229/a-defesa-de-sua-independencia--um-dever-do-magistrado> acesso em 09 out 2024.

RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. JUIZ DE DIREITO. DESEMBARGADORA ESTADUAL. MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUESTÃO ESTRITAMENTE JURISDICIONAL. ARQUIVAMENTO SUMÁRIO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O que se alega contra os requeridos se classifica como matéria estritamente jurisdicional, diretamente vinculada aos provimentos judiciais proferidos nos autos da Ação Penal nº 0044079-30.2015.8.24.0023 e dos Habeas Corpus impetrados. Em tais casos, deve a parte valer-se dos meios processuais adequados, não cabendo a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.

2. O CNJ, cuja competência está restrita ao âmbito administrativo do Poder Judiciário, não pode intervir em decisão exclusivamente jurisdicional, para corrigir eventual vício de ilegalidade ou nulidade, porquanto a matéria não se insere em nenhuma das atribuições previstas no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

3. A independência funcional do magistrado reverbera em garantia de prestação jurisdicional imparcial, em favor da sociedade, expressamente prevista no art. 41 da LOMAN, somente podendo ser questionada administrativamente quando demonstrado que, no caso concreto, houve atuação com parcialidade decorrente de má-fé, o que não se verifica neste caso.

4. Ausentes indícios de má-fé na atuação dos magistrados requeridos, eventual impugnação deve ser buscada pelos mecanismos jurisdicionais presentes no ordenamento jurídico.

5. Recurso administrativo a que se nega provimento.(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0003101-06.2022.2.00.0000 - Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - 3ª Sessão Virtual de 2023 - julgado em 10/03/2023).

Quanto à vedação da participação em atividade político-partidária, não custa lembrar que esta proibição também está prevista na Constituição da República, consoante artigo 95, parágrafo único, inciso III.

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774, sob a relatoria do Ministro André Mendonça, que tem como objeto evitar e reparar lesões aos preceitos fundamentais de liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, da independência do Poder Judiciário e da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça.

O eminente Ministro relator concedeu, em parte, medida liminar “*para determinar a suspensão dos processos judiciais que visam a condenar o poder público ao pagamento de indenizações com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tendo como causa de pedir a impropriedade ou o excesso de linguagem de membro da magistratura nacional (art. 41 c/c arts. 35 e 36, todos da LC nº 35/1979), até ulterior decisão em sentido diverso ou julgamento definitivo no âmbito desta ADPF*”. É importante destacar que ainda não houve julgamento da ação.

A IMPARCIALIDADE

Ao lado da independência, a **imparcialidade** constitui um dos valores consagrados nos **Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**⁴⁸¹.

É evidente que não há como garantir um julgamento justo e igualitário, quando o magistrado está comprometido na sua imparcialidade. Os Códigos de Processo Civil e Penal disciplinam as figuras das exceções de impedimento e de suspeição.

No âmbito do Código de Ética da magistratura, a questão é tratada da seguinte forma:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I – a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II – o tratamento diferenciado resultante de lei.

É, portanto, dever do magistrado manter uma postura equidistante, evitando-se qualquer tipo de viés que reflita favoritismo, predisposição ou preconceito.

Deve o magistrado guardar especial atenção quanto ao uso de suas redes sociais (*Whatsapp, Instagram, X* etc). Postagens inadequadas, inoportunas e preconceituosas podem gerar desconfiança quanto à necessária isenção para processar e julgar as causas judiciais.

No ponto, o **Conselho Nacional de Justiça** editou a Resolução nº 305/19, estabelecendo parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário.

No normativo, o CNJ recomendou que, em relação ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo, deve-se evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário⁴⁸².

⁴⁸¹ Nota explicativa: Sobre os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, recomendo a leitura do texto “COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DE BANGALORE DE CONDUTA JUDICIAL”, disponível em <file:///C:/Users/lcvf/Downloads/Coment%C3%A1rios+aos+Princ%C3%ADpios+de+Bangalore+de+Conduta+Judicial.pdf> acesso em 09 de out de 2024.

TRANSPARÊNCIA

Na obra “Sociedade da Transparência”, Buyung-Chul Han⁴⁸³ ensina:

As coisas se tornam transparentes quando eliminam de si toda e qualquer negatividade, quando se tornam rasa e planas, quando se encaixam sem qualquer resistência ao curso raso do capital, da comunicação e da informação. As ações se tornam transparentes quando se transformam em operacionais, quando se subordinam a um processo passível de cálculo, governo e controle.

A opacidade não pode ser característica da atuação jurisdicional. A atuação do magistrado deve ser transparente, documentando-se seus atos, sempre que possível, mesmo quando não legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, exceto nos casos de sigilo contemplado em lei.

Sobre o vetor transparência, assim dispõe o Código de Ética da Magistratura:

Art. 10. A atuação do magistrado deve ser transparente, documentando-se seus atos, sempre que possível, mesmo quando não legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, exceto nos casos de sigilo contemplado em lei.

Art. 11. O magistrado, obedecido o segredo de justiça, tem o dever de informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade, de forma útil, compreensível e clara.

Art. 12. Cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e eqüitativa, e cuidar especialmente:

I – para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores;

II – de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério.

Art. 13. O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza.

Art. 14. Cumpre ao magistrado ostentar conduta positiva e de colaboração para com os órgãos de controle e de aferição de seu desempenho profissional.

⁴⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO N.º 305, de 17 de dezembro de 2019. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>

⁴⁸³ HAN, Byung-Chul. Sociedade da transparência. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017, pp. 09-10.

INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL

Manter conduta irrepreensível na vida pública e particular é dever previsto na Lei Orgânica da Magistratura (artigo 35, VIII, da Lei Complementar 35/79).

Algumas condutas praticadas por magistrados no âmbito privado, se percebidas como reprováveis pela sociedade, repercutem automaticamente na imagem do Poder Judiciário como um todo. Essas situações podem se agravar nas comarcas longínquas, de serventia judicial única, onde a figura do juiz é a referência da própria Justiça para a sociedade.

O juiz deve ter a consciência de que a carreira da magistratura impõe uma série de restrições, inclusive no âmbito privado.

Nesta quadra, prevê o Código de Ética:

Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.

Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

Art. 17. É dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional.

Art. 18. Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções.

Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

DILIGÊNCIA E DEDICAÇÃO

Os incisos II, III e VI do artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura guardam relação com os vetores da diligência e da dedicação:

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

O magistrado deve iniciar os atos processuais com a máxima pontualidade possível e solucionar as causas de sua competência em prazo razoável.

Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

Art. 21. O magistrado não deve assumir encargos ou contrair obrigações que perturbem ou impeçam o cumprimento apropriado de suas funções específicas, ressalvadas as acumulações permitidas constitucionalmente.

§ 1º O magistrado que acumular, de conformidade com a Constituição Federal, o exercício da judicatura com o magistério deve sempre priorizar a atividade judicial, dispensando-lhe efetiva disponibilidade e dedicação.

§ 2º O magistrado, no exercício do magistério, deve observar conduta adequada à sua condição de juiz, tendo em vista que, aos olhos de alunos e da sociedade, o magistério e a magistratura são indissociáveis, e faltas éticas na área do ensino refletirão necessariamente no respeito à função judicial.

Quanto ao juiz que também exerce a nobre missão do magistério, é preciso ter a cautela de que a magistratura não pode ser um “bico”. A prioridade deve ser sempre a atividade judicial.

CORTESIA

O fundador da escola Nova Acrópole, Jorge Angel Ligrava ensina que a **cortesia** “*é, ao mesmo tempo, uma forma de generosidade e de amor. Um reconhecimento da fraternidade universal para além de todas as diferenças de classes, etnias, sexos, nacionalidades, estados sociais e econômico*”⁴⁸⁴.

São as pequenas atitudes do dia a dia que proporcionam harmonia no ambiente e maximizam a boa convivência. A virtude da cortesia deve ser cultivada por todos e para todos. Colaciono os dispositivos correspondentes do Código de Ética:

Art. 22. O magistrado tem o dever de cortesia para com os colegas, os membros do Ministério Público, os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça.

Parágrafo único. Impõe-se ao magistrado a utilização de linguagem escoreita, polida, respeitosa e compreensível.

Art. 23. A atividade disciplinar, de correição e de fiscalização serão exercidas sem infringência ao devido respeito e consideração pelos correicionados.

Segundo o Código de Ética, decorre do dever da cortesia a utilização de linguagem escoreita, polida, respeitosa e compreensível.

Convém assinalar a iniciativa do CNJ a respeito do “Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples”⁴⁸⁵, no qual se pretende adotar linguagem simples, direta e compreensível a todas as pessoas na produção das decisões judiciais e na comunicação geral com a sociedade.

Ademais, o CNJ editou a Recomendação de nº 154, de 13 de agosto de 2024, orientando todos os tribunais do país a adotar de modelo padronizado de elaboração de ementas (ementa-padrão)⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ LIGRAVA, Jorge Angel. Um pouco de cortesia, por favor! Disponível em <https://www.acropole.org.br/autores/jorge-angel-livraga/um-pouco-de-cortesia-por-favor/#:~:text=A%20cortesia%20%C3%A9%20ao%20mesmo,nacionalidades%2C%20estados%20sociais%20e%20econ%C3%B3micos>. Acesso em 09 out 2024.

⁴⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/11/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples.pdf> Acesso em 09 out 2024.

⁴⁸⁶ _____. RECOMENDAÇÃO N.º 154, de 13 de agosto de 2024. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2215242024081566be7dfcc76ed.pdf> Acesso em 09 out 2024.

PRUDÊNCIA

A **prudência** é considerada a mãe de todas as virtudes. No texto “Prudência, ação e virtude”, Mariana Cruz destaca⁴⁸⁷:

A prudência (phrónesis) rege a temperança que é aquilo que irá reger nossos instintos. É a prudência que determina o bom exercício da temperança. O sábio nas decisões éticas é aquele capaz de encontrar o meio termo (ne quid nimis: nada em excesso). O homem prudente é o que faz escolhas equilibradas, que tem uma conduta intermediária entre dois extremos. Um ato bom é aquele que ajuda a alcançar uma finalidade. Escolhas más são as escolhas que fazemos contra as nossas finalidades (thelos). Para encontrar o thelos do homem, isto é, a finalidade de sua vida, há que o estudar por dentro e ver qual a sua virtualidade maior.

Sobre a prudência, preconiza o Código de Ética:

Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Art. 26. O magistrado deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

SIGILO PROFISSIONAL

Sobre o sigilo profissional, o desembargador aposentado José Renato Nalini⁴⁸⁸ pontua:

A confidencialidade é norma praticamente absoluta para o juiz. O drama judiciário não deixa de ser uma tragédia. Há feridos, há lesados, há sentimentos machucados. Aquilo que se passa no Fórum deve ser mantido dentro de suma reserva. Compromete a Justiça tomar conhecimento de que o conteúdo do processo ou que os protagonistas da cena judicial falaram em audiência, é disseminado em outros ambientes e, às vezes, em tom de galhofa. O ideal da justiça é a busca da verdade, e ela poder ser prejudicada se o teor dos elementos utilizados em sua procura é de domínio público. Inconcebível que um juiz possa propagar aquilo que tomou conhecimento em juízo.

⁴⁸⁷ CRUZ, Mariana. Prudência, ação e virtude. Disponível em <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/7/15/prudencia-accedilatildeo-e-virtude> acesso em 09 out 2024.

⁴⁸⁸ NALINI, José. Ética da Magistratura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-ix-sigilo-profissional-etica-da-magistratura/1197015309#a-193125004> acesso em 09 out 2024.

Em relação ao sigilo profissional, o Código de Ética assim dispõe:

Art. 27. O magistrado tem o dever de guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade.

Art. 28. Aos juízes integrantes de órgãos colegiados impõe-se preservar o sigilo de votos que ainda não hajam sido proferidos e daqueles de cujo teor tomem conhecimento, eventualmente, antes do julgamento.

CONHECIMENTO E CAPACITAÇÃO

A prestação jurisdicional de excelência exige formação continuada dos magistrados. As escolas judiciais possuem papel fundamental na capacitação dos juízes para o exercício da função judicante.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados tem como missão promover, regulamentar e fiscalizar, em âmbito nacional, a formação e o aperfeiçoamento da magistratura para que a Justiça esteja em sintonia com a demanda social.

As demais escolas judiciais trabalham na concretização dessa missão, tanto no ensino quanto na pesquisa.

Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.

Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente.

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.

Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

Art. 33. O magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial.

Art. 34. O magistrado deve manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial.

Art. 35. O magistrado deve esforçar-se para contribuir com os seus conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça.

Art. 36. É dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente.

Especificamente quanto ao dever de facilitar e promover, na medida do possível, a formação de outros membros do órgão judicial, ressalto o programa FOFO (formação de formadores) das Escolas Judiciais. Nele, o magistrado recebe a capacitação necessária para utilizar diversos recursos de metodologia ativa para ministrar cursos em programas de formação inicial e continuada.

DIGNIDADE, HONRA E DECORO

Dignidade, honra e decoro traduzem-se em um complexo de predicados que refletem consideração social e confiabilidade.

Nesta trilha, o Código de Ética da Magistratura prevê:

Art. 37. Ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.

Art. 38. O magistrado não deve exercer atividade empresarial, exceto na condição de acionista ou cotista e desde que não exerça o controle ou gerência.

Art. 39. É atentatório à dignidade do cargo qualquer ato ou comportamento do magistrado, no exercício profissional, que implique discriminação injusta ou arbitrária de qualquer pessoa ou instituição.

Comentando o Código de Ética da Magistratura, Lourival Serejo⁴⁸⁹ pontifica que:

Digno é o juiz consciente da sua responsabilidade, do seu papel na função de distribuir justiça e aplicar a lei. O atributo da dignidade é conquista que se alcança pela preparação, pela consciência crítica sobre suas atribuições e pela afirmação de sua personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os preceitos do Código de Ética da Magistratura complementam os deveres funcionais que emanam da Constituição Federal, do Estatuto da Magistratura e das demais normas e disposições legais.

Aliado ao Código Ibero-Americano de Ética Judicial⁴⁹⁰ e aos Princípios de Bagalore, o Código de Ética da Magistratura constitui verdadeiro guia deontológico para que juízes e juízas desempenhem suas atividades com honestidade, imparcialidade e independência, para além de outras virtudes necessárias.

Encerro estas breves reflexões transcrevendo a carta que o meu avô, Armando de Barros Figueirêdo, hoje na pátria espiritual, escreveu para o meu pai, Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, quando este logrou a aprovação à magistratura⁴⁹¹:

Luiz Carlos,

O fato de você desejar seguir a carreira de Juiz de Direito me faz muito feliz, mas, se a sua opção fosse outra, não me consideraria frustrado de modo algum.

O importante é fazer bem feito o que se faz e isso você vem fazendo. Os conselhos anteriores frutificaram.

Cedo você se apercebeu de que o sucesso de qualquer profissão só se consegue com honestidade, dedicação, responsabilidade, estudo e sacrifícios.

⁴⁸⁹ SEREJO, Lourival. Comentários ao código de ética da magistratura nacional. – 1.ed. – Brasília, DF: ENFAM, 2011. 119 p. Disponível em file:///C:/Users/lcvf/Downloads/Coment%C3%A1rios_codigo_etica_site%20(1).pdf acesso em 10 out 2024.

⁴⁹⁰ Nota explicativa: Para um estudo aprofundado, recomendo o texto organizado por Manuel Atienza e Rodolfo Luís Vigo, disponível em file:///C:/Users/lcvf/Downloads/C%C3%B3digo+Ibero-Americano+de+%C3%89tica+Judicial.pdf Acesso em 10 out 2024.

⁴⁹¹ Nota explicativa: O inteiro teor desta carta está disponível em <https://luizcarlosfigueiredo.com.br/?cat=9&paged=2> Acesso em 10 out 2024.

Na mesma linha de conduta, resolvi escrever esta mensagem, à guisa de estímulo, valendo-me da minha experiência como Juiz e como homem comum, que ao término da carreira não guarda dramas de consciência.

Chamar a sua atenção para a importância dessa opção é o meu dever e o faço com conhecimento de causa.

Desejo de todo coração que esta mensagem seja de otimismo e encorajamento, ao contrário daquela de Carlos Drummond de Andrade destinada a um neto, marcadamente pessimista, embora calcada numa realidade nua e crua.

Poderia encaminhá-lo diretamente às sábias palavras do Des. Thomaz Wanderley em 'Exame de Consciência do Juiz', complementada com 'O Juiz e a Função Jurisdicional', de Mário Guimarães, que ora lhe ofereço. Seria uma atitude apenas profissional, incompatível com o meu temperamento e com o diálogo franco que sempre imperou em nossa casa.

Sou daqueles que acreditam na justiça e que levou a sua função de Juiz mais a sério do que se possa imaginar. Exerci o cargo como missão, levando a sério as palavras de Moisés: 'Não atentareis para pessoa alguma em juízo; ouvireis assim o pequeno como o grande. Não temereis a face de ninguém, porque o juízo é de Deus'.

Sou daqueles que crêem no homem apesar de tudo e de que, até certo ponto, moldamos o nosso destino.

De uma coisa esteja certo. Não é o título, a Faculdade de Direito, o resultado do concurso, nem os jurisdicionados que fazem o Juiz. É o próprio indivíduo quando se conscientiza da importância de sua função na sociedade. Daí, bons Juízes, maus Juízes e até antijuízes.

No momento existe uma verdadeira cruzada para aprimoramento da magistratura em nosso Estado. Tem havido uma seleção até certo ponto rigorosa e exigente. Obviamente, não é somente o aspecto intelectual que conta. Poderá ocorrer que novos Juízes, por isso ou por aquilo, não venham a ser o Juiz que se desejava.

Isso não invalida a cruzada. Sempre existirá ovelhas negras no meio do rebanho. O importante é reduzir o seu número, para que a sociedade possa acreditar e respeitar os que fazem a justiça. Isso é um trabalho de gerações e muito de nós já deram a sua contribuição. Sem falsa modéstia me coloco nesse meio.

Não fui só alimento ... fui fermento.

Os títulos de cidadão de algumas cidades onde fui Juiz, placas de prata, referências, mensagens, etc., são os troféus de um homem fiel a si mesmo e ao seu cargo.

Vale ressaltar, e você sabe disso, que os obtive quando já não era o detentor do chicote, como se costuma dizer.

Mesmo com o perigo de parecer acaciano, lembro, por oportuno, as palavras de Rui Barbosa: 'Recordai-vos, Juízes, que se sois levados acima do povo que vos circunda, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgais a sua causa, mas ele julga a vossa justiça. E tal é a fortuna ou desventura de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos defeitos'.

Como você vê, é quase um paradoxo. Somos julgados por aqueles a quem julgamos.

A nossa fortuna ou desventura vai mais além e começa em nossa própria casa. A partir do seu ingresso na magistratura, você será fichado em vários Departamentos do Tribunal de Justiça. Registros e anotações com respeito a remoção, férias, licenças, promoções, advertências, punições, etc., poderão ser encontradas nessas fichas. Apenas não registrarão os seus bons momentos de Juiz, sua capacidade de trabalho, seu equilíbrio na condução das coisas da justiça, etc.

Como não existe carteira de trabalho de magistrado, para tais anotações, você fica reduzido ao reconhecimento de uns poucos. Ao término da carreira, podemos ter apenas aqueles troféus de que falei anteriormente, referências aqui e ali e a consciência do dever cumprido. O respeito público é o bastante, e é disso que o Poder Judiciário necessita.

Alguém disse que as virtudes teologais do Juiz são: coragem, honestidade e cultura.

No decorrer de sua formação pelas cidades do interior, você vai verificar que isso se constitui numa verdade quase palpável. A cultura aprimora-se com o tempo e sua busca transcende aos livros exclusivamente de direito. É uma busca constante e jamais você encontrará a ponta do 'fio de Ariadne'.

Muitas vezes, numa simples monografia médica, você encontra o elo indispensável à sua decisão. É uma pesquisa constante dentro e fora da realidade jurídico-social. Isso não nos torna infalíveis, mas amplia o nosso universo decisório.

Dadas as circunstâncias, tenho as duas outras virtudes como mais importantes e necessárias.

De logo, diga-se, que são virtudes que não admitem parcelamento. Não existem graus na sua aferição. Você ou é honesto ou não é. Sucede quase o mesmo com a coragem.

O Juiz deve conduzir-se de maneira a servir de exemplo os seus jurisdicionados. Deve ter a necessária coragem para decidir não somente nos seus julgados, mas também nas decisões administrativas e normativas do dia a dia.

Não se exige do Juiz uma coragem cega e imprudente, exige-se sim, coragem disciplinada, com moderação e atos afirmativos alicerçados num comportamento moral inatacável. É uma virtude que deve ser temperada com o

'bom senso'. Quando se toma uma decisão heróica, deve-se estar preparado para as suas consequências. Quando não se tem estofa moral para tanto, o melhor é não tentar.

Por tudo isso é que insisto nessas virtudes e numa visão maior de serenidade e equilíbrio.

Parodiando um dito já quase popular, aconselho: 'Não faça do seu cargo uma arma'.

Logo de início você constata como é importante e poderoso no contexto geral de sua comarca. Não se engane. Você é poder desarmado e vulnerável, sob vários aspectos. Os homens do interior conhecem as coisas da justiça melhor que os cidadãos. De início vão testá-lo, na esperança de conseguir encontrar a sua fraqueza.

Entre muitas, destacam-se o 'bom de copo', o 'bom de jogo', o 'bom de mulher' e o 'bom de vantagens'.

Evidentemente, qualquer uma dessas fraquezas acabam com o Juiz. Quando constatada e alimentada, alguém vai tirar proveito e outros vão sofrer as consequências. Há também os pedidos políticos para testar o grau de independência do Juiz. É bom não sucumbir ao primeiro ataque, pois outros se sucederão. Um Juiz político e faccioso é praga bem maior do que qualquer outra.

No trato com políticos todo o cuidado é pouco. Só conceda qualquer vantagem a um lado, quando seja possível estendê-la aos outros grupos. Enfim, faça as coisas de modo a não ter desejo de modificá-las no dia seguinte.

O importante é olhar o espelho no dia seguinte e não se envergonhar do homem que você é. Agindo assim, você pode olhar seus jurisdicionados de frente, com aquela autoconfiança que só os justos e os bons têm.

*Dito isto, para que você não veja nas minhas advertências um excesso de zelo paterno, transcrevo as sábias palavras de um grande Juiz, honra e glória da magistratura de Pernambuco, o Des. Thomaz Cirilo Wanderley, num opúsculo a que deu o nome de 'Exame de consciência do Juiz': **'Estimulado pelo livro do padre L. J. Lebret e T. Suavet, RENOVAR O EXAME DA CONSCIÊNCIA, o juiz poderá examinar com real proveito, certos aspectos da sua vida, por vezes, abafados pela nuvem de poeira que se levanta ao longo caminho penoso a percorrer entre o montão de interesses confiados ao aplicador da lei, e o abismo da vaidade, da ambição, das seduções de toda espécie.***

'Considere-se, primeiramente, a função de Juiz. Ela é necessária, porque o mundo se degradou ao ponto de se tornar o teatro da injustiça. Tão necessária ela é, que todos os poderosos toleram, apenas toleram, porém, mesmo a contragosto, toleram a função de Juiz, disciplinada nas Constituições e nos Códigos.

'Ela é a garantia da própria sociedade, cuja vida normal depende do equilíbrio entre os direitos e os deveres dos indivíduos entre si, e em

relação à comunidade. Daí também a sua grande importância. Mas é contraindicada como fator de fortuna e de vida gozada, o que lhe denota o caráter de sobriedade capaz de polarizar-se em sacrifício.

‘Sob este aspecto, é salutar, para o Juiz, a renovação do seu exame de consciência. Mantém-se ele, à altura da grandeza e da importância da função de administrar justiça?’

‘A resposta acertada não se pode fundar em razões puramente subjetivas, ditadas, quase sempre, pelo amor próprio ou, raramente, pela modéstia, sendo, por isso, duvidosas. Ela deve invocar motivos objetivos que se podem colher no próprio resultado da atuação do Juiz, no conjunto de manifestações conscientes de desinteressadas que ela naturalmente provoca. Em qualquer instância e em toda parte, o sujeito que mais é julgado é o Juiz. A sua atuação é satisfatória quando atende à lei e à verdade apurada, o que ressoa harmoniosamente no meio social, fortalecendo lhe a confiança na justiça.

‘Poderá ser deficiente, por falta de aptidão ou de serenidade, falhas que minam o prestígio da autoridade judiciária entre os seus jurisdicionados. Deverá ser má, quando carecer de lastro de integridade, de independência, de imparcialidade, de bravura moral, que não se consolida sem o desprezo das seduções de ordem política, econômica ou moral.

‘Depois, vale lembrar a natureza e a dignidade da função judicante. Por mais importante que seja qualquer outra função do Estado, não lhe atinge o nível de poder e de dignidade.

‘Elaborar as leis e chefiar a administração pública, eis dois grandes poderes que Deus concede a alguns homens, por meio de um instrumento que, nas democracias, é a eleição popular.

‘Mas nenhum deles é maior, nem mesmo igual ao poder de julgar o comportamento do homem e resolver sobre os seus direitos. Julgar os seus semelhantes chega a ser temeridade definida no SERMÃO DA MONTANHA: ‘Não julgueis, se não quiserdes ser julgados’.

‘Todavia, a necessidade do julgamento impôs a instituição do poder oficial de julgar. Exerce-o o Estado através de órgão especializado, no qual todo mundo exige perfeição, tanto quanto humanamente possível.

‘Depositário de joia tão preciosa como é a função de julgar, recomenda-se bem o Juiz que, vencendo o amor próprio, renova constantemente o seu exame de consciência, para verificar se realmente procedeu como deve proceder um Juiz.

‘Será necessário olhar para os fatos da vida particular? Quanto aos que chegam naturalmente ao conhecimento do povo, sim.

‘O homem que é Juiz tem obrigação de dar bom exemplo aos jurisdicionados. A sua conduta moral e as relações de ordem econômica

devem ser inatacáveis. Ele deve ser respeitável, como homem, não bastando que seja respeitado, apenas por ser Juiz.

‘Respeito imposto é respeito artificial, hipócrita, ridículo. Na ausência, ele se converte em mofa. O mau comportamento do Juiz esmaga-lhe a autoridade e concorre para a degradação do meio social em que vive.

‘Na vida pública, isto é, no exercício da função judicante, cumpre nunca esquecer que o Juiz deve primar pela capacidade de renúncia e de sacrifício.

‘Renúncia de riquezas, de grandeza, de benefícios dos poderosos. Ele não trabalha para ganhar. O seu objetivo é trabalho da justiça, em benefício do povo. O ganho é simplesmente o meio de atingi-lo. Por isso, ele ganha para trabalhar. A sua função não existe para conquistar riquezas, mas sim para distribuir justiça.

‘Das grandezas da vida e dos benefícios dos poderosos ele se deve abster sem exitação, porque já está engrandecido e dignificado com o maior dos poderes que é o de julgar.

‘O sacrifício ao qual se deve sujeitar, começa por um dos maiores, que é o sacrifício da própria vontade, quando esta difere da verdade jurídica a ser proclamada.

‘Então surge o perigo de valer-se da inteligência rebelde à razão, para torcer a prova ou a lei e chegar à solução preconcebida e falsa, o que importaria em traição. E, nesse transe, é indispensável que a independência e a integridade sejam mesmo reais e façam desaparecer o homem com todo o seu orgulho e sua vaidade, para que o Juiz não deserte. Para tanto, é necessário que ele se mantenha, em tudo, à altura do cargo; que se identifique com os deveres impostos na lei, muito mais do que com os direitos que ela lhe assegura. Estes têm a marca do egoísmo; aqueles devem ter somente a da justiça.

‘Diante de tanta responsabilidade, o exame de consciência é medida salutar que não deve ser esquecida nem evitada. Todo homem é naturalmente sujeito a cair em erro. E tanto mais o é, quanto maior for a soma dos poderes que exerce.

‘Mas, conhecido o erro, desculpa não há para a reincidência. E, para conhecê-lo, é preciso lançar um olhar para dentro de si mesmo, e rever, sem nenhuma preocupação de autodefesa, os atos praticados, submetendo-os mais uma vez ao veredicto inapelável da consciência.

‘Tal julgamento há de produzir um benfazejo e poderoso estímulo para a emenda, sempre que falhar a causa de uma tranquilidade sincera.’

Creio que é o bastante. Faça sua opção com o coração e com a razão. Há tempo para tudo, meu filho, até para calar, mas de uma coisa esteja certo: Os homens passam e justiça permanece na sua eterna majestade. Permanece,

também, a memória daqueles que souberam dignificar a função judicante, como o grande Juiz Thomaz Cirilo Wanderley.

Com um abraço, do pai e amigo.

Olinda, outubro de 1982

REFERÊNCIAS

Aristóteles. *Ética a Nicômaco; Poética/Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores ; v. 2). Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977081/mod_resource/content/1/Ética%20a%20Nicomaco%20%28Aristoteles%29.pdf acesso em 06 out 2024.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A responsabilidade do juiz e a garantia da independência. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/204/r133-16.PDF?sequence=4> 09 out 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> acesso em 07 de out 2024.

_____. RECOMENDAÇÃO Nº 123, DE 7 DE JANEIRO DO 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf> acesso em 07 out de 2024.

_____. RECOMENDAÇÃO N.º 154, de 13 de agosto de 2024. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2215242024081566be7dfcc76ed.pdf> Acesso em 09 out 2024.

_____. RESOLUÇÃO N.º 305, de 17 de dezembro de 2019. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>

_____. Pacto Pela Linguagem Simples. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/11/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples.pdf> Acesso em 09 out 2024.

CRUZ, Mariana. Prudência, ação e virtude. Disponível em <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/7/15/prudencia-accedilatildeo-e-virtude> acesso em 09 out 2024.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017, pp. 09-10.

LAZZARINI, Álvaro. *Revista de Direito Administrativo. Ética e Sigilo Profissionais*. Rio de Janeiro, 204: 53-64, abr./jun. 1996. Disponível em <file:///C:/Users/lcvf/Downloads/admin,+5+-+%C3%89ica+e+sigilo+profissionais.pdf> acesso em 07 out 2024.

LIGRAVA, Jorge Angel. Um pouco de cortesia, por favor! Disponível em <https://www.acropole.org.br/autores/jorge-angel-livraga/um-pouco-de-cortesia-por-favor/#:~:text=A%20cortesia%20%C3%A9%2C%20ao%20mesmo,nacionalidades%2C%20estados%20sociais%20e%20econ%C3%B3micos>. Acesso em 09 out 2024.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/26229/a-defesa-de-sua-independencia--um-dever-do-magistrado> acesso em 09 out 2024.

NALINI, José. Ética da Magistratura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-ix-sigilo-profissional-etica-da-magistratura/1197015309#a-193125004> acesso em 09 out 2024.

SEREJO, Lourival. Comentários ao código de ética da magistratura nacional. – 1.ed. – Brasília, DF : ENFAM, 2011. 119 p. Disponível em [file:///C:/Users/lcvf/Downloads/Coment%C3%A1rios_codigo_etica_site%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lcvf/Downloads/Coment%C3%A1rios_codigo_etica_site%20(1).pdf) acesso em 10 out 2024.

SOUZA, Gregori de. REVISTA SEARA FILOSÓFICA, Número 22, Verão/2021, pp. 85-102 ISSN 2177- 8698. VIRTUDE, TELEOLOGIA E DEONTOLOGIA: O UTILITARISMO DE MILL, SUAS CRÍTICAS E SUAS DEFESAS. Disponível em <file:///C:/Users/lcvf/Downloads/22724-80486-2-PB.pdf> acesso em 07 out 2024.

**NOVOS RUMOS PARA O
OFICIAL DE JUSTIÇA: UMA
FERRAMENTA DE
CONCILIAÇÃO EM DOMICÍLIO**

Milly Lilian Resende Zaidan

NOVOS RUMOS PARA O OFICIAL DE JUSTIÇA: UMA FERRAMENTA DE CONCILIAÇÃO EM DOMICÍLIO

NEW DIRECTIONS FOR THE COURT OFFICER: a tool for home conciliation

Milly Lilian Resende Zaidan

Oficiala de Justiça no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).
Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas
(PPGDH) pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RESUMO

O Oficial de Justiça desempenha um papel fundamental no sistema judiciário brasileiro, tradicionalmente encarregado de cumprir mandados judiciais. No entanto, com a evolução do direito e a busca por maior eficiência e celeridade processual, novas possibilidades em sua atuação têm sido vislumbradas a esses profissionais, como a atuação na mediação e conciliação de conflitos. Este artigo discute a implementação do projeto "Conciliação em Domicílio", que tem sido adotado por diversos tribunais, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) e o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (TRT-5). O projeto visa aproximar o Oficial de Justiça das partes envolvidas, possibilitando a resolução de conflitos de forma consensual e ágil, sem a necessidade de deslocamento até o fórum. O estudo explora a importância dessa nova função do Oficial de Justiça, destacando sua capacidade de contribuir para a desjudicialização de processos e promover a pacificação social. Além disso, aborda a capacitação e a valorização desses profissionais, bem como a incorporação de tecnologias no processo de mediação e os resultados alcançados nos tribunais que adotaram essa prática.

Palavras-chave: Oficial de Justiça, Conciliação em Domicílio, Mediação de Conflitos, Justiça Eficiente, Desjudicialização, Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The Court Officer plays a fundamental role in the Brazilian judicial system, traditionally responsible for executing court orders. However, with the evolution of the law and the search for greater efficiency and procedural speed, new possibilities in their performance have been envisioned for these professionals, such as mediation and conciliation of conflicts. This article discusses the implementation of the "Home Conciliation" project, which has been adopted by several courts, such as the Court of Justice of Minas Gerais (TJMG), the Court of Justice of Paraíba (TJPB) and the Regional Labor Court of the 5th Region (TRT-5). The project aims to bring the Court Officer closer to the parties involved, enabling the resolution of conflicts in a consensual and agile manner, without the need to travel to the court. The study explores the importance of this new role of the Court Officer, highlighting their ability to contribute to the dejudicialization of processes and promote social pacification. Furthermore, it addresses the training and appreciation of these professionals, as well as the incorporation of technologies in the mediation process and the results achieved in the courts that have adopted this practice.

Keywords: Court Officer, Home Conciliation, Conflict Mediation, Efficient Justice, Dejudicialization, Access to Justice.

INTRODUÇÃO

O Oficial de Justiça é uma figura fundamental no sistema judiciário brasileiro, destacando-se no cumprimento de Mandados, sendo responsáveis por cumprir ordens judiciais, como citações, intimações e penhoras. Isso garante que as partes sejam notificadas sobre processos e decisões. Além disso, a participação em Audiências e Juris se faz necessária, auxiliando o magistrado.

Com suas certidões, estes serventuários da justiça, dão continuidade ao processo judicial. Além de tudo isso, novos rumos se desenham para este cargo, existindo a possibilidade de o oficial de justiça atuar na área de Conciliação e Mediação. Assim, a evolução do sistema judiciário, muitos Oficiais de Justiça têm sido treinados para atuar na mediação de conflitos, buscando soluções consensuais entre as partes. Nesta interação, o meirinho está em contato direto com as partes envolvidas, o que permite uma compreensão mais humanizada dos conflitos e das circunstâncias de cada caso.

Desta feita, este estudo não se propõe a uma análise dos programas de Mediação e Conciliação, focando na "Conciliação em Domicílio", mas apenas o compartilhamento da informação desta prática que vem sendo adotada por diversos tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB, Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG e Tribunal Regional do Trabalho da 5 região - TRT5. O Oficial de Justiça desempenha um papel fundamental nesses projetos, ampliando suas funções na mediação de conflitos, conforme delineado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Com o aumento da demanda por soluções consensuais no sistema judiciário, o Poder Judiciário vem se renovando, buscando cada vez mais a celeridade e a eficiência, e este trabalho investiga como os Oficiais de Justiça podem ser integrados a essa abordagem, contribuindo para a desjudicialização de processos de menor complexidade que, mesmo assim, sobrecarregam o sistema e dificultam a pacificação social.

Os resultados obtidos pelos tribunais mencionados, considerando o Novo Marco de Cooperação Brasil-ONU 2023-2027 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, enfatizam a importância de instituições judiciais mais eficazes e inclusivas. No Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE, também observados movimentos, a exemplo da Instrução Normativa TJPE nº 04/2023 e o Projeto de Lei 9609/18, que visa formalizar a função dos Oficiais de Justiça na mediação de conflitos, como possíveis estratégias para otimizar o sistema judiciário. O estudo destaca a relevância do contato direto dos Oficiais de Justiça com as partes, que proporciona uma perspectiva única,

aprimorando a prestação jurisdicional e a satisfação dos cidadãos com o sistema de justiça.

1 NOVOS RUMOS PARA O OFICIAL DE JUSTIÇA: UMA FERRAMENTA EFICAZ NA JUSTIÇABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O cargo de Oficial de Justiça é atribuído ao servidor público que é bacharel em Direito e aprovado em concurso no Poder Judiciário, dotado de fé pública e cuja atuação materializa as decisões judiciais e a aplicação da lei ao caso concreto.

Assim, ao dá início ao projeto "Conciliação Domiciliar", o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), visou simplificar a comunicação entre as partes envolvidas e acelerar a resolução de conflitos, permitindo que o Oficial de Justiça atue como mediador durante o cumprimento de mandados judiciais, possibilitando que as partes negociem sem a necessidade de comparecer ao fórum, pois é sabido que grande parte da maioria da população não dispõe de recursos para deslocamentos até os Fóruns de Justiça.

Assim, com base no artigo 154 do Código de Processo Civil, o projeto autoriza o Oficial a certificar propostas de acordo apresentadas pelas partes durante os atos de comunicação, garantindo que a negociação seja registrada e a parte contrária informada.

Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça:

- I - fazer pessoalmente citações, prisões, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício, sempre que possível na presença de 2 (duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, com menção ao lugar, ao dia e à hora;
- II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;
- III - entregar o mandado em cartório após seu cumprimento;
- IV - auxiliar o juiz na manutenção da ordem;
- V - efetuar avaliações, quando for o caso;
- VI - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.

Parágrafo único. Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa.

Idealizado pelo Oficial de Justiça Luiz Antônio Braga de Oliveira, em colaboração com a 3ª Vice-Presidência do TJMG, o projeto foi implementado em dezembro de 2020, inicialmente em um piloto na comarca de Governador Valadares, e desde então se

expandiu por todo o estado, contando com o apoio da Corregedoria-Geral de Justiça e da Presidência do tribunal. Até março de 2022, 71 acordos mediados foram homologados.

Para fortalecer essa iniciativa, o TJMG instituiu um curso de formação contínua na Escola Judicial, capacitando mais oficiais e ampliando a iniciativa de maneira gradual. O projeto se alinha ao Programa Justiça Eficiente (Projef 5.0), que busca tornar o Judiciário mais ágil e receptivo às demandas sociais.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (TRT-5) também se destacou, lançando seu próprio projeto "Conciliação Domiciliar". A proposta permite que Oficiais de Justiça atuem como mediadores em processos trabalhistas, facilitando a negociação à distância por meio de meios eletrônicos.

O "Conciliação Domiciliar" se destaca por seu baixo custo, tanto para o tribunal quanto para os jurisdicionados, pois elimina a necessidade de espaço físico e permite a execução assíncrona, economizando tempo e recursos. Insere-se no contexto de virtualização acelerada dos processos judiciais, impulsionada pela pandemia de Covid-19, e representa uma adaptação do Poder Judiciário às novas demandas da sociedade digital.

Os Oficiais de Justiça têm um papel essencial na efetivação dos direitos das partes, e o projeto "Conciliação Domiciliar" amplia suas funções no sistema judiciário. Para garantir a eficácia da autocomposição, é vital que esses profissionais possuam formação técnica, incluindo cursos de mediação e conciliação.

O projeto representa um avanço significativo na modernização do Judiciário, alinhando-se às necessidades contemporâneas e às diretrizes para um processo mais ágil e eficiente. A adesão voluntária ao projeto, acompanhada de formação contínua, permitirá que contribuam de forma ainda mais significativa para a pacificação social e a resolução eficaz de processos judiciais.

Ao capacitar os Oficiais de Justiça como mediadores e instituições similares, os tribunais reconhecem a experiência desses profissionais em campo, ampliando suas funções e reforçando sua importância social. Assim, a replicação do projeto em diversas regiões e tribunais potencializa sua capacidade de inovação e transformação no sistema judiciário brasileiro, adaptando-se às realidades locais e às exigências da era digital, não apenas reafirmando a relevância dos Oficiais de Justiça, mas também promovendo um modelo de Justiça mais acessível, rápido e conectado aos desafios futuros.

2 O OFICIAL DE JUSTIÇA, O JUDICIÁRIO E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Esta valorização do Oficial de Justiça, atuando como facilitador do Acesso à Justiça, uma vez que eles ajudam a tornar o processo judicial mais acessível e compreensível, especialmente para aqueles que têm dificuldade em navegar pelo sistema, visa além da Desburocratização, posto que a atuação na conciliação e mediação pode reduzir o número de processos judiciais, o alívio da carga do sistema e promovendo soluções mais rápidas, em resposta às necessidades de uma sociedade moderna e interconectada.

É amplamente reconhecido que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta sérios desafios, incluindo a superlotação de processos, que resulta em morosidade e ineficiência na resolução de conflitos. Essa situação gera insatisfação na população, que se sente desatendida, especialmente considerando as limitações financeiras do Estado para tornar-se um sistema já custoso ainda mais oneroso.

Diante deste claro Papel Social, percebemos a importância dos Oficiais de Justiça atuam como um elo entre o Judiciário e a sociedade, ajudando a pacificar conflitos de forma mais eficiente e menos adversarial.

O Brasil, ao assinar o Novo Marco de Cooperação Brasil-ONU 2023-2027, compromete-se com diversos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, destacando-se o 16 da Agenda 2030, que visa promover sociedades pacíficas e acessíveis, garantindo acesso à justiça e instituições eficazes.

Ao proibir a autotutela, o Estado assume o monopólio da atividade judicial, resolvendo os conflitos dentro de seu território e jurisdição. O novo CPC enfatiza a promoção de soluções consensuais, buscando a desjudicialização de conflitos, uma tendência defendida pelas correntes renovadoras do Estado Democrático de Direito, assegurando pacificação social e desburocratização da justiça.

A Instrução Normativa TJPE nº 04/2023 reflete essa nova abordagem, sugerindo que uma parte da demanda possa ser resolvida com o apoio dos Oficiais de Justiça, otimizando o uso da complexa rede institucional (juízes, Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública) e contribuindo efetivamente para a prestação jurisdicional. O desembargador Leandro dos Santos, ao destacar a importância da capacitação de Oficiais de Justiça para a Política Nacional de Conciliação e Mediação, afirmou: “Esses são os primeiros Oficiais de Justiça do Brasil, ou pelo menos do Nordeste, a serem capacitados para atuar em outra frente do Judiciário, que é a conciliação”.

O termo "Conciliador" deve ser entendido não apenas como um título, mas como uma qualidade, refletindo o dever do Estado de promover a pacificação social. Os Oficiais de Justiça estão em campo, sempre buscando a conciliação das partes, especialmente em ações de família, que frequentemente se resolvem por meio de acordos. Embora existam mecanismos eletrônicos, a presença de agentes estatais ainda é necessária nos locais onde ocorrem os conflitos.

A autocomposição deve ser vista como uma atribuição secundária, que ocorre após o esgotamento das medidas primárias estabelecidas no mandado, garantindo que o processo não seja prejudicado.

Por que os Oficiais de Justiça? Pois eles representam a justiça itinerante e têm acesso às partes de uma forma que vai além dos documentos processuais. As partes têm rostos e histórias, e o trabalho cotidiano dos Oficiais de Justiça não se limita às estruturas do sistema judiciário, mas também inclui a qualidade das interações interpessoais, que não se traduzem apenas em certidões. Como observou o Min. Humberto Martins, "esses profissionais possuem fé pública, a fé da sociedade em seus atos, que autenticam a verdade e asseguram o cumprimento das decisões. Eles devem ter coragem, não apenas física, mas cívica".

A formação dos Oficiais de Justiça, para esta atividade, se faz latente, posto que além do conhecimento jurídico, muitos tribunais têm promovido cursos de capacitação em mediação e conciliação, preparando-os para desempenhar um papel mais ativo na resolução de conflitos, pensando em uma solução que contorne os desafios da profissão que lhes são pertinentes, como a sobrecarga de trabalho e a necessidade de adaptação a novas tecnologias e métodos de trabalho, especialmente em tempos de digitalização acelerada.

É crucial explorar os reflexos dessa tendência autocompositiva nos Oficiais de Justiça para delinear um perfil institucional que permita identificar como eles podem contribuir mais efetivamente para os objetivos da lei. O avanço tecnológico e as demandas sociais têm impulsionado transformações significativas no Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, a busca por meios alternativos de resolução de conflitos ganhou destaque, promovendo uma Justiça mais acessível, rápida e eficaz.

Os movimentos como o Novo Marco de Cooperação Brasil-ONU 2023-2027 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável reforçam a necessidade de instituições judiciais mais eficazes e inclusivas.

O projeto "Conciliação em Domicílio" é uma inovação que foi reconhecida na 13ª edição do Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

na categoria “Tribunais”. Essa iniciativa implementada pelo TJMG oferece uma abordagem única para a mediação de disputas, utilizando o Oficial de Justiça como facilitador no processo de autocomposição. Começando em 2020, o projeto visa aprimorar a comunicação entre as partes, proporcionando uma alternativa que elimina a necessidade de deslocamento ao fórum e que pode ser conduzida de maneira ágil e econômica, dentro do crescente movimento do Judiciário em busca de eficiência e humanização dos procedimentos, conforme os princípios do Código de Processo Civil de 2015.

Além de ser uma resposta eficiente às exigências de uma sociedade em constante mudança, o "Conciliação em Domicílio" também se alinha às necessidades emergentes da pandemia de Covid-19, que acelerou a digitalização dos processos e a busca por soluções que reduzam o contato físico. Assim, essa proposta não apenas representa um avanço na modernização do sistema judicial, mas também destaca o papel dos Oficiais de Justiça como agentes ativos na pacificação social e na promoção de uma Justiça mais inclusiva e adaptada aos desafios contemporâneos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel do Oficial de Justiça é essencial para o funcionamento eficaz do sistema judiciário. Sua atuação vai além do cumprimento de mandados; eles são agentes de mudança, promovendo a resolução pacífica de conflitos e contribuindo para um sistema de justiça mais humano e acessível.

São sabidos os desafios e as dificuldades que este cargo vem sendo exposto, sendo importante avaliar a possibilidade da ampliação de suas atividades, alinhadas as demandas de cumprimento de mandados e demais atividades judiciais, onde os oficiais de justiça são postos a prova diariamente em seus desafios e cobranças, frente a um quantitativo insuficiente de servidores.

O projeto “Conciliação em Domicílio” ainda não foi amplamente adotado, mas representa um avanço significativo na necessária modernização do Poder Judiciário, alinhando-se às demandas contemporâneas por agilidade e respostas rápidas. Com a possibilidade de mediação pelos Oficiais de Justiça, o projeto não apenas facilita o acesso à Justiça, mas também promove a resolução consensual de conflitos de forma humanizada e econômica.

Ao capacitar esses profissionais para atuar como mediadores, os tribunais valorizam a experiência prática dos Oficiais de Justiça, ampliando suas funções e

reforçando sua importância social. A replicação desse projeto em diferentes regiões e tribunais reforça seu potencial transformador dentro do sistema judiciário brasileiro, adaptando-se às realidades locais e às exigências da era digital, não apenas preservando a relevância dos Oficiais de Justiça, mas também promovendo um modelo de Justiça mais acessível, ágil e preparado para enfrentar os desafios futuros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Cristina de; DONATO, Fabiana Juvêncio (Orientadora). O Oficial de Justiça e a sua Importância na Prestação Jurisdicional. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/278424>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BUSSADA, Wilson. **Manual Teórico-prático do Oficial de Justiça**. [S.l.] : [s.n], 1988.

CARMO, Jonathan Porto Galdino de. **A indispensabilidade da atividade do oficial de justiça para o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42566/a-indispensabilidade-da-atividade-do-oficial-de-justica-para-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

CARNEIRO, Francisco Noberto Gomes. **O oficial de Justiça enquanto conciliador e pacificador social e a celeridade processual**. 2014. 60fl. – Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. – Sousa/PB – Brasil, 2014.

CORREA, Mayara de Oliveira Ayres. **Justiça restaurativa e sua possível aplicação no Brasil, 2015**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37963/justica-restaurativa-e-sua-possivel-aplicacao-no-brasil>. Acesso em: 04 out. 2021.

FERNANDES, Amauri S. **Oficial de Justiça: atos e questões controvertidas**. Editora J.m Livraria Jurídica , 2008.

HERBERTH. Levi e Boanerges Cezário. **A realidade do oficial de justiça**. Disponível em: <http://www.assojafpr.org.br/noticia/63/a-realidade-do-oficial-de-justica/> Acesso em: out. 2021. https://pt.wikipedia.org/wiki/Oficial_de_justi%C3%A7a, acessado em 25/10/2023.

Importância da adesão ao projeto 'Conciliação em Domicílio' para o oficial de justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-09/importancia-da-adesao-ao-projeto-piloto-conciliacao-em-domicilio-para-o-oficial-de-justica/> Acessado em: 18 ago.2024.

NARY, Gerges. **Oficial de Justiça: teoria e prática**. Editora Leud, 1990.

PINHO, Olavo. **Oficial de Justiça ao alcance de todos**. Editora Projuris, 1997.

PIRES, Leonel Baldasso. **O Oficial de Justiça: princípios e prática**. Livraria do Advogado, 1998.

PRADO, Ricardo Tadeu Estanislau. **Oficial de justiça conciliador**. Casa do Direito, 2019.

SOARES. Matilde de Paula. **Manual Prático do Oficial de Justiça**. Editora Juruá, 2005.

VEADO, Carlos Weber Ad-Víncula. **Oficial de justiça e sua função nos juízos cível e criminal**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1997.

**CARTÓRIO UNIFICADO E O
PAPEL DO JUIZ GESTOR: A
EXPERIÊNCIA DA DIRETORIA
DA INFÂNCIA E JUVENTUDE
DO 1º GRAU DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**

Rafael Souza Cardoso

CARTÓRIO UNIFICADO E O PAPEL DO JUIZ GESTOR: A EXPERIÊNCIA DA DIRETORIA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO 1º GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

UNIFIED JUDICIAL OFFICE AND THE ROLE OF THE MANAGING JUDGE: THE EXPERIENCE OF THE UNIFIED JUDICIAL OFFICE OF CHILDREN AND YOUTH OF THE PERNAMBUCO COURT OF JUSTICE

Rafael Souza Cardozo

Mestre em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam); bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG (2007); juiz de direito do TJ/PE desde 2012; professor da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape); integrante do Banco Nacional de Formadores da Enfam. *E-mail:* rafael.cardozo@tjpe.jus.br

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o trabalho realizado pelo cartório unificado Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau (DIJ), instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ/PE), em sua fase piloto, entre os meses de agosto e novembro de 2021, sob o viés do juiz gestor, a partir da premissa de que a liderança e a gestão por competência exercidas por esse magistrado são indispensáveis para a gestão judicial e refletem, diretamente, os resultados alcançados por uma unidade judiciária. A experiência do Estado pernambucano, em curto espaço de tempo, trouxe resultados impactantes, sobretudo no que se refere ao aumento da produtividade, à racionalização no número de servidores e à extinção dos processos em situação crítica, e, aliada às técnicas de gestão – em especial ao “futuro desejado”, ao “ritual de gestão” e à “comunicação eficaz” –, pode ser considerada um modelo exitoso de cartório unificado.

Palavras-chave: Cartório unificado. Juiz gestor. Liderança. Gestão por competências. Técnicas de gestão.

ABSTRACT

The work aims to analyze the unified judicial office of children and youth, established by the Court of Justice of the State of Pernambuco (TJ/PE), in its pilot phase, between the months of August and November 2021, under the judge-manager bias. It starts from the premise that leadership and management by competences exercised by the managing magistrate are essential to judicial management and directly reflect the results achieved. The Pernambuco experience brought impressive results, especially in terms of increased productivity, rationalization in the numbers of servers and extinction of processes in critical situation, which combined with management techniques, in particular, the "desired future",

the "management ritual" and "effective communication" can be considered a successful model of a unified office.

Keywords: Unified Judicial Office. Judge-manager. Leadership. Competency-based management. Management techniques.

INTRODUÇÃO

Há anos, o Poder Judiciário se depara com a chamada "crise do Judiciário", que pode ser sintetizada, em linhas gerais, como sendo a ineficiência da prestação jurisdicional, caracterizada pela morosidade excessiva, pela litigiosidade explosiva, pelo aumento de novos casos a cada ano e pela alta taxa de congestionamento de processos.

O último relatório "Justiça em Números", do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴⁹², apontou que houve, em 2020, um aumento de 4,3% na taxa de congestionamento – voltando ao patamar de 2015, de 73% –, o que significa que apenas 27% de todos os processos foram solucionados. Assim, o estoque atual da Justiça brasileira é de 75,4 milhões de processos em tramitação.

Os fatores para a crise do Poder Judiciário são diversos, não excludentes e carecem de estudo empírico⁴⁹³. Este artigo aborda a ideia de que, alicerçados na figura de um juiz gestor norteado pela liderança e pela gestão por competências, os cartórios unificados podem contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional, aumentando a produtividade e diminuindo a morosidade do Judiciário.

A centralização cartorária traduz um modelo alternativo de gestão, em que há o agrupamento de diversas unidades judiciárias, com a assunção das atividades cartorárias por uma nova unidade – o cartório unificado propriamente dito –, mas que mantém a independência das varas e dos gabinetes aderentes. Em outras palavras, uma única unidade judiciária passa a executar os serviços de secretaria das outras varas – em regra, da mesma especialidade.

Os trabalhos antes desempenhados por servidores de várias unidades, sob a gestão de diversos juízes, passam a ser concentrados em um cartório único, sob a gestão específica de uma só coordenação e seus líderes, levando à padronização de tarefas, métodos e procedimentos. Há, ainda, uma realocação de capital humano, em que parte dos servidores passa a exercer suas funções na nova unidade central e parte reforça o gabinete dos magistrados em suas respectivas unidades, auxiliando na elaboração de despachos, minutas e sentenças.

⁴⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 15

Nessa perspectiva, o TJ/PE implantou a Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau, que atua nos processos de competência infantojuvenil com abrangência territorial em todo o Estado de Pernambuco e que servirá como estudo de caso no presente artigo, considerada a atuação piloto com 4 unidades, entre os meses de agosto e novembro de 2021. Neste estudo, serão examinadas as técnicas de gestão que foram adotadas e os resultados obtidos para, então, ser elaborada a conclusão sobre a efetividade ou não das medidas implementadas.

Quanto à metodologia, este artigo se baseia na pesquisa bibliográfica documental e na análise de informações prestadas pelo TJ/PE⁴⁹⁴ e se desenvolve em quatro tópicos, incluindo esta introdução. Na segunda seção, é feita uma breve abordagem sobre o papel do juiz gestor. No tópico seguinte, sob o viés das técnicas de gestão judicial e de pessoas, examinam-se a iniciativa do TJ/PE que implementou a Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau, as ações e os atores envolvidos, o impacto dessa iniciativa no Poder Judiciário pernambucano e se esta pode ser considerada uma ferramenta para o aumento da eficiência. Por fim, no quarto tópico, são apresentadas as conclusões.

1 O JUIZ GESTOR: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LIDERANÇA E DA GESTÃO POR COMPETÊNCIAS

Em um cenário de grandes mudanças e instabilidades, como é o do Poder Judiciário, o planejamento estratégico tem ganhado cada vez mais importância, não se admitindo mais a presença de gestores que atuem de maneira reativa, ou seja, apenas em resposta às demandas geradas por essas mudanças. A partir do planejamento estratégico, conclama-se os gestores a agirem de maneira proativa e de acordo com as oportunidades que surgem das constantes mudanças⁴⁹⁵.

Não há mais espaço, no Judiciário, para excluir o papel de gestor que exerce o juiz, de forma que a atuação deste não mais se restringe à sua atuação jurisdicional, assim como é fato que os juízes podem contribuir, diretamente, para o agravamento ou para a solução da crise do Poder Judiciário⁴⁹⁶, em especial no que se refere à morosidade da Justiça.

dez. 2021.

⁴⁹³ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁴⁹⁴ As informações e os dados relativos às iniciativas do TJ/PE não se encontram disponíveis na rede mundial de computadores e foram obtidos via *e-mails* enviados à Coordenadoria da Infância e Juventude. O levantamento

Durante anos, a função de gestor exercida pelos magistrados foi renegada a segundo plano, não havendo incentivo para a capacitação e formação de juízes gestores. O resultado disso é o cenário atual da Justiça brasileira, em que unidades judiciárias com o mesmo quantitativo de processos e de servidores apresentam resultados díspares quanto à produtividade e ao cumprimento das metas do CNJ – principalmente em relação à taxa de congestionamento de processos.

O que, então, poderia explicar essa diferença? Dentre as inúmeras hipóteses, elege-se a liderança do juiz gestor como uma das explicações para tal disparidade, tendo em vista que o “principal trabalho do líder é gerar resultados”⁴⁹⁷. Além disso, uma gestão eficiente pode transformar “[...] uma unidade judiciária problemática em um exemplo a ser seguido, criando ambiente de motivação e propício para a conquista de resultados”⁴⁹⁸.

Não há, contudo, um estilo único de liderança a ser seguido ou adotado pelos magistrados. Pesquisa realizada pela consultoria Hay/McBer revelou a existência de seis estilos de liderança, coexistentes e não excludentes, bem como que os líderes que apresentaram os melhores resultados não tinham apenas um estilo de liderar, mas que eram flexíveis quanto à necessidade de adaptar suas formas de liderança às circunstâncias e às exigências do momento⁴⁹⁹.

Esses estilos derivam de competências distintas da inteligência emocional – a saber: autoconhecimento, autocontrole, motivação, empatia e destreza social – e impactam diretamente no clima organizacional. Além disso, tais aptidões podem ser aprendidas e desenvolvidas em qualquer idade⁵⁰⁰.

Para além da liderança, o juiz gestor deve potencializar as qualidades e competências inatas de todos os membros de sua equipe, valorizando o que cada um tem de melhor e atuando para que as competências menos desenvolvidas sejam aprimoradas. Marcus Buckingham defende que o que distingue o grande gestor dos demais é que aquele descobre o que é único em cada um de seus colaboradores e aprende como melhor integrá-los⁵⁰¹.

É nesse contexto que a gestão de competências se transforma em instrumento para o juiz gestor, o qual deve se pautar em três premissas: 1) ajustar, continuamente, as funções, com base nas melhores qualidades de cada um; 2) acionar o gatilho capaz de

ocorreu entre 1º de dezembro de 2021 e 7 de dezembro de 2021.

⁴⁹⁵ CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólton Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Projeto de gestão estratégica do Poder Judiciário do Brasil. CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. 2., *Painel 24 – Gestão estratégica no setor público federal: experiências e tendências*, Brasília, 2009, p. 1-15.

⁴⁹⁶ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁴⁹⁷ GOLEMAN, Daniel. Liderança que gera resultados. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 10.

despertar as melhores qualidades dos servidores; e 3) adaptar as instruções e orientações ao estilo de aprendizado de cada membro da equipe⁵⁰². Essas, aliás, são as premissas que constam da Resolução nº 240/2016 do CNJ⁵⁰³, a qual dispõe sobre a política nacional de gestão de pessoas no âmbito do Poder Judiciário.

O resultado da valorização das qualidades de cada funcionário é a construção do sentimento de equipe e o enaltecimento das diferenças e aprimoramento das aptidões pelos próprios colaboradores da equipe⁵⁰⁴.

Abandona-se, pois, a figura do velho juiz de gabinete, inalcançável e que exercia sua chefia com o sentimento de superioridade oriundo da hierarquia, e adota-se a postura de verdadeiro líder, que conhece sua equipe e suas dificuldades e que, a partir da escuta ativa, busca, conjunta e criativamente, soluções para os problemas a serem enfrentados⁵⁰⁵. Conforme ensina Luiza Figueiredo, “[...] se a autoridade emana do cargo ou função, a liderança deve ser desenvolvida e isso somente faz sentido quando o gestor está inserido no seu grupo”⁵⁰⁶.

A tarefa do juiz gestor é árdua, tal como é longo o caminho para ser aprovado no concurso da magistratura. Mas esta é uma trilha necessária – e sem volta.

Assim como essa caminhada exige anos de dedicação e de estudos, a gestão também demanda, do juiz, formação técnica e prática e constante aperfeiçoamento, para que possa melhor atender os anseios da sociedade e os macrodesafios do Poder Judiciário⁵⁰⁷ – em especial a agilidade e a produtividade na prestação jurisdicional e o aperfeiçoamento da gestão de pessoas.

⁴⁹⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, p. 36.

⁴⁹⁹ GOLEMAN, Daniel. Liderança que gera resultados. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 10-38.

⁵⁰⁰ GOLEMAN, Daniel. Liderança que gera resultados. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 10-38.

⁵⁰¹ BUCKINGHAM, Marcus. O que fazem os grandes gestores. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 84-106.

⁵⁰² BUCKINGHAM, Marcus. O que fazem os grandes gestores. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 84-106.

⁵⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 240*, de 9 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2342>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁵⁰⁴ BUCKINGHAM, Marcus. O que fazem os grandes gestores. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 84-106.

⁵⁰⁵ CATAFESTA, Claudia. Gestão de pessoas no Poder Judiciário em tempos de teletrabalho: a experiência da gestão do NAE Londrina/PR em 2020. *Revistas Humanidades e Inovação*. Palmas/TO, v. 8, n. 47, p. 216-225, jun. 2021. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/5597>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁵⁰⁶ FIGUEIREDO, Luíza Vieira Sá de. *Gestão em Poder Judiciário: administração pública e gestão de pessoas*. Curitiba: CRV, 2014.

2 A DIRETORIA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO 1º GRAU

Os cartórios unificados, ou secretarias centralizadas, surgiram no âmbito do TJ/PE em 2015 e essa nova forma de organização judicial ganhou o nome de “diretoria”. Hoje, estão em funcionamento 6 diretorias, que atendem 148 unidades judiciais e são responsáveis pelo processamento de 183.956 processos eletrônicos.

A mais nova diretoria implementada no Poder Judiciário pernambucano foi a da Infância e Juventude do 1º Grau, que tem a particularidade de ter abrangência estadual e que teve início, em 11.8.2021, como projeto piloto com 4 unidades judiciárias⁵⁰⁸.

As unidades que integraram o projeto piloto da DIJ foram escolhidas a fim de representar todos os tipos de unidades judiciárias em que tramitam processos relativos à infância e juventude. No âmbito do TJ/PE, essa competência (da infância e juventude) é reservada às varas únicas; às varas cíveis, onde não houver vara da infância; às varas privativas da infância e juventude; e às varas regionais da infância e juventude⁵⁰⁹.

Assim, integraram a DIJ as seguintes unidades judiciárias: a Vara Única da Comarca de São João; a 3ª Vara Cível de Abreu e Lima; a Vara da Infância e Juventude de Paulista; e a Vara Regional de Infância e Juventude da 4ª Circunscrição (Vitória de Santo Antão).

A DIJ iniciou sua atuação com uma equipe composta por 6 servidores, dentre os quais um exercia a função gratificada de diretor, sendo a chefia imediata dos demais servidores. Além dos servidores, também integrava o grupo um juiz de direito, designado pela Presidência e que atuava como juiz coordenador.

Ao juiz coordenador cabia, efetivamente, a gestão da unidade judiciária unificada, não lhe competindo executar quaisquer atos jurisdicionais de cunho decisório, os quais eram reservados aos juízes das unidades aderentes da DIJ.

Nesse ponto, a atuação do juiz coordenador se afasta da dos demais juízes, os quais, além de realizar audiências, sentenciar e despachar, ainda precisam gerir a própria unidade judiciária, havendo, assim, um acúmulo de atribuições.

No caso do juiz coordenador da DIJ, a ausência de funções jurisdicionais típicas possibilita o seu aperfeiçoamento na temática e também o incremento das técnicas de

⁵⁰⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 325*, de 29 de junho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁵⁰⁸ PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Instrução Normativa Conjunta nº 16, de 14 de dezembro de 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, PE, 15 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2644995/Instrucao+Normativa+Conjunta+n%C2%BA+16-2021-TJPE-CGJ+-+%28Pub.DJe+15-12-21%29.pdf/8087de89-3f55-f4b2-3c59-aac6295c9b0f>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁵⁰⁹ PERNAMBUCO (Estado). *Lei Complementar nº 310*, de 9 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=2&numero=310&complemento=0&ano=2015&tipo=&url>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

gestão, trazendo uma maior especialização na linha do que exposto no item 1 deste artigo e possibilitando melhores resultados.

Com efeito, para parcela da magistratura, prioriza-se, na conciliação desses papéis (jugador e gestor), a atividade judicante típica em detrimento da gerencial⁵¹⁰.

O trabalho de gestão da DIJ se iniciou com a aplicação do “futuro desejado”⁵¹¹, formulário composto pelos seguintes itens: 1) o que eu gosto no meu trabalho; 2) o que eu não gosto no meu trabalho; 3) o que quero que aconteça num futuro próximo; 4) o que eu não quero que aconteça num futuro próximo; e 5) “gênio da lâmpada” (três pedidos para o gênio em relação ao meu trabalho).

Para Haddad e Pedrosa, o formulário objetiva coletar informações e planejar o futuro da unidade e utiliza linguagem acessível e simples. Esclarecem os autores, ainda, que a equipe, ao responder o que gosta/o que não gosta em relação ao trabalho, reflete a situação atual da vara, ao passo que, ao responder sobre o que quer/o que não quer, trata do futuro e de sua construção. Por fim, o “gênio da lâmpada” traduz os desejos dos colaboradores, que podem ser alcançados por meio do planejamento estratégico, mesmo que pareçam distantes⁵¹².

O “futuro desejado” foi aplicado aos servidores da DIJ de forma anônima, para que não tivessem receio ao preenchê-lo e para que não lhes fosse tolhida a liberdade de expressar suas insatisfações e desejos. Aplicado o formulário, as respostas foram condensadas pelo juiz coordenador e apresentadas à equipe (apêndice A), na linguagem de *visual law*, permitindo o diálogo, a troca de expectativas e o alinhamento às possibilidades e à realidade da organização local.

O emprego dessa técnica permitiu identificar o maior problema que existia na Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau, naquele momento inicial: a dificuldade na comunicação entre os servidores da DIJ e uma das unidades aderentes – fator que, no quesito “o que eu não gosto no meu trabalho”, foi por todos mencionado como barreira.

Identificado o problema, foi possível ao juiz coordenador esclarecer à equipe, de maneira clara e franca, que a “dependência” em relação às unidades externas era inerente ao trabalho da DIJ e que isso não poderia ser considerado ruim, mas, sim, uma particularidade dessa nova unidade judiciária.

Paralelamente, foi organizada uma reunião entre o juiz da Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau e o juiz e os servidores da unidade aderente, a fim de alinhar os

⁵¹⁰ KILIMINK, Zélia Miranda; SANTOS, Cátia Mucida dos; CASTILHO, Isolda Veloso de. O juiz de direito como gestor: competências necessárias para uma difícil conciliação de papéis. *Revista Gestão & Tecnologia*, v. 6, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/180>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁵¹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 2. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

pontos falhos na comunicação, o que culminou com a criação de um grupo em um aplicativo de comunicação instantânea. Observou-se, nessa reunião, alguma resistência e certa “competição” dos servidores da unidade aderente com os da DIJ, além do receio de perda ou de extinção de funções gratificadas na unidade aderente, o que foi, de pronto, esclarecido pelo juiz coordenador, tendo em vista a normativa que instituiu à DIJ, expressamente, afastar tal hipótese. Além disso, também houve, entre os juízes, uma comunicação direta e reservada, com o objetivo de dissipar o clima de competição entre os servidores, cada um atuando em sua respectiva equipe.

A técnica possibilitou maior entrosamento e melhor conhecimento a respeito dos anseios, medos e desejos do grupo, construindo um sentimento de equipe.

Em paralelo, adotou-se o “ritual de gestão”, de modo que foram realizadas reuniões quinzenais para possibilitar a definição de metas e estratégias de atuação; buscar soluções para os problemas que surgiam; possibilitar melhor entrosamento da equipe e maior noção de responsabilidade e pertencimento; e conhecer e potencializar as qualidades e competências de cada um, definindo e redefinindo as tarefas e metas de acordo com essas aptidões.

O “ritual de gestão” é peça importante do modelo de gestão e o uso da palavra “ritual” é proposital, porque internaliza os princípios que regem outros rituais da vida cotidiana, como cultos, formaturas e casamentos, em especial, a liturgia – rito e agenda pré-definidos, conhecidos e seguidos pelo grupo⁵¹³.

O “ritual de gestão” se desenvolve em quatro etapas: 1) apresentação dos indicadores da vara; 2) apresentação dos resultados do que foi planejado e do que foi alcançado; 3) apontamento das não conformidades (divergências entre o esperado e o realizado), ou seja, discussão aberta dos problemas, sem a pecha de falha ou erro; 4) estabelecimento de metas para o novo ciclo⁵¹⁴.

As metas foram definidas de acordo com os objetivos principais da DIJ: zerar os processos em situação crítica e conferir aos processos infantojuvenis a prioridade absoluta preconizada no art. 227 da Constituição Federal, além de efetivar os princípios da intervenção precoce e da atualidade, inserido no art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na condução do “ritual de gestão”, foi preconizado o uso de uma comunicação eficaz, ou seja, que permite o *feedback* – a troca de experiências, habilidades e

⁵¹² HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 2. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

⁵¹³ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

⁵¹⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

conhecimentos⁵¹⁵—, além da escuta ativa. Essa comunicação eficaz “gera fatores de ordem indispensáveis: equipe, parceria, sinergia, eficiência, satisfação e resultado” e direciona o “comportamento individual e coletivo do funcionário diante dos objetivos e propostas vigentes”⁵¹⁶.

O “ritual de gestão”, aliado à comunicação eficaz, possibilitou a elaboração, de forma colaborativa e compartilhada, de uma proposta de ato normativo ao TJ/PE, a fim de disciplinar os atos ordinatórios específicos da DIJ (anexo A) —aqueles que podem ser praticados pelos servidores sem expressa determinação judicial, com vistas à regular e ágil tramitação do feito, evitando a conclusão desnecessária ao juiz —, que tem o condão de minimizar a dependência da Diretoria da Infância e Juventude do 1º Grau em relação às unidades aderentes e de facilitar, padronizar e agilizar os seus trabalhos.

Há, no Judiciário, algumas crenças que limitam as mudanças e levam a uma perpetuação do *status quo*, dentre elas a do quantitativo de servidores⁵¹⁷, tendo em vista que se crê, sempre, que o número de servidores é insuficiente e que a agilidade na prestação dos serviços é diretamente proporcional a essa variável.

Nesse aspecto, os resultados alcançados com a DIJ demonstram o contrário. Excluindo a Vara Única de São João, pelo baixo número de processos da infância e juventude em trâmite, as outras 3 unidades totalizavam 11 servidores, ao passo que a DIJ, como dito, possuía 6 (uma redução de quase 50% na força de trabalho).

Por outro lado, nos primeiros 60 dias de atuação da DIJ, houve um aumento de 41,73% na produtividade no tocante ao cumprimento de despachos, decisões e sentenças. Enquanto que o número de atos cartorários nas 4 unidades, nos 60 dias anteriores à implantação da DIJ, era de 13.029, sendo que, após o funcionamento do serviço, passou para 18.466⁵¹⁸, mesmo com a redução no quantitativo de servidores.

Outro dado que chama atenção é o de que o estoque de processos críticos, considerados aqueles paralisados na secretaria, sem qualquer movimentação há mais de 100 dias, foi zerado⁵¹⁹ nos primeiros 60 dias. Antes da atuação da DIJ, o número de processos críticos nas unidades aderentes era de 305.

⁵¹⁵ FIGUEIREDO, Luíza Vieira Sá de. *Gestão em Poder Judiciário*: administração pública e gestão de pessoas. Curitiba: CRV, 2014.

⁵¹⁶ KANAANE, Roberto; FIEL FILHO, Alecio; FERREIRA, Maria das Graças. (Org.). *Gestão Pública*: planejamento, processos, sistema de informação e pessoa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84-86.

⁵¹⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial*: enfoque conceitual. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

⁵¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 325*, de 29 de junho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁵¹⁹ Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/-/em-apanas-dois-meses-trabalho-da-diretoria-da-infancia-e-juventude-ja-impacta-produtividade-nas-varas-da-infancia-e-juventude>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

Não se está a defender que o quantitativo de servidores não impacta nos resultados, mas que tal variável, por si só, não pode medir o sucesso de uma unidade judiciária. Há, sim, unidades com déficit no número de servidores, em que a carga de trabalho é sobre-humana, mas há outras tantas nas quais o excedente de servidores não gera impacto positivo na sociedade.

O que se defende é a reorganização do trabalho para produzir mais com menos⁵²⁰, por meio de técnicas de gestão. Os números obtidos pela DIJ indicam que isso é possível, desde que sejam utilizadas as referidas técnicas e sempre sob a perspectiva do juiz gestor.

A DIJ encerrou o seu projeto piloto em 11.11.2021 e, com os resultados apresentados e com uma gestão baseada em liderança e em competências, planeja-se expandir o projeto para as demais unidades infantojuvenis do Estado de Pernambuco.

A experiência da DIJ, contudo, apesar de exitosa e com resultados impactantes, pode, e deve, ser aprimorada, em especial na construção de painéis de *business intelligence (BI)*, para se constituir em verdadeiro modelo de cartório unificado e de instrumento de gestão judicial avançada.

Com efeito, no âmbito do TJ/PE, não existe um painel de *BI* específico para a DIJ, que expresse, de maneira clara e objetiva, os indicadores (taxa de congestionamento, tempo de tramitação, tempo médio de cumprimento dos atos processuais etc.) dos feitos em tramitação na DIJ, sendo necessário se valer de outros painéis, adotados por outras unidades judiciárias, e se aplicar filtros que podem trazer inconsistências, além de consistirem em um gargalo no trabalho da equipe, que perde tempo considerável no uso desses filtros. A falta desses dados também dificulta o trabalho de gestão do juiz coordenador, que tem que cruzar dados de diversos relatórios para traçar metas para a equipe.

A produção de dados confiáveis é necessária para o planejamento estratégico e para o monitoramento de ações voltadas para a melhoria da prestação jurisdicional, tanto no aspecto quantitativo como no qualitativo, sendo a tecnologia e o seu uso pontos centrais na gestão administrativa do Poder Judiciário⁵²¹.

Os dados devem instrumentalizar não só os juízes, mas também os legisladores e os jurisdicionados, na administração dos tribunais. Em outras palavras, é preciso incorporar a lógica de mensuração (monitoramento, análise e uso de dados de desempenho) como processo e disciplina de gerenciamento, para fins de melhoria na

⁵²⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

eficiência e na eficácia da organização, conforme propõe o *International Framework for Court Excellence (IFCE)*⁵²².

CONCLUSÃO

Ao juiz do século XXI não se exige mais que execute apenas a função de julgar, mas, também, e com igual relevância, que exerça a função de administrar e gerir processos, equipes e unidades judiciárias. Para tanto, é necessário que o magistrado gestor tenha capacitação e aperfeiçoamento contínuo no desenvolvimento de competências que o possibilitem exercer a liderança e a gestão por competências.

É preciso abandonar a gestão baseada no amadorismo. E as escolas judiciais possuem relevante papel na formação desse juiz multidisciplinar e na criação e desenvolvimento da consciência de que um bom magistrado, mais do que um bom julgador, deve ser um bom gestor, com vistas a um planejamento proativo e voltado para o futuro, de modo a ser possível superar a “crise do Judiciário”.

A ideia de concentrar em uma só equipe o cumprimento de despachos, decisões, sentenças e demais atos processuais de unidades judiciais diversas, com vistas à maior efetividade e à maior celeridade, dá origem aos cartórios (ou secretarias) unificados.

A DIJ rompeu com o modelo tradicional de gestão, hierarquizado, e se estruturou a partir de técnicas de gestão que tinham como premissa a liderança e a gestão por competências pelo magistrado gestor, o que pode justificar os expressivos números em tão pouco tempo de funcionamento. Mostrou-se viável a racionalização de estruturas, a otimização do número de servidores e o aumento da produtividade.

A criação de um cartório unificado, especializado por matéria, baseado em premissas e conceitos técnicos de gestão, aliada à designação de magistrados capacitados e com experiência em gestão de pessoas, de preferência sem outras atribuições jurisdicionais, bem como a utilização de painéis de *BI*, podem colocar os tribunais que adotarem esse método em outro patamar de eficiência, mais próximo da consecução dos macrodesafios do Poder Judiciário.

⁵²¹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2020.

⁵²² OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2020.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 240*, de 9 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2342>>. Acesso em: 15 dez. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 325*, de 29 de junho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 14 dez. 2021.
- BUCKINGHAM, Marcus. O que fazem os grandes gestores. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 84-106.
- CATAFESTA, Claudia. Gestão de pessoas no Poder Judiciário em tempos de teletrabalho: a experiência da gestão do NAE Londrina/PR em 2020. *Revistas Humanidades e Inovação*. Palmas/TO, v. 8, n. 47, p. 216-225, jun. 2021. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5597>>. Acesso em: 12 dez. 2021.
- CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólton Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Projeto de gestão estratégica do Poder Judiciário do Brasil. CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. 2., *Painel 24 – Gestão estratégica no setor público federal: experiências e tendências*, Brasília, 2009, p. 1-15.
- FIGUEIREDO, Luíza Vieira Sá de. *Gestão em Poder Judiciário: administração pública e gestão de pessoas*. Curitiba: CRV, 2014.
- GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- GOLEMAN, Daniel. Liderança que gera resultados. In: GOLEMAN, Daniel. *Gerenciando pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 10-38.
- HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 1. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.
- HADDAD, Carlos Henrique Borildo; PEDROSA, Luis Antônio Capanema. *Manual de Administração Judicial: enfoque conceitual*. Vol. 2. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.
- KANAANE, Roberto; FIEL FILHO, Alecio; FERREIRA, Maria das Graças. (Org.). *Gestão Pública: planejamento, processos, sistema de informação e pessoa*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84-86.
- KILIMINK, Zélia Miranda; SANTOS, Cátia Mucida dos; CASTILHO, Isolda Veloso de. O juiz de direito como gestor: competências necessárias para uma difícil conciliação de papéis. *Revista Gestão & Tecnologia*, v. 6, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/180>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2020.

PERNAMBUCO (Estado). *Lei Complementar nº 310*, de 9 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=2&numero=310&complemento=0&ano=2015&tipo=&url>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Instrução Normativa Conjunta nº 16, de 14 de dezembro de 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, PE, 15 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2644995/Instrucao+Normativa+Conjunta+n%C2%BA+16-2021-TJPE-CGJ+-+%28Pub.DJe+15-12-21%29.pdf/8087de89-3f55-f4b2-3c59-aac6295c9b0f>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

APÊNDICE A

https://www.canva.com/design/DAEptecuALw/uE6_9q1f9hSAZCPK-JtpuQ/view?utm_content=DAEptecuALw&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

ANEXO A

https://docs.google.com/document/d/1ymQf-4Ynm6s0-kDem2r0Gk_wGCvdl_pi/edit?usp=sharing&oid=106714295795733252789&rtpof=true&sd=true

**BREVES REFLEXÕES SOBRE
O REGIME JURÍDICO DA
COTITULARIDADE SOLIDÁRIA
DE CONTA CORRENTE
BANCÁRIA**

Ronnie Preuss Duarte

BREVES REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COTITULARIDADE SOLIDÁRIA DE CONTA CORRENTE BANCÁRIA

BRIEF REFLECTIONS ON THE LEGAL REGIME OF JOINT OWNERSHIP OF A BANK CURRENT ACCOUNT

Ronnie Preuss Duarte

Advogado, mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia Nacional, do Conselho Federal da (OAB), membro do IBDCONT, do IBDP, da ABDPRO e da ANNEP.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema; 2. As relações externas à cotitularidade: os contratos de conta corrente e de depósito bancário; 3. Circunstâncias fáticas subjacentes à cotitularidade: os possíveis porquês da abertura de uma conta conjunta em solidariedade; 4. O direito à propriedade e a inafastável causa das atribuições patrimoniais; 5. Regimes jurídicos potencialmente emergentes na relação interna entre os cotitulares: obrigação conjunta em solidariedade ativa, mandato, doação; 6. Desafios probatórios e a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça; 7. Conclusões; 8. Bibliografia

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Há muito a comunidade jurídica é desafiada por situações que emergem das relações havidas entre os cotitulares de uma “conta conjunta” solidária. O tema, apesar de suscitar recorrentes questionamentos na prática bancária e forense, tem atraído pouquíssima atenção da doutrina.

À míngua de regulação normativa específica, seja no plano legislativo ou regulatório, não há uniformidade na disciplina contratual imposta aos correntistas a partir dos contratos de adesão firmados entre as instituições financeiras e os respectivos clientes. Como resultado, tem-se que as relações externas (entre os correntistas e a instituição financeira) e internas (dos cotitulares entre si), ficam ao livre alvedrio das poucas, e disformes, cláusulas contratuais predispostas pelos bancos nos instrumentos que são firmados pela clientela.

O tema é de grande interesse em razão da existência de pouquíssimos artigos versando sobre aspectos jurídicos relacionados à conta conjunta. E não se conhece de produção doutrinária que tenha se debruçado especificamente sobre a análise dogmática dos institutos envolvidos nas relações internas emergentes da cotitularidade de uma conta corrente, de maneira a permitir uma compreensão mais ampla das particularidades do

respectivo regime jurídico, o que por vezes tem levado a equívocos na aplicação do direito.⁵²³

Isso decorre, não raras vezes, de uma impressão corrente na comunidade jurídica de que, nas relações internas havidas na cotitularidade de uma conta corrente, há um regime unitário. Tomemos o exemplo dos precedentes jurisprudenciais afirmando que a existência de uma conta conjunta induz à presunção de copropriedade dos recursos nela depositados, ou seja, que o dinheiro depositado em uma conta conjunta passa a ser automaticamente dos respectivos titulares. Será que tal presunção é legitimamente aplicável a todas as situações em que se verifica uma cotitularidade de conta corrente em solidariedade?

Será que pelo fato da existência de uma conta conjunta, há verdadeiramente um “condomínio” entre os cotitulares, como sugerido em dispositivo normativo do próprio Banco Central e em precedentes jurisprudenciais qualificados? Será que qualquer dos titulares podem usar e dispor livremente dos recursos depositados para a satisfação dos próprios interesses? Será legitimamente dado a um dos cotitulares apropriar-se da metade (ou da integralidade) dos recursos depositados, independentemente da vontade do outro cotitular? Será que, na hipótese do falecimento de um dos cotitulares, o outro se torna o único dono dos recursos havidos na conta corrente? Em caso negativo, será que alguma fração do saldo em conta integrará o acervo hereditário a ser partilhado entre os descendentes do cotitular falecido? Qual parcela do saldo anotado em conta conjunta solidária pode responder por dívida de um dos cotitulares? São incontáveis os problemas práticos envolvendo a temática ora examinada, o que destaca a relevância do tema.

O presente escrito se propõe, de maneira objetiva e direta, a uma breve reflexão que perpassa a identificação de especificidades do regime jurídico das contas em cotitularidade, verificando se há efetiva unidade de regime e quais os negócios jurídicos que potencialmente emergem entre os cotitulares, bem como os problemas fundamentais que se põem, sobretudo no plano probatório. Ao final, espera-se deixar o leitor em condições de encontrar as respostas aos questionamentos acima indicados. Registre-se que, pelas dimensões do trabalho, não serão analisadas as patologias potencialmente relacionadas à conta corrente conjunta em solidariedade, designadamente quando esta é utilizada para finalidades ilícitas, em fraude à lei ou aos credores.

⁵²³ MAIA anotou em 2011, no único artigo encontrado sobre aspectos da conta conjunta, que “Não se tem notícia de trabalhos doutrinários específicos sobre o tema da conta-corrente bancária conjunta e as diversas implicações que atacam as relações familiares e/ou contratuais”. (MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Conta Conjunta Bancária: Análise das Interações com as Relações Familiares à Luz da Jurisprudência do STJ. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 53/2011, pp. 127-157, p. 1).

2 AS RELAÇÕES EXTERNAS À COTITULARIDADE: OS CONTRATOS DE CONTA CORRENTE E DE DEPÓSITO BANCÁRIO

Habitualmente, é o contrato de conta corrente que serve de lastro às operações havidas entre o cliente e o banco. É precisamente a partir da abertura da conta corrente que o cliente ganha acesso a toda uma gama de serviços disponibilizados pelas instituições bancárias aos seus clientes. Como observado por SILVA, “*a conta corrente surge como um continente à espera de matéria, as operações efectuadas pela clientela mediante a utilização dos serviços bancários.*”⁵²⁴

O contrato de depósito bancário, apesar de vir geralmente associado à abertura de conta corrente, dela se distingue em seu conteúdo.⁵²⁵ A conta corrente é o continente, mediante a qual o banco presta ao cliente um serviço de gestão de caixa (efetuando pagamentos à respectiva ordem), ao passo que o depósito é um conteúdo, designadamente um contrato mediante o qual “*recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame*” (art. 627 do CCB).

Como observado por MIRAGEM, a conta corrente ganhou importância em detrimento do contrato de depósito, já que “*pelo contrato de conta corrente, a instituição financeira converte-se em representante do cliente para uma série de operações, como é o caso da realização de pagamentos, cobranças, dentre outros atos realizados pelo banco no interesse do cliente*”.⁵²⁶

No que toca especificamente ao depósito bancário, este tem por objeto o dinheiro, um bem fungível. Em casos tais e segundo construção que remonta ao Direito Romano (que inspirou dicção expressa do art. 645 do CCB), tem-se no depósito bancário a configuração de um depósito irregular, que segue as regras do mútuo.⁵²⁷ Desse modo, e por expressa disposição legal, o depósito de valores pelo correntista transfere ao banco a propriedade dos recursos depositados. O banco passa, então, à condição de devedor da importância depositada, ao passo que o correntista depositante se torna o titular de um crédito em valor equivalente (art. 587 do CCB).

A conta corrente é uma das espécies de contas de depósito, a par de outras como a conta poupança e a conta salário. Havendo cotitularidade (ou seja, sendo a conta “conjunta” ou “coletiva”), ela pode ou não ostentar a condição de solidariedade. Na primeira modalidade, há a solidariedade ativa entre os cotitulares frente à instituição financeira mantenedora da conta. Na conta corrente conjunta solidária, qualquer um dos titulares poderá movimentar sozinho a conta e contratar os serviços oferecidos

⁵²⁴ SILVA, João Calvão da. **Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 343.

independentemente da concordância dos demais. E a instituição bancária, permitindo o levantamento dos valores depositados por qualquer dos cotitulares, estará quitando total ou parcialmente a sua obrigação, já que o art. 269 do CCB estabelece que “o pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante que foi pago”.⁵²⁸

A depender de previsão contratual específica (recorrente nos contratos por adesão disponibilizados pelas instituições bancárias), poderá haver também a solidariedade passiva, quando todos responderão frente ao banco pelas obrigações contraídas por quaisquer dos cotitulares. Na conta não solidária, por seu turno, a movimentação da conta e a contratação de produtos ou serviços só poderá ser feita pelos cotitulares em conjunto, os quais serão igualmente corresponsáveis, em solidariedade, pelas obrigações assumidas. Aos objetivos presentemente visados neste escrito interessam, sobretudo, as relações internas entre os correntistas cotitulares solidários.

3 CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS SUBJACENTES À COTITULARIDADE: OS POSSÍVEIS PORQUÊS DA ABERTURA DE UMA CONTA CONJUNTA EM SOLIDARIEDADE

O cotidiano bancário tem revelado que a abertura de uma conta conjunta solidária pode ser motivada por uma multiplicidade de razões, tendo em mira a consecução de variados objetivos, lícitos ou não. MAIA observa que “A conta conjunta bancária pode ser contratada por pessoas sem quaisquer relações familiares entre si. Podem, igualmente, contratá-la pessoas físicas com jurídica e pessoas jurídicas entre si”.⁵²⁹

⁵²⁵ “A conta corrente bancária, que dá vida à relação de clientela duradoura e constitui o tronco de diversos negócios jurídicos celebrados pelo banco com o seu cliente, anda normalmente associada à conta de depósito à ordem. Bancos há que não abrem uma conta sem o contemporâneo depósito de quantia mínima, cerca de cem euros. Apesar de tudo, trata-se de duas modalidades de convenção, perfeitamente distintas. (*idem, ibidem*)

⁵²⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário** (livro eletrônico). 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2023, RB 5.23.

⁵²⁷ Entende-se por depósito irregular o contrato mediante o qual alguém transfere a propriedade de uma coisa fungível a outrem, que se obriga a restituir, quando solicitado, coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade. Moreira Alves aduz que o caso mais frequente desse contrato em Roma era o depósito bancário, no qual o banqueiro recebia o dinheiro em depósito e se obrigava a devolvê-lo com juros. É verdade que por muito tempo alguns juristas clássicos, influenciados pelo mundo helênico, não consideravam esse negócio jurídico como depósito, mas sim o mútuo. No Direito Justiniano o contrato é considerado de depósito e os juros passam a ser celebrados mediante um pacto anexo. (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 494).

⁵²⁸ “Quando existem credores solidários, diz-se que a solidariedade é da parte dos sujeitos ativos, ou simplesmente *solidariedade ativa*. Não é muito usual. Inexistindo no Código qualquer texto que a institua, só resta a vontade como fonte geradora, e, mesmo convencional, são pouco frequentes as hipóteses de sua ocorrência. (...) O princípio fundamental é o da integridade da *solutio*, sendo consequência imediata do que vem expresso no art. 262 do Código Civil de 2002. Se concorrem na mesma obrigação dois ou mais credores, cada um com direito à dívida toda, qualquer deles pode demandar o pagamento, todo e por inteiro - *totum et totaliter*. A isto se denomina relação externa da solidariedade, isto é, relação entre os credores e o devedor. As relações internas são as que se passam entre os co-credores entre si. Por efeito do recebimento, ou das outras causas extintivas da obrigação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2004, p. 89-90).

⁵²⁹ *Idem*, p. 6.

Em uma enunciação que não ambiciona ser exaustiva, trazemos a seguir alguns exemplos obtidos a partir das informações colhidas junto ao ambiente bancário, bem como da análise de precedentes jurisprudenciais.

Uma situação assaz recorrente é a dos cônjuges que, casados ou não sob o regime legal, utilizam a conta conjunta solidária para a formação de uma economia comum. Os recursos auferidos no transcurso da relação matrimonial são total ou parcialmente depositados e eventualmente investidos a partir de uma conta corrente cuja titularidade é compartilhada entre o casal.

Outras vezes o estabelecimento da cotitularidade é opção de pessoas idosas que enfrentam dificuldades na gestão de recursos e investimentos por limitações físicas ou mesmo pela pouca afinidade com meios tecnológicos. É recorrente que correntistas de tal perfil recorram a parentes ou amigos de confiança para auxiliá-las, o que se dá também mediante a respectiva inclusão como cotitulares de contas correntes. E é uma situação curiosa porque, apesar dos recursos estarem na integral disponibilidade dos correntistas que solidariamente compartilham a titularidade, os papéis são claros: um é o dono dos ativos financeiros existentes em conta, ao passo que o outro presta mero auxílio na administração dos recursos alheios.

Há, ainda, a situação de pais ou namorados que abrem contas conjuntas com filhos ou namoradas, às vezes porque eles são desprovidos de melhores condições financeiras, para que possam retirar o necessário para o próprio sustento ou para a aquisição de bens e serviços. Nesses casos, comumente, apesar da possibilidade de livre movimentação da conta corrente por qualquer dos cotitulares, o filho ou namorado pode retirar valores e utilizar recursos em proveito próprio, dentro de critérios prévia e informalmente ajustados entre os cotitulares.

Há, por fim, sócios em negócios informais que utilizam uma conta corrente conjunta em solidariedade como caixa do empreendimento e, no âmbito patológico, inclusive, há quem lance mão da conta corrente conjunta solidária para fraudar o regime obrigatório de bens, a sucessão, ou mesmo os credores, mas o aprofundamento da análise de tais situações não está entre os objetivos do presente trabalho.

Como adiante melhor aclarado, os exemplos acima dão corpo a uma variedade de relações jurídicas distintas que ditarão o regime jurídico aplicável especificamente aos cotitulares de uma conta conjunta em solidariedade, sempre de acordo com as circunstâncias fáticas específicas verificadas em cada caso concreto.

4 O DIREITO À PROPRIEDADE E A INFASTÁVEL CAUSA DAS ATRIBUIÇÕES PATRIMONIAIS

À partida, importante termos em conta o seguinte: para que rigorosamente todo e qualquer bem ou direito saia da titularidade do sujeito “A” e passe à titularidade do sujeito “B”, é indispensável que haja uma causa jurígena justificadora da atribuição (ou do deslocamento) patrimonial, sob pena de enriquecimento sem causa.

Isso porque, como é ressabido, a propriedade é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, nos precisos termos do art. 5º, incs. XXII da CF/88 (“*É garantido o direito de propriedade*”). E porque, respeitada a autonomia privada (quando o respectivo titular dispõe voluntariamente do seu patrimônio), a Constituição Federal assegura a intangibilidade dos bens e direitos do cidadão, salvo situações específicas que são expressamente admitidas pelo ordenamento jurídico.

Importante ter em conta que, mesmo nas hipóteses nas quais for cabível a expropriação (em sentido amplo para abranger também situações como o abandono e a usucapião), esta deverá ocorrer mediante a observância do devido processo legal, nos termos do inciso LV do referido artigo 5º da CF/88 (“*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”). Daí resulta que toda aquisição patrimonial deve estar juridicamente justificada.

O jurista lusitano VASCONCELOS, tratando da atribuição patrimonial, lembra que “*as atribuições e deslocações patrimoniais podem ser feitas com uma certa justificação e com certas finalidades*” e que há enriquecimento sem causa “*quando a atribuição patrimonial de que decorre não encontra fundamento jurídico*”.⁵³⁰

Portanto, a perda ou transmissão da titularidade de direito patrimonial (sobre bens ou direitos), só ocorrerá legitimamente: i) se o respectivo titular decidir pela alienação, a título oneroso (venda, dação em pagamento, por exemplo) ou gratuito (doação); ii) se houver a sucessão *mortis causa*; iii) se houver expropriação forçada, abandono, prescrição, decadência ou usucapião, atendidas as garantias processuais (ou procedimentais) respeitantes ao Devido Processo Legal. Fora dessas situações, a titularidade do ativo patrimonial permanecerá com o respectivo titular.

Uma metáfora capaz de auxiliar a compreensão da problemática presentemente examinada é a equiparação da conta corrente conjunta em solidariedade a uma gaveta na qual uma ou mais pessoas guardem dinheiro (próprio ou comum). Em tal contexto hipotético, duas pessoas possuem cópias das chaves, de maneira que ambos têm,

⁵³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 622.

autonomamente, acesso ao conteúdo existente na tal gaveta e podem livremente colocar ou retirar as cédulas nela depositadas. A regra é que cada um dos usuários da tal gaveta nela coloque o quanto desejar de recursos próprios.

Ora, não se verificando a presença de qualquer das causas retro indicadas, nas quais o deslocamento patrimonial se dá justificadamente, tem-se que os valores acomodados por um e por outro na gaveta continuam na titularidade de quem os colocou, na exata proporção do que que foi individualmente nela acondicionado. Se alguém se apropria de valor que não foi por ele posto na gaveta, age ilicitamente.

Obviamente que a gaveta poderá ser um local para a guarda de recursos comuns, pertencentes a mais de um sujeito, como ocorre, por exemplo, quando duas pessoas casadas sob o regime legal de bens dividem as chaves do local onde acondicionam seus ganhos. Em tal caso, os valores existentes na gaveta podem pertencem a ambos, meeiros.

Uma gaveta pode, contudo, abrigar recursos financeiros que pertençam com exclusividade a um só sujeito. E, por qualquer razão, esse indivíduo pode fornecer uma cópia da chave da gaveta onde guarda seu dinheiro a um parente ou amigo, para que este possa auxiliá-lo no pagamento de contas durante o transcurso de eventual viagem. Na mesma situação, o dono do dinheiro guardado na tal gaveta pode autorizar que o tal amigo ou parente tire para si alguma importância para o pagamento de despesas pessoais ou para a compra de algum bem de consumo.

O ponto central a respeito do qual se pretende chamar a atenção do leitor é que, pelo mero fato de alguém ter a chave de uma gaveta com dinheiro, e de poder acessar a integralidade dos valores nela existentes, não decorre necessariamente que tal pessoa seja ou se torne coproprietária de qualquer parcela dos recursos financeiros nela acomodados.

Em casos tais, a identificação da natureza da relação jurídica existente entre os detentores de chave de acesso à gaveta, independentemente de ambos estarem indistintamente em condições materiais de dispor das importâncias nela depositadas, dependerá da análise da situação concreta. Só a partir da análise das circunstâncias fáticas atinentes ao caso será possível o correto enquadramento para fins de identificação do regime jurídico aplicável à espécie.

5 REGIMES JURÍDICOS POTENCIALMENTE EMERGENTES NA RELAÇÃO INTERNA ENTRE OS COTITULARES: OBRIGAÇÃO CONJUNTA EM SOLIDARIEDADE ATIVA, MANDATAO, DOAÇÃO

Bom lembrar, como dito alhures, que os valores depositados em conta corrente atraem as regras aplicáveis ao mútuo, gerando direito a uma prestação pecuniária em favor do(s) depositante(s), correspondente ao valor depositado. E que, à luz do nosso ordenamento jurídico, havendo uma conta conjunta solidária, cada uma dos respectivos cotitulares será credor da importância por ele depositada, ressalvada a hipótese de atribuição patrimonial diversa em alguma das modalidades acima referidas (doação, cessão onerosa, sucessão, etc.).

Simplificando: quem deposita dinheiro em uma conta corrente, conjunta ou não, continua “dono” do dinheiro até que doe, gaste, sofra expropriação em processo, ou morra. E o cotitular da conta corrente, ainda que possa sacar todos o saldo existente, não se transforma necessariamente em cotitular de qualquer parcela, ainda que mínima, dos recursos depositados.

Para um enquadramento mais preciso, refiramo-nos à classificação do direito lusitano, onde há uma modalidade de obrigação de “conjunta” que vem a ser precisamente um tipo de obrigação plural “*cuja prestação é fixada globalmente, mas que a cada um dos sujeitos compete apenas uma parte do crédito ou do débito comum*”.⁵³¹

É importante relembrar que o correntista não é titular de um direito real sobre a coisa (o dinheiro depositado). Tem ele, em verdade, apenas um direito de crédito que é de natureza essencialmente divisível, eis que o importe do saldo é facilmente fracionável.⁵³²

Há quem sugira que a conta corrente conjunta resultaria na instituição de um condomínio entre os cotitulares, como se infere da leitura do art. 2º, § 4º, da Resolução 3.854/2010 do Banco Central do Brasil.⁵³³ No que toca à conta conjunta solidária, também se lê alusões ao regime do condomínio (ainda que sem afirmar a existência efetiva de condomínio) em alguns precedentes jurisprudenciais qualificados (Tema 12 IAC/STJ), como é o caso de julgado unânime da Corte Especial no REsp 1.610.844/BA, onde restou assentado que “*o saldo mantido na conta conjunta solidária caracteriza bem divisível, cuja cotitularidade, nos termos de precedentes desta Corte, atrai as regras atinentes ao condomínio*.” (g.n)⁵³⁴

⁵³¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, 2003, vol. 1, p. 748.

⁵³² Há autores, aliás, que negam por completo que o depósito bancário seja enquadrável como depósito irregular. É o caso de CAMANHO que afirma textualmente que “*O contrato de depósito bancário reveste a natureza de contrato de*

A existência de verdadeiro condomínio, todavia, parece incorrente. Isso porque o direito dos correntistas é meramente obrigacional, e condomínio pressupõe propriedade comum que resulte de disposição legal ou convencional. Ou seja: sem previsão expressa em cláusula de contrato e sem previsão legal específica, não se institui um condomínio.

No contrato de abertura corrente, contudo, não se prevê a instituição de um condomínio entre os cotitulares, mas mera solidariedade ativa. Aludindo especificamente à situação de multiplicidade de usuários de uma gaveta de segurança ou cofre (metáfora acima utilizada para o cenário agora analisado), PONTES DE MIRANDA afirma haver composses simples, e não copropriedade, frisando que na composses não importa quem é dono, pois *“um pode ser compossuidor direto, como dono, e o outro compossuidor direto, em nome alheio.”*⁵³⁵ É precisamente a mesma *ratio* da solidariedade ativa existente na conta corrente conjunta solidária, que, portanto, não induz necessariamente à copropriedade (e ao condomínio).

Como já assinalado, qualquer dos cotitulares solidários pode efetuar os saques que desejar. Isso porque, do ponto de vista externo, ou seja, da relação dos correntistas com o banco, há uma solidariedade ativa. Desse modo, o levantamento do saldo em conta por qualquer dos cotitulares solidários é suficiente para extinguir a obrigação do depositário, havendo o pagamento da dívida. O banco “quita” a sua dívida pagando a qualquer dos correntistas cotitulares da conta.

E talvez por isso muitos pensem, de maneira equivocada, que os cotitulares da conta sejam necessariamente, em alguma medida, cotitulares do direito de crédito (direito ao saldo) em situação paritária. Ocorre que, apesar da solidariedade ativa verificada face ao banco, há uma outra relação, interna, entre os correntistas cotitulares. E nessa relação interna há lugar para acertamento entre eles. Inclusive, a prática bancária revela que, como regra, os direitos de crédito dos cotitulares de uma conta conjunta solidária não costumam ser idênticos. Isso porque a apropriação de recursos na conta (os depósitos) raramente é feita de maneira igualitária pelos referidos cotitulares da conta conjunta. Tal regra de experiência só costuma ser afastada em situações específicas, como quando verificada a formação de patrimônio em mão comum (mancomunhão).

mútuo”, eliminando dúvidas sobre a existência de relação obrigacional em que o depositante é titular de mero crédito (CAMANHO, Paula Ponces. **Do Contrato de Depósito Bancário**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 208).

⁵³³ Art. 2º, § 4º. da Resolução BACEN 3.854/2010: “Caso os bens e valores sejam mantidos em conta conjunta de depósitos ou, por qualquer outra forma, pertençam em condomínio a duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, os limites referidos no caput e no § 1º deste artigo devem ser apurados em vista do valor integral dos ativos detidos nessas situações, independentemente da quantidade de titulares da conta ou de condôminos, considerando-se cada um deles responsável pela declaração de que trata esta resolução.”

⁵³⁴ STJ. Corte Especial. REsp 1.610.844/BA. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe, 29.8.2022.

Por isso, se algum dos cotitulares levantar valores para além do que efetivamente depositou, tem o dever de responder ao outro, prestando-lhe contas dos valores sacados em excesso. Sobre o ponto, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, sublinham que *“pactuada a solidariedade ativa entre três credores, o devedor, cobrado por apenas um deles, exonera-se pagando-lhe toda a soma devida. Aquele que recebeu o pagamento, por óbvio, responderá perante os demais pelas quotas de cada um. Existe, portanto, na solidariedade ativa, uma relação jurídica interna entre os credores, a qual é irrelevante para o devedor. Vale dizer, este último, pagando a soma devida, exonera-se perante todos. Consequentemente, em virtude do vínculo interno que os une, aquele que recebeu todo o pagamento passa a responder perante os demais credores pelas partes de cada um.”*⁵³⁶

Todavia, a depender das circunstâncias fáticas subjacentes, pode-se ter situação em que um dos cotitulares de uma conta conjunta não tenha depositado um único centavo na conta, atuando exclusivamente no interesse de outrem. É o que ocorre no já citado exemplo do parente que assume a condição de cotitular de conta corrente para auxiliar a administração das finanças pessoais de terceiro.

Nesses casos há atuação em nome próprio e no interesse exclusivo do parente, em relação típica de um mandato que, segundo GOMES, *“é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa”*.⁵³⁷ O conceito, reproduzido no art. 653 do CCB, prevê que no âmbito do mandato possam ser praticados atos materiais como a gestão financeira (e não apenas os atos jurídicos), podendo o mandato ser tácito, verbal (art. 656 do CCB) e sem representação (quando o mandatário atua em nome próprio e não em representação ao mandante) .

Nas situações nas quais o cotitular atua como mero mandatário, ainda que ele formalmente esteja em condições de sacar todos os recursos existentes na conta corrente em razão da multi referida solidariedade ativa, ele não é credor de nada e não faz jus a sequer um único centavo do saldo existente.

Como bem pontuado por PEREIRA, há casos de solidariedade ativa em que a *“pessoa que recebeu do devedor o objeto total da obrigação não ser aquela que, na verdade, tenha direito a integrá-lo definitivamente em seu patrimônio”*.⁵³⁸ Com efeito, ao cotitular que atue como mero mandatário faltará causa de atribuição para que possa se apropriar dos recursos depositados, eis que titularizados apenas pelo mandante. Bom

⁵³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. 10, p. 137-138.

lembrar que, em razão de especificidade de regime, sobre ele recairá o inarredável dever de prestar contas ao mandante, nos termos expressos do art. 668 do CCB.⁵³⁹

A relação interna de cotitularidade de conta corrente solidária pode, contudo, também envolver a doação de recursos entre os cotitulares. Mesmo o mandatário poderá ser agraciado com doação remuneratória, eventualmente até sob a forma de subvenção periódica.

A doação, segundo dicção do art. 538 do CCB, é o “*contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra*”. É contrato unilateral, consensual e gratuito. Para que haja efetiva doação não basta a mera inclusão de um cotitular. Há de se perquirir acerca da presença do elemento subjetivo: a vontade de doar (ou o *animus donandi*) sem o qual não haverá doação válida.⁵⁴⁰ Tal ânimo não se presume e deve ser comprovado, valendo lembrar que o art. 144 do CCB impõe uma interpretação restritiva aos negócios jurídicos benéficos.⁵⁴¹

Quanto à solenidade, o Código Civil exige como regra a forma escrita (art. 541 do CCB). A forma escrita, tendo em conta a própria teleologia da norma (que é garantir a segurança mediante registro documentado), pode ser atendida mediante outras formas de registro, como por exemplo uma manifestação de vontade verbalizada pelo próprio doador que tenha sido documentada em meio audiovisual.

Sempre que tiver por objeto bens imóveis de valor superior a 30 (trinta) salários mínimos, será necessária a escritura pública (art. 108 do CCB). E é excepcionalmente admitida a doação verbal, que será “*válida se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição*” (parágrafo único do art. 541 do CCB). Ou seja: a lei impõe três requisitos para a validade da doação verbal que são ter por objeto um bem móvel, ser de pequeno valor e contar com a imediata tradição.

No caso de doação verbal realizada por um cotitular de conta conjunta solidária em benefício de outro cotitular, tem-se que o direito patrimonial é considerado um bem móvel nos termos do art. 83, III, do CCB. Já o requisito da tradição está atendido pela assecuração do acesso direto, autônomo e imediato ao saldo pelo donatário, que também

⁵³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 2., p. 97.

⁵³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**: atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 426.

⁵³⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. **A natureza Jurídica das Obrigações Solidárias**. Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça, vol. 28. Rio de Janeiro, 1988, p. 94.

⁵³⁹ Art. 668 do CCB – “O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.”

⁵⁴⁰ Lembra GOMES que “Indispensável à caracterização da doação é, com efeito, a intenção de praticar um ato de liberalidade. O doador deve ter a vontade de enriquecer o donatário, a expensas próprias. Se lhe falta esse propósito, o contrato não será de doação. É o *animus donandi* que o caracteriza.” (*idem*, p. 256)

⁵⁴¹ Art. 114 do CCB – “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se restritivamente”.

é correntista. Contudo, tais doações devem também atender ao requisito do “pequeno valor” e dependem sempre da prova dos demais requisitos legais, notadamente a prova do *animus donandi*.

Mas o que seria uma doação de pequeno valor? Há algum critério passível de objetiva aferição? Considerando que o conteúdo normativo é indeterminado, caberá ao intérprete a densificação do que vem a ser um bem de “pequeno valor”. E parece óbvio que a referência para a aferição do efetivo atendimento ao preceito normativo em referência não há de ser outro senão a fortuna do doador. Tomemos o exemplo da doação verbal de um automóvel. Para um assalariado que receba o salário mínimo, a doação poderá representar a totalidade do respectivo patrimônio, ao passo que para um sujeito muito abastado representará algo absolutamente insignificante, portanto, de diminuto valor.⁵⁴²

Importante, por fim, lembrar que a identificação do regime jurídico aplicável terá relevantes repercussões na contagem dos prazos prescricionais. Assim, exemplificativamente, tem-se que a pretensão de enriquecimento sem causa prescreve em 3 (três) anos,⁵⁴³ ao passo que tanto a pretensão de responsabilidade civil contra o mandatário, de natureza contratual, bem como a pretensão de anulação de doação inoficiosa seguem regra geral de 10 (dez) anos.⁵⁴⁴

6 Desafios probatórios e a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

A individualização do crédito de cada um dos cotitulares de uma conta conjunta solidária envolve um desafio. Como os aportes e saques de recursos em conta corrente são feitos costumeiramente ao longo do tempo (por vezes por vários anos), termina sendo por demais complexo o levantamento de todos os dados relativos a saques e depósitos, com a atribuição específica a cada um dos correntistas de um valor final correspondente ao total do saldo por ele titularizado individualmente.

Saber quem depositou quanto e o tanto que foi sacado por cada um dos correntistas em cotitularidade é algo extremamente complexo. Por tal razão, e para atender a um objetivo prático, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça

⁵⁴² Nesse sentido DINIZ, para quem as doações verbais devem considerar o “pequeno valor (CC, art. 541, parágrafo único) relativamente à fortuna do doador, isto é, de acordo com a situação financeira do doador ante o valor da coisa doada (RT, 148:236, 544:236, 380:120; AJ 108:120, 80:75, 116:56; RF 129:212). Desse modo, seria de bom alvitre que se apreciase caso por caso, pois o juiz deverá ter em vista não só a fortuna de quem fez a liberalidade, o seu grau de discernimento, mas também o critério objetivo, ou melhor, o valor da coisa doada. É a hipótese da doação manual ou de presentes, que se faz por ocasião de aniversários, de casamentos, como prova de estima ou homenagem”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, pp. 241-242)

vem reafirmando a presunção de que o saldo existente em conta solidária pertence aos correntistas em partes iguais, destacando-se precedente da Corte Especial em Incidente de Assunção de Competência, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão no REsp 1.610.844/BA, e publicado no DJe de 9/8/2022.

Na esteira de tal precedente, a mesma Corte Especial do STJ vem recusando a possibilidade de *“penhora da integralidade do saldo existente em conta conjunta solidária no âmbito de execução movida por pessoa (física ou jurídica) distinta da instituição mantenedora, sendo franqueada aos cotitulares e ao exequente a oportunidade de demonstrar os valores que integram o patrimônio de cada um, a fim de afastar a presunção relativa de rateio”*.⁵⁴⁵

O mesmo STJ, em precedentes das turmas, vem também afirmando a impossibilidade de atribuição exclusiva do saldo ao cotitular sobrevivente, em caso de falecimento do outro, porque semelhante conduta *“representaria grave ofensa aos direitos sucessórios dos herdeiros necessários, de modo que a importância titularizada pelo falecido deverá, obrigatoriamente, constar do inventário e da partilha.”* Não sendo possível a individualização, entende-se incidente aquela presunção de pertencimento igualitário aos cotitulares da conta.⁵⁴⁶

Assim, admite-se a possibilidade de, na eventualidade do passamento de um cotitular, o sobrevivente possa movimentar a conta corrente, *“desde que observada a metade do quanto existente na data do óbito”*, o que se faz em razão da já afirmada presunção.⁵⁴⁷

Como bem se sabe, as presunções judiciais ou simples (também chamadas *praesumptiones hominis*) são regras jurídicas criadas no âmbito probatório a partir da percepção do juiz, e sem que esteja efetivamente provado nos autos. Seguindo a lição de PONTES DE MIRANDA, *“Presumir, ‘prae sumere’ é ter por sido alguma coisa, antes de ser provada, de ser percebida. Antes de se sentir, de se perceber, põe-se a existência da coisa.”*⁵⁴⁸

⁵⁴³ Art. 206 do CCB – “Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa”.

⁵⁴⁴ “[...] ‘Nas ações de indenização do mandante contra o mandatário, incide o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil, por se tratar de responsabilidade proveniente de relação contratual.’ (AgInt no AREsp n. 2.114.003/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 31/3/2023.) Incidência da Súmula 83/STJ. [...] 4. Agravo interno desprovido. (STJ. 4ª T. AgInt no AREsp n. 1.839.257/SP. Rel. Min. Marco Buzzi, DJe, 1.6.2023).

“[...] 2. A ação de nulidade de doação inoficiosa se submete a prazo decenal, se regida pelo CC/2002, razão pela qual descabe a tese de ausência de prazo, prescricional ou decadencial, para que se questione judicialmente a doação inoficiosa. Precedentes. [...] 4. Agravo interno parcialmente provido” (STJ. 3ª T. AgInt no AREsp n. 2.323.643/SC. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe, 14.9.2023).

⁵⁴⁵ STJ. Corte Especial. EREsp 1.734.930/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 29.9.2022.

⁵⁴⁶ STJ. 3ª T. REsp 1.836.130/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 12.3.2020.

⁵⁴⁷ STJ. 3ª T. REsp 2.123.395/RS, rel. Min. Moura Ribeiro. publ.no DJe de 3.11.2022.

⁵⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 5, p. 322.

Na construção de uma presunção simples, o juiz parte de um fato conhecido (geralmente um indício) para se convencer da ocorrência de fato diverso. Como ensina BARBOSA MOREIRA, pode acontecer que

“com referência a determinado fato, decisivo para a solução do litígio, a atividade instrutória se revele incapaz de ministrar, *diretamente*, elementos bastantes de convicção; e, por outro lado, venha aos autos material probatório suficiente para que o juiz se convença de ter ocorrido fato diverso, mas relacionado com aquele que constituía do ‘*thema probandum*’. A relação entre os dois fatos – o conhecido e o desconhecido – é tal, suponhamos, que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com absoluta certeza, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência (ou inexistência) do segundo. Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato ‘x’ para tirar suas conclusões a respeito do fato ‘y’ porque sabe que ocorreu o fato ‘x’, e sabe que a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro.”⁵⁴⁹

Ora, a premissa teórica que legitima a presunção simples é a interrelação entre um fato conhecido (provado) e a ocorrência de outro desconhecido (incomprovado), que é inferido pelo juiz.

No caso específico da presunção de divisão igualitária do saldo de conta corrente conjunta solidária, como diz BARBOSA MOREIRA, o “*ponto de partida*” seria a existência da cotitularidade solidária que resulta da prova documental (o contrato de abertura da conta corrente); ao passo que o “*ponto de chegada*” seria a conclusão de que em casos tais o crédito dos cotitulares face ao banco é igualitário e que o saldo deve ser dividido entre ambos na proporção de metade para cada um.

Contudo, como afirmado acima, a tendencial igualdade só é recorrente em determinados casos de formação de patrimônio comum, como sói ocorrer na situação dos cônjuges casados sob o regime legal ou dos companheiros em união estável.

Fora dessas situações muito específicas, os aportes dos cotitulares de conta corrente conjunta raramente são igualitários. A presunção de um direito à divisão paritária do saldo em conta desconsidera tal realidade, qual seja, a regra de que os direitos sobre o saldo em conta devido por cada um dos cotitulares da conta conjunta solidária são preponderantemente assimétricos.

No caso específico, a presunção deveria partir de uma relação entre fatos que se estabelece a partir da experiência. Ou seja, que o fato “A” (existência de conta conjunta solidária) desaguasse tendencialmente na veracidade do fato “B” (que os cotitulares

⁵⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57.

dividem em meação o direito de crédito que do saldo resulta). Mas não é o que se verifica na maior parte das vezes.

Uma forma mais adequada para a superação dos desafios probatórios, sobretudo para evitar a utilização de presunções como solução *praeter legem* para solucioná-los, é o manejo da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373, § 1º, do CPC.

Para o adequado direcionamento da atividade probatória com a distribuição dos ônus e afastamento das presunções, é indiscutível a importância da atenta análise das circunstâncias específicas de cada relação interna para fins de identificação do regime jurídico aplicável à espécie.

O próprio STJ, inclusive, já identificou hipóteses em que legitimada a recusa à presunção de divisão igualitária do crédito entre os cotitulares de conta solidária. Foi o que aconteceu no REsp 127.616/RS, onde restou assentado que “*Afasta-se a penhora de conta bancária conjunta quando fica demonstrado que os cotitulares, ao celebrar o contrato, não tinham a intenção de que houvesse solidariedade, limitando-se a função do devedor à movimentação da conta para a embargante, idosa e enferma*”.⁵⁵⁰

Ora, o que se vislumbrou em tal precedente, ainda que sem enunciação expressa, foi a ocorrência de mero mandato e a ausência de causa de atribuição patrimonial dos recursos existentes em conta (o crédito) ao mandatário, já que o único titular era efetivamente o mandante.

Em outro exemplo, também referido por MAIA, o STJ reconheceu a titularidade exclusiva de recursos a um dos cotitulares, afastando a presunção de divisão igualitária (no acórdão, alude-se ao afastamento de “presunção de condomínio”), em razão do envio de prévia interpelação ao banco, por um dos cotitulares, para que não fossem liberados recursos para o cotitular que comprovadamente não havia feito depósitos na conta conjunta solidária. Nesse caso, o banco foi civilmente responsabilizado por não ter obstado o levantamento integral e indevido dos recursos pelo outro correntista (REsp 259.144/RJ).⁵⁵¹

Por fim, demonstrando a importância da percepção da pluralidade de regimes potencialmente envolvida na relação interna de conta corrente conjunta em solidariedade, vale referir a um julgado mais antigo, onde o STJ entendeu que “*Havendo conta corrente conjunta não há obrigação de prestar contas entre os titulares*”.⁵⁵² No referido caso, na origem, o TJPR havia sublinhado que o caso específico envolvia uma relação jurídica subjacente de mandato, pois um tio enviava recursos para a conta mantida juntamente com a sobrinha, para que esta movimentasse no interesse daquele.

⁵⁵⁰ STJ. 1ª T. REsp 127.616/RS Rel. Min. Francisco Falcão. DJ, 25.01.2001. No mesmo sentido, MAIA, *idem*, p. 11.

O acórdão recorrido estava assim ementado: “*Ação de prestação de contas. Conta corrente bancária conjunta mantida com sobrinha do autor-embargado. Depósitos realizados apenas pelo tio. Propriedade exclusivo deste dos recursos disponíveis na conta. Movimentação de recursos que só poderia ser feita pela sobrinha, ré-embargante, para e no interesse do tio. Obrigação de prestar contas.*”

O resultado do julgamento, à toda evidência, decorreu de uma percepção equivocadamente unitária da maioria dos julgadores em relação ao regime jurídico da conta corrente conjunta solidária, que é inegavelmente multifacetado.

CONCLUSÃO

Em conclusivo arremate, pode-se dizer que os problemas jurídicos envolvendo as relações internas dos cotitulares de uma conta corrente conjunta em solidariedade não comportam solução única, como demonstrado no transcurso do presente artigo.

Há uma multiplicidade de relações jurídicas cujo estabelecimento é possível, de maneira que todas as indagações feitas na parte preambular deste artigo comportam variadas respostas, a depender da relação jurídica efetivamente havida entre os correntistas entre si. São vários os enquadramentos possíveis, alguns referidos exemplificativamente ao longo do texto.

Das observações presentemente trazidas ao lume, conclui-se que o regime aplicável aos cotitulares de conta corrente solidária que sejam cônjuges casados sob o regime da comunhão de bens para formação de economia comum é muito distinto, por exemplo, daquele ao qual deve ser submetido o sobrinho que é alçado à cotitularidade pela tia idosa, com o propósito único de auxiliá-la na administração das suas finanças.

Uma certeza que deve ser declarada é de que a mera existência de recursos depositados em uma conta corrente solidária não faz de qualquer dos cotitulares, de *per si*, “dono” de todos, de metade ou de qualquer porção do respectivo saldo.

⁵⁵¹ STJ. 3ª T. REsp 259.144/RJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJ, 23.10.2000.

⁵⁵² STJ. 3ª T. REsp 687.596/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJe de 20.11.2008 (com votos vencidos dos Ministros Castro Filho e Nancy Andrichi).

REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**: vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

CAMANHO, Paula Ponces. **Do Contrato de Depósito Bancário**. Coimbra: Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**: atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Conta Conjunta Bancária: Análise das Interações com as Relações Familiares à Luz da Jurisprudência do STJ. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 53/2011, págs. 127-157.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário** (livro eletrônico). 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2023.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Regis Fichtner. A natureza Jurídica das Obrigações Solidárias. **Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça**, vol. 28. Rio de Janeiro, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 10. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, João Calvão da. **Direito bancário**. Coimbra: Almedina, 2001.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

**O MOVIMENTO DE TUTELA
DOS VULNERÁVEIS NA ATUAL
CRISE ECONÔMICA: A
PROTEÇÃO DOS INTERESSES
DOS CONSUMIDORES E O
PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO
DA EMPRESA DIANTE DA
NECESSIDADE DE PROTEÇÃO
DAS EMPRESAS AÉREAS**

Sílvio Romero Beltrão
Maria Carla Moutinho Nery

O MOVIMENTO DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS NA ATUAL CRISE ECONÓMICA: A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DA EMPRESA DIANTE DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS EMPRESAS AÉREAS⁵⁵³

THE VULNERABLE PROTECTION MOVEMENT IN THE CURRENT ECONOMIC CRISIS: THE PROTECTION OF CONSUMERS INTERESTS AND THE PRINCIPLE OF CONSERVATION OF THE COMPANY IN FACE OF THE PROTECTION OF AIRLINE COMPANIES

Sílvio Romero Beltrão

Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e da Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de Direito Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Maria Carla Moutinho Nery

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Sumário: 1. Introdução; 2. Contextualismo normativo: Qual o peso das circunstâncias na conduta às quais as partes ficam obrigadas?; 3. O princípio da vulnerabilidade como proteção do consumidor; 4. O princípio da preservação da empresa; 5. O conflito de princípios e o choque simétrico da pandemia. 6. Considerações finais.

RESUMO

O artigo trata da necessidade de ponderação do princípio da vulnerabilidade com o princípio da preservação da empresa, com o objetivo de regular a crise econômico-financeira provocada pela pandemia da Covid-19. Procura analisar a sensibilidade do setor aéreo aos efeitos econômicos da pandemia e considerar a adoção de requisitos objetivos para a determinação da vulnerabilidade.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Consumidor. Preservação da empresa. Companhias Aéreas. Pandemia.

ABSTRACT

The article deals with the need to balance the principle of vulnerability with the principle of preservation of the company, in order to regulate the economic and financial crisis caused by the pandemic of Covid-19. It seeks to analyze the sensitivity of the airline company to the economic effects of the pandemic and to consider the adoption of objective requirements for determining vulnerability.

Keywords: Vulnerability. Consumers. Preservation of the company. Airlines. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

A ausência de estudo de critérios objetivos acerca do reconhecimento da vulnerabilidade como opção viável ao reconhecimento da desigualdade material e, em última análise, como forma para alcançar a justiça nas relações jurídicas permitem deixar determinadas situações de vulnerabilidade contratual à margem da proteção estatal.

Aliado a isso, a falta de estruturação do bom uso da vulnerabilidade vincula o uso desta aos aspectos subjetivos da relação contratual, quando são consideradas características especiais do sujeito de direito como meio de viabilizar uma maior proteção do legislador.

Sob o ponto de vista patrimonial, a vulnerabilidade representa, portanto, uma característica do sujeito como, por exemplo, o consumidor, tido como o vulnerável da relação de consumo frente ao fornecedor, cujo poderio econômico é presumido. Uma vez reconhecida a vulnerabilidade do sujeito⁵⁵⁴, a regra sugere a intervenção estatal para a preservação da igualdade material por meio de incidência de norma protetiva no caso concreto em favor do consumidor⁵⁵⁵.

E se o consumidor não for vulnerável? E se o consumidor não estiver em nenhuma posição de desvantagem seja de ordem jurídica, econômica ou de qualquer outro tipo de conhecimento?

A maior crise econômica e sanitária dos últimos anos, suportada por todos os países do mundo, teve início no ano de 2020, em virtude pandemia da Covid-19. Neste contexto pandêmico, é possível visualizar o sentido inverso do natural desequilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor.

A diminuição do consumo e a instabilidade desenfreada das contratações fez aflorar a quebra de sinalagma em vários campos, a exemplo dos setores imobiliários, aéreos, turísticos, de eventos e de educação. Com isso, algumas leis foram promulgadas em diversos países, com o objetivo de regular a crise contratual vivenciada pelo mundo e preservar as contratações, diminuindo os danos provenientes da pandemia.

Neste cenário pandêmico, a vulnerabilidade pode atingir a todos os sujeitos da relação, mesmo aqueles que, aprioristicamente, não seriam considerados vulneráveis nas condições subjetivas? Diante da crise econômica provocada pela pandemia, questiona-se: seria possível reconhecer a vulnerabilidade de um seguimento econômico para a preservação da economia de um país? Em que medida se pode analisar a quebra da base do negócio jurídico a partir do reconhecimento da vulnerabilidade dos sujeitos, ou condições dos contratantes mediante a construção de critérios objetivos para esta

⁵⁵⁴ Em síntese, a noção de vulnerabilidade é introduzida e persiste no vocabulário bioético numa função adjectivante, como uma característica, particular e relativa, contingente e provisória, de utilização restrita ao plano da

finalidade? Neste sentido, seria possível adotar requisitos objetivos e específicos a serem cotejados com os subjetivos para, em cada caso concreto, na análise da relação jurídica em geral, identificar a desigualdade material e a vulnerabilidade objetiva a ser considerada pelo Estado na aplicação do direito?

Este trabalho tem por objeto pesquisar a possibilidade de permitir a desigualdade material em prol de um bem maior: a manutenção da economia, mediante o cumprimento do princípio da função social da empresa, sem desprezar o princípio da vulnerabilidade do consumidor⁵⁵⁶, tendo por base o caso das empresas aéreas que, dentre outras, é comum às diversas nações vítimas da pandemia.⁵⁵⁷

Diante destas ponderações, busca-se, em um primeiro momento, realizar a contextualização normativa da problemática, mediante a investigação do peso das circunstâncias que justificam a obrigação das partes, para, então, analisar o princípio da vulnerabilidade do consumidor na conjuntura atual de preservação dos pactos de manutenção das empresas, como forma de equalizar a manutenção dos segmentos econômicos abatidos pela crise pandêmica e garantir, em especial o emprego dos trabalhadores.

Assim, o presente estudo tratará da atuação jurisdicional quanto à aplicação do princípio da vulnerabilidade combinado com o princípio da preservação da empresa, e

experimentação humana, tornando-se cada vez mais frequente na constatação de uma realidade que se pretende ultrapassar ou mesmo suprimir por meio da atribuição de um poder crescente aos vulneráveis (PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. Rev. Brasileira de Bioética, vl. II, jan. 2007, p. 35).

⁵⁵⁵ A partir dessas premissas, a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar". (KONDER, Carlos Nelson. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 99. Mai-Jun, 2015).

⁵⁵⁶ Não se desconhece a divergência doutrinária acerca da existência (ou não) de um princípio da vulnerabilidade. A referida discordância exigiria um estudo mais aprofundado acerca do tema, incompatível com o objetivo do presente artigo. No entanto, no sentido favorável ao reconhecimento da vulnerabilidade como princípio, por todos: Watanabe, K., Benjamin, A. H. V., Fink, D. R., Filomeno, J. G., Grinover, A. P., Nery Júnior, N., & Denari, Z. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Forense Universitária: Rio de Janeiro. 58ª. Edição, 1998, p. 66.

⁵⁵⁷ "O conteúdo da justiça contratual deve ser buscado, assim, dentro do exato contexto histórico-social no qual o negócio, que se pretende justo, se manifesta. Em uma sociedade democrática, tal qual a brasileira, inspirada por valores personalistas e solidaristas, liberdade e igualdade jurídicas revelam-se pilares fundamentais, não cabendo ao Estado intervir, a priori, diretamente nas relações privadas, salvo para assegurar a efetividade de direitos fundamentais [...] Ainda que não exclusivamente, apresenta-se não só viável, mas de todo conveniente estender a atuação corretiva do magistrado a todas as situações de desequilíbrio ou desproporção manifestas. [...] Nesse sentido, observa-se que o estudo do equilíbrio contratual não deve ser realizado pontualmente apenas no tocante à determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica". MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; PEYNEAU RITO, Fernanda Paes Leme. *Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410, maio/ago. 2016, pp. 401- 403.

buscará compreender a interpretação que deve ser aplicada aos casos envolvendo as empresas aéreas, em face da atual crise pandêmica.

2 CONTEXTUALISMO NORMATIVO: QUAL O PESO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA CONDUTA AS QUAIS AS PARTES FICAM OBRIGADAS?

Partindo da concepção de que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, surge a seguinte questão: tem esse mesmo ordenamento a propriedade de qualificar todos os comportamentos possíveis ou podem ocorrer condutas para as quais não foram previstas soluções jurídicas?⁵⁵⁸

Eventualmente, pode ocorrer de o sistema jurídico se deparar com situações com as quais o ordenamento não ofereça qualquer solução.⁵⁵⁹ Nesse mesmo sentido, as relações contratuais não são capazes de resolver, muitas vezes, os limites das obrigações de cada uma das partes, ou porque as partes não chegaram a cogitar certas possibilidades, ou porque, pelo seu comportamento acharam desnecessária a regulamentação de certas intenções.⁵⁶⁰

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz, *“As estruturas sociais, portanto, são constituídas por uma combinatória de expectativas cognitivas e normativas, de modo a conferir durabilidade às relações sociais dinamicamente em transformação”*.⁵⁶¹ Nesse sentido, surge o conflito entre o textualismo, conforme consta na lei ou no contrato, e o contextualismo, que, para além da lei e do contrato, tem bastante relevância o peso das circunstâncias.⁵⁶²

Basta fixar nestas três obrigações de pagar, para verificar que as respostas podem ser diferentes, em um mesmo contexto de crise económica e sanitária em razão da pandemia.

1- A obrigação de um lojista de *shopping center* de pagar a renda (aluguel) de imóvel fechado por força de decreto institucional do Poder Público durante a pandemia.

2- A obrigação do mutuário de pagar as prestações do empréstimo contraído perante o Banco, em virtude de desemprego causado pelas demissões em massa durante a pandemia, ante a paralisação das atividades de muitas empresas.

3- A obrigação do locatário de imóvel residencial de pagar a renda (aluguel) do bem, que se encontra em uso, o qual o seu inquilino não sofreu qualquer redução salarial em decorrência da pandemia.

⁵⁵⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas, São Paulo, 2ª. Edição, 1994, p. 217.

⁵⁵⁹ “Estas dificuldades na discussão da questão não são, por fim, específicas do problema das lacunas, mas da metodologia jurídica em geral. Talvez se possa dizer, em conclusão, que elas surgem em função da

Nos casos acima, todos têm obrigação de pagar um valor certo em uma data certa, e o texto contratual, não impõe qualquer dúvida a isso. Mas a resposta ou solução para o problema do inadimplemento deve passar pela finalidade do contrato e de qual maneira a circunstância “crise económica e sanitária” afeta a conduta do devedor no cumprimento de sua obrigação.

Em todas essas obrigações não foram previsíveis os efeitos da pandemia nos contratos, o que o torna incompleto e sujeito ao aperfeiçoamento pelo Poder Judiciário, que talvez com uma maior amplitude possa contextualizar o problema e entregar o melhor resultado para as partes.^{563/564}

Devido à falta de respostas prontas decorrentes da alteração das circunstâncias, não há dúvidas de que neste momento fica evidenciada a necessidade de renegociar⁵⁶⁵.

Neste ponto, o estudo da alteração das circunstâncias⁵⁶⁶ permite a reapreciação das cláusulas contratuais, diante das novas circunstâncias, com vistas a reequilibrar o sinalagma contratual⁵⁶⁷.

pluridimensionalidade mesma do objeto que chamamos direito e, conseqüentemente, da sua eventual lacunosidade, o que leva alguns a procurarem soluções reducionistas, eliminando dimensões e privilegiando esta ou aquela, como sucede com os chamados sociologismos jurídicos (Duguit, Ross), ou com os formalismos à moda Kelseniana, levando outros a buscarem soluções ecléticas de consideração do direito sob critérios diferentes, mas justapostos (como o bidimensionalismo de Lask; sobre Lask, especificamente quanto ao problema das lacunas, ver. Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. p. 106. 1976:129, nas quais estas dificuldades metodológicas são abordadas) ou soluções integradoras, em que se procura a unidade sintética da diversidade dimensional (como o tridimensionalismo de Miguel Reale). FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. p. 222.

⁵⁶⁰ “Na concepção clássica de contrato, a relação contratual é desenvolvida por duas partes em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutem livremente as cláusulas contratuais, firmando o acordo de vontades. Seria o que hoje é denominado de “*contrato paritário, discutidos individualmente e com o tempo para as tratativas preliminares*”. Contudo, nem sempre é possível transcrever para o contrato todas as intenções que determinaram a realização daquele negócio jurídico, ou porque as partes não chegaram a cogitar certas possibilidades, ou porque pelo comportamento das mesmas, elas acharam desnecessária a regulamentação de certas intenções”. BELTRÃO, Silvio Romero. *Elementos para a Interpretação dos Contratos*. Revista da Esmape / Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife, Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, 1996. Referência: v. 19. n. 39. p. 189–212, jan/jun., 2014.

⁵⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. p. 106.

⁵⁶² ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Almedina: Coimbra. 2007. p. 509.

⁵⁶³ “Já o contextualismo será, nesta perspectiva, um reconhecimento da inevitabilidade do inacabamento contratual (e por vezes até a sua vantagem estratégica) dados os custos de transação, daí evoluindo para presunção de superioridade, em certas circunstâncias ao menos, da adjudicação judicial e de outras instâncias de heteroregulação: as circunstâncias em que se reconhece que o legislador e os tribunais são capazes de cercar o contrato com um enquadramento mais coordenador e eficiente do que a solução que se alcançaria por negociação bilateral – mormente quando se encare a possibilidade de a heteroregulação fornecer normas supletivas “maioritárias” que antecipem a substância da maior parte dos acordos, dispensando as partes de incorrerem nos custos e incertezas da negociação.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 511.

⁵⁶⁴ Em artigo recentemente publicado no Jornal el País da Espanha, com o título “Una solución ante el caos contractual en las empresas por el coronavirus”, ficam bastante evidentes as conseqüências para a economia mundial dos problemas causados pela pandemia e a falta de respostas prontas, justas e eficazes das normas e dos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/12/legal/1591984883_910604.html.

⁵⁶⁵ “vimos já que a renegociação do contrato será, em muitos casos, a solução mais óbvia para o problema da alteração das circunstâncias que interferem no equilíbrio das partes e na onerosidade do contrato”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 676.

⁵⁶⁶ “Há, pois, que operar com um modelo de decisão que comporte, entre as suas variáveis, quer a autonomia privada e seus valores, com os factores de concretização sediados no contrato celebrado, que a boa fé-igualdade, precisada em consonância com as alterações registradas no caso real”. CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 1114.

⁵⁶⁷ Sendo implícito e não acolhido em cláusula geral o princípio do equilíbrio, a sua concretização no âmbito das relações regidas pelo Código Civil se dá, portanto, por meio de institutos e de regras que precisam o seu conteúdo (ainda que de

Não há dúvidas de que neste momento fica evidenciada a necessidade de renegociar diante da alteração das circunstâncias. Neste ponto, a cláusula *rebus sic stantibus* (“*enquanto as coisas estão assim*”), permite a reapreciação das cláusulas contratuais, diante das novas circunstâncias, com vistas a reequilibrar o sinalagma contratual.

O enfrentamento dos efeitos da pandemia nos contratos permite ações hábeis a minorar as suas consequências, mesmo que não exista o desequilíbrio do valor das prestações pactuadas no contrato, notadamente, por força do reconhecimento da solidariedade social, como elemento da função social do contrato.

A valorização da solidariedade social ocorre em razão da pluralidade de problemas nascidos do contexto pandêmico, tendo tanto o credor como o devedor sido alvo de seus efeitos, sendo uma circunstância visível para todas as partes, o que inibe o fundamento no subjetivismo de cada um dos envolvidos.

Nessa linha de pensar, não é suficiente a repactuação baseada somente na equivalência das prestações, quando o ponto principal da base do negócio, o qual foi atingido pela pandemia, é a inexistência de mercado para o objeto contratado.⁵⁶⁸

Assim, não se busca a análise subjetiva da alteração da base do negócio⁵⁶⁹, pois não se declara a existência de erro no momento da celebração do contrato. O que está em mente é a inexistência do mercado, em face dos efeitos econômicos da pandemia que superam o risco previsível e a própria vontade das partes, atingindo a todos de forma simétrica⁵⁷⁰.

Nos casos acima explicitados, pode-se notar que a obrigação do lojista de *shopping center* foi afetada pela inexistência de mercado, com as determinações do poder público de proibição de funcionamento dos centros comerciais, que impedem a execução do contrato para o fim que foi proposto, qual seja, a produção ou a circulação de bens e serviços. Então o retorno à base negocial é, no momento, um fator de indeterminação, vez que não há previsão do restabelecimento da normalidade. Talvez, nesse caso, a repactuação do valor da renda (aluguel), com a diminuição do preço, inclusive com a possibilidade de sua inexigibilidade durante o período de fechamento das lojas do *shopping center* seja a melhor solução⁵⁷¹.

modo vago, utilizando termos semanticamente abertos, como ‘lesão’ e ‘excessiva onerosidade superveniente’) e fixam os seus requisitos ou condições de incidência”. MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado*, Saraiva, 2018, p. 651.

⁵⁶⁸ “Dessa forma, a base do negócio seria constituída, dentre outros aspectos, pela (a) equivalência das prestações, pela (b) permanência aproximada do preço convencionado e pela (c) existência de mercado para o objeto contratado”. EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão Contratual, a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança das circunstâncias*, Editora Podium, Salvador, 2008, p.97.

⁵⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 1080.

Importa registrar não ser o (in)adimplemento do aluguel a hipótese de impossibilidade do cumprimento da obrigação, por se tratar de obrigação de pagar (e não de obrigação de fazer). No entanto, a incapacidade financeira do lojista, decorrente da queda abrupta das vendas durante o período de fechamento das lojas, implica na quebra da objetiva da finalidade do contrato, razão pela qual as contraprestações por ele devidas precisam ser renegociadas.

Por sua vez, a obrigação do mutuário de pagar as prestações do empréstimo contraído perante o Banco tem objeto contratual diverso, qual seja: o Banco cumpriu completamente sua obrigação de entregar ao devedor o valor do mútuo, e agora aguarda a devolução do valor, conforme as prestações pactuadas. Mas o devedor não possui as mesmas condições económicas que possuía quando realizou o contrato. então, no caso, talvez a melhor solução seja a moratória, a suspensão da obrigação por um determinado período, até o restabelecimento do equilíbrio económico, qual seja, o retorno da capacidade económica do devedor, com a normalização do mercado de consumo. O valor integral permanece sendo devido, devendo ser respeitado o carácter social da revisão tão-somente para parcelamento ou adiamento da data do pagamento.

Por fim, o locatário de um imóvel residencial, que o utiliza conforme os fins pactuados e não sofreu qualquer impacto económico em seu rendimento, não pode exigir alteração do valor do aluguel, como uma atitude de boleia, em razão das circunstâncias gerais. No caso, as circunstâncias não alteraram o objeto do contrato, mesmo diante da crise económica, devendo a obrigação ser cumprida conforme foi contratada, não se tolerando atitudes oportunistas.

Enfim, nas diversas situações, mesmo perante circunstâncias gerais, o seu peso na alteração das obrigações contratadas irá depender da apreciação do caso em concreto, pois não basta somente a existência de um fato imprevisível, é necessário que esse mesmo fato tenha dado causa a alteração do figurino pensado pelas partes em obediência ao equilíbrio e ao objeto contratado^{572/573}.

⁵⁷⁰ “Tem estado subentendido, mas há que explicitá-lo, que o ‘choque exógeno’ de contingências imprevistas tem relevância prática e se traduz em danos efectivos, não porque ele destrua o programa contratual inicialmente estabelecido, mas porque ele atinge investimentos específicos, ‘investimentos de confiança’, realizados à sombra daquele programa contratual”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 630.

⁵⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de prestar e excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 391-427.

⁵⁷² CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 1114.

O devedor do mútuo poderia já estar em débito pelo incumprimento do contrato antes da pandemia; sendo assim, a nova situação de crise económica não pode ser imputada como causa para a sua inadimplência, e possível moratória.⁵⁷⁴

O peso que se atribui às circunstâncias decorre da busca de um critério de interpretação hábil a ponderar os elementos intrínsecos e extrínsecos, com base na finalidade do contrato e nos efeitos das circunstâncias na execução e cumprimento das obrigações, sem excluir a aplicação da lei, mas possibilitando uma abordagem interpretativa que leve em consideração o contexto do momento da exigência das condutas.⁵⁷⁵

Sem a observação do contexto atual de pandemia, sem a ponderação da crise económica como força maior, pública e notória, sem a compreensão do choque simétrico da pandemia que afeta tanto o credor quanto o devedor, sem a constatação da paralização do mercado, “a interpretação dos contratos se converteria no mais fútil dos bizantinismos”⁵⁷⁶.

Nesse sentido, o cenário atual da pandemia é importante para a análise da proteção dos interesses dos consumidores diante das dificuldades económicas que as empresas estão suportando, merecendo destacar o desafio em analisar a problemática da manutenção da economia, mediante o cumprimento do princípio da preservação da empresa, sem desrespeitar o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

3 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE COMO PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A pós-modernidade e o Estado Social permitiram o nascimento de um arcabouço principiológico hábil a servir como base ao intérprete para a solução do caso concreto. Ao lado da boa-fé, da função social, da solidariedade e da equivalência material, a vulnerabilidade tem ampla aplicabilidade em todos os ramos do direito⁵⁷⁷.

⁵⁷³ “sintetizando, dependendo das circunstâncias, o recurso à equidade faculta ao julgador uma apreciação do caso concreto desprendida da estrita aplicação das regras positivas. O juízo *ex aequo et bono* pressupõe um modo de aplicação do direito, tendo por base os seus institutos e normas jurídicas, atenuando a rigidez de aspectos formais e preenchendo lacunas decorrentes da dificuldade de aplicação estrita de soluções de direito positivo. em suma, proferindo uma decisão justa no caso concreto, que corresponda à concretização do direito ainda que não se identifique plenamente com a solução legal”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, 2020, número 2, p. 576.

⁵⁷⁴ “Registre-se que a “mudança circunstancial deve ser externa, conjuntural, como as provocadas pela própria natureza, ou pelas autoridades, ou ainda pelo comportamento macroeconómico”, ou seja não pode ser imputada as partes, sob pena de responsabilização pelas perdas e danos em detrimento do direito à revisão do negócio”. EHRHARDT JR., Marcos, *Revisão Contratual, a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança das circunstâncias*. p. 101.

⁵⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. p. 509.

⁵⁷⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. p. 510.

Delimitar o conceito de vulnerabilidade não é uma tarefa fácil para a doutrina. Não existe uma conceituação estanque da qual se possa extrair objetivamente e em poucas palavras o significado de vulnerabilidade. Isso porque estar vulnerável em uma determinada hipótese não implica, necessariamente, em uma vulnerabilidade plena para as demais situações. Daí a importância de a vulnerabilidade ser tratada como princípio jurídico de natureza objetiva (e não como característica do sujeito), pois permite a utilização de conceitos abertos para se adequar à realidade social do momento.

O conceito de vulnerabilidade deve estar sempre em construção, pois o reconhecimento da vulnerabilidade de outrora, não é o mesmo dos dias atuais. Da análise morfológica do termo, pode-se dizer que a vulnerabilidade é uma “*qualidade ou estado do que é vulnerável*” e tem por sinônimos a “*suscetibilidade de ser ferido ou atingido por uma doença; fragilidade*”⁵⁷⁸. Nesse sentido, Maria do Céu Patrão Neves destaca: “*Vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)*, que significa ferida. Assim sendo, ela é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido*”⁵⁷⁹.

Assim, a vulnerabilidade busca conferir a uma das partes o reconhecimento jurídico da fragilidade para, por meio de normas protetivas, trazer aos institutos uma interpretação que vise proteger os interesses das partes sem desigualdade.

Sob esse aspecto, o princípio tem incidência mundial, pois, como registra José Ozório Bittencourt: “O reconhecimento da vulnerabilidade é unívoco no mundo. A resolução da ONU n° 29/248 reconhece que os consumidores estão em desequilíbrio no tocante à condição econômica, educacional e capacidade financeira”. No âmbito nacional, a Constituição Federal do Brasil, não positivou o termo “vulnerabilidade”, tendo o constituinte se limitado a reconhecer a proteção ao consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e a positivar o princípio da defesa do consumidor como reitor da Ordem Económica e Financeira⁵⁸⁰.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor positivou o princípio da vulnerabilidade⁵⁸¹, no artigo 4º, inciso I, no qual ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, o legislador presume a vulnerabilidade do consumidor no

⁵⁷⁷ O surgimento da *vulnerabilidade* no contexto da experimentação humana e como classificação a atribuir a alguns é determinado por factores históricos: o recurso a sujeitos de experimentação no desenvolvimento da investigação biomédica foi crescendo ao longo da primeira metade do séc. XX, recorrendo a grupos de pessoas desprotegidas e/ou institucionalizadas, como órfãos, prisioneiros, idoso e, mais tarde, judeus e outros grupos étnicos, considerados inferiores e mesmo subhumanos pelos nazis, ou povos, como os chineses, que os japoneses também exploraram em prol da prossecução dos seus objetivos científicos e militares (PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. Rev. Brasileira de Bioética, vl. II, jan. 2007, p. 30-31).

⁵⁷⁸ “vulnerabilidade” in Dicionário Michaelis de Português Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=w4yE7>>. Consultado em 21-6-2021.

mercado de consumo⁵⁸². A Lei 8.078/1990 reconhece, portanto, o consumidor como sendo o sujeito vulnerável da relação de consumo como forma de materializar o princípio da equivalência material. Neste contexto, o conceito de consumidor foi “*pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes*”⁵⁸³, levando-se em consideração a necessidade deste sujeito de direito de receber do ordenamento a proteção necessária para atuar em pé de igualdade em relação ao fornecedor.

O advento do Estado Social, a assumpção do indivíduo como protagonista das relações jurídicas e todo o contexto histórico vivenciado pelo País e pelo mundo, ao tempo da promulgação do CDC, gerou a necessidade de imputar ao consumidor (e a tantas outras categorias de vulneráveis) a condição de parte mais frágil da relação, evidenciando a natureza subjetivista da vulnerabilidade. Naquele momento, era o que tinha a ser feito, pois consumidores, trabalhadores, mulheres, crianças, adolescentes, idosos, negros, homossexuais clamavam pelo reconhecimento do direito das minorias.

No entanto, 30 anos após a promulgação do CDC, percebe-se a necessidade de volver um novo olhar para as relações negociais. O viés objetivista, utilizado, inclusive, pelos demais princípios balizadores do Estado Social, como por exemplo, a boa-fé objetiva, faz-se necessário para, assim, viabilizar o reconhecimento da vulnerabilidade no caso concreto como ferramenta de justiça distributiva.

Tratar de vulnerabilidade sob o prisma objetivo implica em abandonar condição de “sujeito vulnerável” para avaliar o contexto de vulnerabilidade vivenciado no caso concreto e, assim, verificar quem faz jus à proteção constitucional como via de equalizar a igualdade aos sujeitos da relação e não apenas a um destes sujeitos.

É sob esse novo olhar que o legislador vem trilhando um caminho pelo qual se busca o reconhecimento da vulnerabilidade integral para, com isso, evitar-se excessos de lado a lado, visando preservar a integridade das relações negociais.

⁵⁷⁹ PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. Rev. Brasileira de Bioética, vl. II, jan. 2007, p. 29-30.

⁵⁸⁰ BITTENCOURT, José Ozório de Souza. *O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004, p. 258.

⁵⁸¹ “O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor. O artigo 4º, i, do CDC estabelece entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o ‘reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’”. MiRAGeM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8a. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 198.

⁵⁸² CDC Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁵⁸³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, para não falar em todo o mundo, as empresas aéreas buscam trazer fôlego para um segmento econômico visivelmente abalado com os cancelamentos e adiamentos de voos, bem como diante do fechamento de fronteiras⁵⁸⁴. A sociedade precisa manter viva a categoria econômica do transporte aéreo sob pena de todos virem a sofrer as consequências da falta de voos para o exercício das suas atividades de trabalho e de lazer. No Brasil, a edição da Lei 14.034/2020 (Lei das Aéreas) regrou a forma de devolução parcelada e diferida dos valores pagos pelas passagens aéreas em caso de cancelamento de voos e consequente desistência da viagem como meio de suavizar o impacto econômico negativo gerado pela pandemia.

Sob o viés subjetivo, algumas empresas tiveram sua condição financeira seriamente abalada com redução considerável da renda e do lucro como, por exemplo, as que sobrevivem do setor de eventos e turismo. Contudo, outras passaram a auferir ainda mais renda, em decorrência da pandemia como, por exemplo, as empresas de tecnologia, de fabricação de equipamentos de proteção individual (EPI), farmácias e distribuidoras de alimentos.

Nesse contexto, indaga-se: equalizar a assumpção dos danos provocados pela pandemia na medida das possibilidades de cada uma das partes da relação negocial não seria tratar os desiguais de forma distinta na medida de suas desigualdades?

Diante desta situação, a distribuição de prejuízos deve acontecer de acordo com a capacidade de suportá-los sob pena de onerar demais apenas um dos lados da relação diante de uma situação em que todos são vítimas e não culpados.

Novamente aqui, nas diversas situações, mesmo perante o fato geral de crise pandêmica, o peso das circunstâncias na conduta as quais as partes ficam obrigadas irá depender da demonstração do nexó entre o resultado e as alterações destas circunstâncias. Se, por um lado, muitas empresas tiveram prejuízos terríveis, outras foram imensamente beneficiadas, não sendo suficiente o fato “crise pandêmica”, em si mesmo, para determinar a alteração da base negocial.

⁵⁸⁴ “isto porque os efeitos provocados pelo Covid-19 vão muito para além dos óbitos ocorridos. A pandemia veio provocar um autêntico tsunami na economia mundial, deixando alguns setores em especial numa situação de delicada debilidade. Nessa situação ficaram, sem dúvida, o turismo e a aviação sendo que, no caso desta última, sem ajudas públicas, a europa veria as suas companhias aéreas, como o Grupo Lufthansa, a Air France-KLM, a Brussels Airlines, a Norwegian Air, a Finnair, a Alitalia, e a própria TAP, em risco de colapso”. SALGADO, Catarina. *O impacto da pandemia na aviação civil – um novo 11/9?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 119.

4 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Do outro lado da relação existe a figura do comerciante cuja proteção principiológica vem mediante o princípio da preservação da empresa. O conteúdo do princípio da preservação da empresa tem sua origem no abrandamento da pena de falência, oriundo de sucessivas crises económicas que provocaram a quebra de diversas empresas, sem qualquer perdão do estado, quando os fatos que levaram à quebra foram exteriores a sua administração⁵⁸⁵.

Este princípio, em regra, é largamente utilizado pelos Tribunais superiores para justificar a relativização de determinadas regras impostas em face da insolvência da sociedade comercial, sendo, pois, necessário que se compreenda o seu conteúdo, os seus limites e quando será justificável a sua atuação.

Ao enfrentar o atual momento de crise económica e sanitária, deve-se socorrer ao princípio da preservação da empresa, a partir do seu conteúdo social, cuja origem advém das garantias constitucionais que visam a manutenção do emprego, a redução das desigualdades e o desenvolvimento nacional⁵⁸⁶.

Mas de fato, tanto o princípio da vulnerabilidade do consumidor quanto o princípio da preservação da empresa possuem um elevado grau de indeterminação e generalidade em seus conteúdos, pois, a norma jurídica ao prever a aplicação do princípio não tem condições de antecipar, enumerar e regular todas as situações hipotéticas da vida real em que o bem jurídico protegido eventualmente seja afetado.⁵⁸⁷ Aliás, essa é a grande importância da existência de princípios no sistema normativo: solucionar litígios não previstos na legislação, pois a natureza aberta deles permite ao operador do direito uma maior liberdade interpretativa.

Assim, o princípio da preservação da empresa visa viabilizar a atividade económica e social da pessoa jurídica, diante de uma situação de crise económico-financeira, com o objetivo de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a sua função social e o estímulo à atividade económica, sem necessidade de enumerar as formas de proteção.

⁵⁸⁵ “ A evolução posterior nos sécs. XIX e XX foi no sentido de abrandamento da penosidade da falência, uma vez que as crises económicas de 1870, 1914 e 1929 provocaram uma multiplicidade de falências casuais que produziram um sentimento geral de benevolência para com os falidos. Surge, por isso, uma ideia de separar os destinos do homem e da empresa insolventes, ensaiando-se vias de recuperação”. LEITÃO, Luís Manoel Teles Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 38.

⁵⁸⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*, Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Atlas, 2017, p. 53.

⁵⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 87.

Nesse sentido, a indeterminação das formas e dos meios de preservação da empresa faz surgir diversas modalidades de mecanismos para a sua preservação, dos modos mais variáveis, com o objetivo de superar a situação de crise econômico-financeira do devedor e manter a sua função social.

O princípio da preservação da empresa, em decorrência de sua indeterminação, surge como um trunfo nas mãos do operador do direito, como uma garantia, como uma defesa contra os riscos e surpresas que possam surgir durante o processo de insolvência⁵⁸⁸, diante das várias formas de alcance e de densidade do controle judicial. Ou seja, a intensidade da aplicação da preservação da empresa como controle judicial é variável de acordo com o caso em concreto, diante da ausência de determinabilidade do seu alcance. Assim, diante da indeterminação do princípio, é necessário apurar os seus limites e localizá-lo dentro do contexto social, ponderando-o com outros princípios existentes no ordenamento jurídico, no caso do presente estudo, com o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

O próprio legislador estabeleceu regras que restringem a preservação da empresa. É da própria natureza dos princípios a possibilidade de sofrerem limitações, pois, caso contrário, teria o legislador que prever toda a abrangência da norma. independentemente da força do princípio da preservação da empresa, ele deve ceder espaço, por exemplo, a uma hipótese de força maior que supere o seu conteúdo.

A preservação da empresa, ao assumir a natureza de princípio, sofre a influência de uma reserva imanente de ponderação, que apesar de sua consagração podem ter que ceder a uma força de compreensão com peso maior.

Nesse sentido, o conteúdo do princípio da preservação da empresa deve ser ponderado por meio de outras situações jurídicas protetivas, na evidência de que os efeitos da crise econômico-financeira, causada pela pandemia, atinge a todos de forma síncrona, mas com resultados e expectativas diversas:

- O empresário insolvente tem interesse em recuperar a força econômica de sua empresa e reiniciar suas atividades empresariais com o menor dano possível.
- Por sua vez, os credores querem obter o bem ou serviço contratado, ou até mesmo a devolução do valor pago, de forma que os seus prejuízos também sejam mínimos.
- Os terceiros envolvidos nas atividades tanto do credor quanto do devedor almejam que não sejam afetados pelos resultados danosos causados pelo incumprimento das obrigações.

⁵⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. p. 71.

- O próprio estado, dependente da arrecadação de impostos, deseja que o atual momento de crise econômico-financeira seja superado para que o fechamento das empresas não afete a criação de riquezas e a manutenção do trabalho.

- e, por fim, o próprio mercado, que se encontra em desequilíbrio, almeja a remoção das externalidades que prejudicam o desenvolvimento social e econômico de forma livre⁵⁸⁹.

Nessa linha de raciocínio, as empresas aéreas recebem uma maior atenção do estado e conseqüentemente do mercado, por ser um setor considerado sensível, pois, diversas outras atividades ligadas ao turismo e a própria dinâmica da sociedade são dependentes do bom funcionamento dos transportes aéreos.

A importância social da empresa é relevante para a análise e ponderação com os outros princípios. Pois, no caso, o direito busca não só o cumprimento das obrigações, mas também a divisão justa e equilibrada dos efeitos da pandemia.

Evidentemente, é necessário ponderar as obrigações recíprocas, caso a caso, em busca do reequilíbrio contratual, e verificar o direito de forma ampla e não individual, a permitir a manutenção dos elementos essenciais da empresa, na atividade econômica local: a compreensão de sua capacidade produtiva, principalmente para a manutenção de empregos.⁵⁹⁰

5 O CONFLITO DE PRINCÍPIOS E O CHOQUE SIMÉTRICO DA PANDEMIA

Regra geral, tanto o princípio da vulnerabilidade quanto o princípio da preservação da empresa vão sofrer limitações impostas pela própria lei que os instituiu, bem como em face de conflitos com outros valores também protegidos pelo sistema, tais como o do devido processo legal e o da segurança jurídica⁵⁹¹.

É natural observarmos que a livre aplicação de um princípio pode levar à insegurança jurídica, ao subjetivismo e ao tratamento desigual em relação aos diversos processos que tratam da mesma competência.

Na atual situação de crise econômica e financeira, é necessário indagar o quanto a aplicação do princípio da preservação da empresa poderá afetar o princípio da vulnerabilidade em defesa do consumidor.

Voltando às empresas aéreas, pergunta-se: o quando o risco contratual poderá ser repartido entre as partes, diante da causa externa da pandemia? É possível aplicar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, e atribuir somente às empresas o risco pela

⁵⁸⁹ MENEZES, Cordeiro. *Direito Comercial*. 4ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2016, p. 492.

⁵⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, Direito de Empresa, São Paulo. Saraiva, 2009. p. 383.

⁵⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. p. 315.

inexecução do contrato, no modo, forma e tempo acordado? O risco para a economia, diante da possibilidade de quebra das empresas que não possuem uma previsão de retorno ao mercado, aliada ao fechamento do comércio e das fronteiras, aos repetidos *lockdowns*, não as tornariam individualmente mais vulneráveis e sensíveis à externalidade da pandemia?

Com o objetivo de conter os sérios danos sofridos pelas empresas aéreas, decorrentes da pandemia Covid-19, o Brasil editou, inicialmente, a Medida Provisória n. 925 de 18 de março de 2020, tendo sido convertida na Lei 14.034/2020, trazendo medidas emergenciais para a aviação brasileira^{592/593}.

O artigo 2º da Lei 14.034/2020 estendeu os prazos de pagamentos de contribuições, decorrentes da concessão federal, como forma de suavizar os prejuízos das empresas aéreas. Assim, as contribuições devidas pelas companhias aéreas ao Governo Federal, com vencimento no ano de 2020, puderam ser pagas até 18 de dezembro 2020. Nesse ponto, importa registrar ter o próprio Poder Público assumido seu grau de responsabilidade na repartição dos danos.

Por outro lado, o prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas, contratadas até 31 de dezembro de 2020, será de doze meses, observadas as multas previstas no contrato e a manutenção da assistência material, nos termos da Resolução n. 400 da ANAC.⁵⁹⁴

Em respeito à solidariedade social, houve a possibilidade de isenção das penalidades contratuais, caso os consumidores optassem por ficar com o crédito da passagem a ser utilizado no período de doze meses, a contar da data do voo. Além disso, em 20 de março de 2020, a Associação Brasileira das empresas Aéreas – ABEAR, o Ministério Público Federal e a secretaria Nacional do Consumidor – SENACOM, do Ministério da Justiça, assinaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com as companhias aéreas para tratar das questões sobre remarcação, cancelamentos e reembolso de passagens aéreas durante o período da pandemia, vigente no biênio

⁵⁹² em Portugal, o dec.-lei n. 17/2018 regula o exercício das atividades das agências de viagens e turismo. OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 2, 2020, p. 232.

⁵⁹³ No espaço jurídico da União europeia, o Regulamento 261/2004 trata dos aspectos relacionados aos cancelamentos de voos. “Temos presente o facto de esta leitura do regime do Regulamento 261/2004 poder determinar a insolvência dos transportadores. efetivamente, num cenário de paralisação da atividade, o reembolso dos bilhetes determina uma deterioração financeira extrema do transportador. Por este motivo, em vez do discurso de movimentos de pressão traduzidos na tentativa de supressão dos direitos dos passageiros, somos do entendimento de que uma solução equilibrada poderia passar, de *iure condendo*, pela aprovação de um regime transitório destinado a tutelar os titulares dos vales de viagem, nomeadamente pela imunização insolvencial dos respetivos créditos ou pela criação de um fundo de garantia de reembolsos, assegurando ao passageiro que, por via da aceitação do vale de viagem, mesmo no cenário extremo de insolvência do transportador, não veria prejudicado o respetivo crédito”. ALVES, Hugo Ramos. *Sobre a repercussão do COVID-19 no Direito Aéreo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 258.

⁵⁹⁴ ANAC – Agência nacional de Aviação Civil.

2020/2021. em casos de remarcação, para voos a serem operados entre os dias 1 de março de 2020 e 30 de junho de 2020, o consumidor teve a chance de remarcar a passagem, uma única vez, sem nenhum custo adicional, para viagens dentro e fora do território nacional, respeitado o mesmo trajeto (mesma origem e destino), com exceção dos casos de *codeshare*, planos de milhagens e voos *charter*.

No TAC, como forma de evitar a judicialização da questão, acordou-se, ainda, a impossibilidade de transferência do crédito a terceiros. Nesse ponto, passagens compradas em alta temporada deveriam ser remarçadas para o mesmo período enquanto as passagens de baixa temporada poderiam ser remarçadas para o mesmo período ou, se para a alta temporada, o consumidor deveria assumir a diferença tarifária. A troca de destinos também foi possível, mediante pagamento do saldo devedor relativo a distinção do valor da passagem. Ainda neste mesmo contexto, caso o voo tivesse saído da malha aérea da companhia, ao consumidor caberia o crédito relativo ao bilhete adquirido.

As companhias aéreas ficaram exoneradas de prestar a assistência material (acomodação e alimentação), prevista no art. 27 da Resolução n. 400 da ANAC em caso de fechamento de fronteira, ficando obrigadas a reunir esforços junto ao Ministério das Relações exteriores para trazer o passageiro de volta ao País. As respostas das empresas às solicitações dos consumidores deveriam ser feitas no prazo máximo de 45 dias, devendo ser disponibilizados aos usuários, de forma gratuita, canais de atendimento por telefone ou *online*, para esclarecimento de dúvidas e realização de reclamações.

Trata-se de solução conjunta negociada, mediante a união de esforços na qual buscou-se conciliar os interesses dos consumidores e dos fornecedores, diante das circunstâncias imprevistas, a refletir positiva colaboração para a manutenção dos negócios jurídicos e, em última análise, contornar a situação contingencial.

Importa registrar, ainda, que todo esse esforço será em vão em caso de abuso de tarifas, desassistência ao viajante, o descaso da operadora, pois a força maior não implica dar carta branca para práticas abusivas. Afinal, o crédito fornecido para momento posterior deve ser suficiente a adquirir a integralidade da passagem aérea ou ao menos 80% desta, quando utilizado para o mesmo trecho de viagem e o mesmo período do ano, cabendo às operadoras reunir esforços para tanto.

O espírito colaborativo, aliado à interpretação conjunta dos princípios da vulnerabilidade do consumidor e da função social da empresa, não permite, por exemplo, que o valor do crédito seja correspondente a menos de 50% do valor da mesma passagem aérea para momento posterior, sob pena de se repassar ao consumidor a assumpção integral de todo o prejuízo causado pela pandemia. Busca-se, com isso, a

repartição de prejuízos e não o repasse deles para apenas uma das partes, pois os efeitos da pandemia devem ser simétricos⁵⁹⁵.

Não se esgotam na lei as possibilidades de tutela da empresa em situação de crise, diante do desenvolvimento econômico-social das relações jurídicas obrigacionais. No entanto, alguns aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes evidenciam a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para equalizar eventuais abusos.

A finalidade da lei de promover a preservação da empresa contraposta ao princípio da vulnerabilidade, bem como da segurança jurídica e da reserva legal, não impede que a interpretação da tutela jurídica dos interesses em tempos de pandemia decida os casos omissos e as situações atípicas que possam surgir.

Diante da falta de previsão de algumas situações que envolvam uma crise causada pela pandemia, com o fechamento do mercado, e o incumprimento de diversos contratos, a jurisprudência tem papel fundamental na delimitação do direito, autorizando a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de resguardar o equilíbrio econômica e social das partes.

Contudo, como já observado acima, a aplicação do princípio da preservação da empresa não pode ter uma extensão desmensurada, de modo que possa surpreender terceiros pelas consequências que costumam resultar da sua aplicação ao caso em concreto, provocando uma insegurança jurídica, com a passagem direta do princípio à aplicação prática.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As soluções encontradas para as empresas aéreas de forma flexibilizada buscam equilibrar dois interesses: a proteção do consumidor na qualidade de credor da prestação de um serviço de transporte aéreo e a proteção da empresa que se apresenta em crise devido a inexistência de mercado com a impossibilidade de atuar de acordo com seus fins.

Diante das circunstâncias atuais de pandemia o recurso à equidade é justificável, com a atenuação da rigidez dos aspectos formais das normas jurídicas, em busca de

⁵⁹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 593.

uma decisão justa, no caso concreto, em face do novo contexto, que não se assemelha plenamente a solução legal⁵⁹⁶.

Antes da pandemia, havia uma grande oferta no mercado de passagens aéreas, mediante a diversidade de voos para todos os lugares do mundo nos mais diversos dias e horários. Até então, na relação empresa aérea *versus* consumidor, não era possível imaginar uma situação de vulnerabilidade das companhias aéreas.

No atual momento, as empresas aéreas veem-se enfraquecidas e incapazes de manter a atual fonte de emprego e o cumprimento de suas obrigações contratuais, pois se encontram proibidas de prestar seus serviços regulares, em razão do fechamento do comércio e das fronteiras, dos repetidos *lockdowns* e da própria ausência de passageiros, resistentes ao ambiente de confinamento dos aviões, diminuindo drasticamente a procura por viagens de turismo e negócios.

Assim, a fase presente é de crise para o setor aéreo mundial, razão pela qual as empresas aéreas brigam para se manter ativas, clamando por uma maior tolerância do direito, em virtude do reconhecimento da atipicidade vivenciada pela pandemia.

Nesse sentido, vários fatores são determinantes para uma maior tolerância aos contratos aéreos, levando em consideração o momento de crise económico-financeira causado pela pandemia, tais como:

1 – A importância social das empresas aéreas e seu potencial econômico para se reerguerem.

2 – A importância das empresas aéreas para a economia nacional e internacional.

3 – A importância das empresas aéreas para a manutenção de empregos diretos e indiretos.

4 – A importância da manutenção das empresas aéreas para os credores, tanto em relação aos serviços prestados quanto em relação à capacidade de recuperação do seu crédito.

Tais fatores, os quais são extrínsecos às relações contratuais, possuem um peso bastante elevado para a flexibilização das respostas a serem dadas pelo Poder Judiciário, diante das vantagens que minimizam a vulnerabilidade do devedor.

O próprio credor, consumidor do produto “transporte aéreo”, é passível de ser bastante prejudicado com o fechamento das empresas, quer pela ausência da possibilidade de prestação do serviço no futuro, quer pelo aumento dos custos com a diminuição da concorrência.

⁵⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 594.

Essas respostas são típicas das relações de mercado com motivações que não são idênticas às previstas no direito das obrigações e permitem reconhecer a vulnerabilidade de um seguimento econômico para a preservação da economia nacional e internacional.

Mas não se quer uma decisão aleatória. O reconhecimento pelo direito da vulnerabilidade das empresas aéreas respeita à experiência do próprio sistema jurídico-econômico, diante da gravidade representada pela quebra destas para o mercado. Com isso, busca-se otimizar os resultados, pois as normas contratuais não são capazes de resolver os problemas socioeconômicos das empresas aéreas, com repercussão geral na economia nacional e internacional, sem que as situações extrínsecas sejam superadas.

Ao invés, a legislação vigente visa preservar a categoria presumidamente mais frágil, a dos consumidores, razão pela qual a interpretação da norma, no momento, não

pode ser literal. isso porque o prejuízo decorrente de eventual falência do setor será sentido por todos, sem distinção⁵⁹⁷.

Diante disso, o reconhecimento da vulnerabilidade objetiva é essencial para a solução de litígios oriundos da crise como forma de conciliar os interesses de consumidores e empresários, mediante a distribuição de prejuízos, para, assim, obter-se o sustento do setor.

O olhar para o fato (e não para os sujeitos) permite o reconhecimento da circunstância de vulnerabilidade vivenciada por ambas as partes, viabilizando a solução do litígio de forma menos danosa aos sujeitos e ao seguimento econômico. Com isso, em última análise, preserva-se não somente o mercado, mas a capacidade do consumidor de usufruir desse mercado por mais tempo.

Isso porque minar o setor aéreo trará, em um futuro próximo, a impossibilidade de consumo do serviço por ele fornecido, razão pela qual o espírito solidário e colaborativo da sociedade é essencial para a cura da crise sanitária e econômica trazida pela pandemia.

⁵⁹⁷ “Deste modo, podendo um tribunal, ao decidir segundo a equidade, apreciar com larga margem de liberdade os argumentos jurídicos e factuais com relevância objectiva para o mérito das questões litigiosas, socorrer-se-á, para fundar a sua decisão, do regime jurídico de certos institutos que, na ordem jurídica portuguesa, estejam mais próximos do caso concreto, devendo atender aos princípios gerais de direito e a valores fundamentais da ordem jurídica, sem prejuízo, contudo, de se ter sempre presente que o objectivo último – e, nessa medida, o primeiro – da sua decisão final será a procura da concreta solução que seja mais equitativa, isto é, mais justa para o caso submetido a juízo.”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 595.



A Coletânea de Artigos Jurídicos
Esmape 2024 teve o designer da
Assessoria de Comunicação Social da
Escola Judicial de Pernambuco
(Ascom/Esmape), em 2024

Publicitário

Antônio Recamonde

Designer/capa

João Pessoa

Jornalista

Pedro Pequeno

Apoio técnico

Luciano Costa

Assessora de Comunicação Social

Rute Arruda



TJPE

