

Revista da

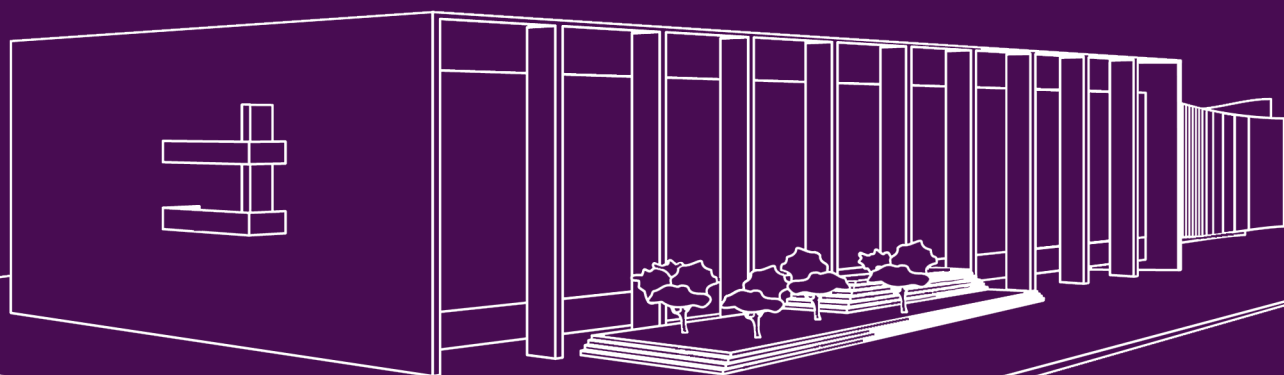


ESMAPE
Escola Judicial de Pernambuco

online

Volume 2 – Número 3 janeiro a junho 2023

ISSN 2675-7125



Revista da



online

Volume 2 – Número 3 janeiro a junho 2023

ISSN 2675-7125



Copyright Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Marcos Costa

Revisão: Autores

Núcleo de design: Ascom Esmape

A Revista da Esmape online 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 I, n. 1, (2022-). – Recife : Esmape, 2022 -

Semestral
ISSN 2675-7125

1.Direito – Periódico. I. Escola Judicial de Pernambuco.
II. Esmape

CDD 340.05

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

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

Recife – PE | CEP 50.080-900

revista.esmape@tjpe.jus.br



TJPE



Escola Judicial de Pernambuco

Mesa Diretora do Tribunal de Justiça de Pernambuco

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

Diretoria da Escola Judicial de Pernambuco

Biênio 2024/2026

DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETOR-GERAL

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR

Juiz Silvio Romero Beltrão



Mesa Diretora do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Biênio 2022/2024

PRESIDENTE

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Antenor Cardoso Soares Júnior

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves (em exercício)

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Diretoria da Escola Judicial de Pernambuco

Biênio 2022/2024

DIRETOR-GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

SUPERVISOR

Juiz Silvio Romero Beltrão

Conselho Editorial Biênio 2022-2024

DIRETOR-GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

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 Carlos de Arruda Dantas

José Fernando Simão

José Mário Wanderley Gomes Neto

José Ronemberg Travassos da Silva

Leonardo Carneiro da Cunha

Lúcio Grassi de Gouveia

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Mauro Alencar de Barros

Orlando Morais 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

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Coordenação Técnica e Editorial

8 Joseane Ramos Duarte Soares

Sumário

Doutrina

Magistrados

- **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE MULTA COMINATÓRIA:
DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESFAVOR DO
EXEQUENTE NA HIPÓTESE DE REDUÇÃO DAS ASTREINTES** 11
Jorge Américo Pereira de Lira

- **INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE:
LIMITES E POSSIBILIDADES** 22
*Francisco Soliman
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya*

- **PIX E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS BANCOS** 46
Edison Tetsuzo Namba

- **A EXACERBAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ATO MÉDICO E A ANÁLISE PREFACIAL DA QUESTÃO** 58
Iasmina Rocha

Servidores

- **O DESAFIO JURÍDICO ENVOLVENDO BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS:
A VALIDADE LEGAL DOS CONTRATOS DIGITAIS E SUA FUNÇÃO SOCIAL** 70
*Caio Gustavo de Almeida
Lucas Gabriel Costa do Nascimento
Gustavo Rabay Guerra*

- **O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO
PROCESSO DE EROÇÃO DEMOCRÁTICA FOMENTADO PELAS FAKE NEWS
E PELO DISCURSO DE ÓDIO** 88
Carlos Alberto de Souza Lima Junior

- **O USO ADEQUADO DE TERMOS DE TECNOLOGIA E LINGUAGEM NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E BIG DATA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO** 114
Jorge Luís de Arruda Pedrôso

Público externo

- **CONCURSO DE CRIMES E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI FEDERAL Nº 9.099/1995. UMA REANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI Nº 5264/DF** 132
Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva
- **A AUTONOMIA PRIVADA E A TESE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A FAMÍLIA PARALELA** 152
Isabella Cristina Guilherme de Araújo
- **A CONTUMÁCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E SEUS REFLEXOS NA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA: UMA ABORDAGEM SOBRE A PEREMPÇÃO ADMINISTRATIVA** 172
Leonardo de Amorim Carneiro
Raphael Arlen Cordeiro dos Santos
- **NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM** 188
Ricardo Russell Brandão Cavalcanti
- **A DESJUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: IMPACTOS E PERSPECTIVAS** 210
Yasmin Lira Melo Ferreira

DOCTRINA

Jorge Américo Pereira de Lira

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE MULTA COMINATÓRIA:
DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM
DESFAVOR DO EXEQUENTE NA HIPÓTESE DE REDUÇÃO DAS
ASTREINTES

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE MULTA COMINATÓRIA:
DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESFAVOR DO EXEQUENTE
NA HIPÓTESE DE REDUÇÃO DAS ASTREINTES**

**COMPLIANCE WITH COMMUNATORY FINE SENTENCE:
MISCONDUCT OF LEGAL FEES TO THE DETRIMENT OF THE CREDITOR IN THE EVENT OF A
REDUCTION IN THE ASTREINTES**

Jorge Américo Pereira de Lira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco (ESMAPE). Ex-Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco.

RESUMO

O recorrente descumprimento de decisões judiciais relativas a determinações de obrigações de fazer, não fazer e dar tem provocado a constante apreciação, pelo Poder Judiciário, de pedidos de cumprimento de sentença visando à satisfação do valor da multa cominatória prevista no art. 537 do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, por vezes, o valor das astreintes torna-se exorbitante, impondo a sua redução pelo Magistrado, de ofício ou em decorrência de pedido formulado pelo executado. Diante deste cenário, o objetivo do presente trabalho é analisar se, em caso de redução da multa cominatória, é devida a condenação do exequente ao pagamento dos honorários advocatícios calculados sobre a diferença entre o valor executado e o novo quantum estabelecido pelo Magistrado a título de multa cominatória. Far-se-á, no decorrer deste estudo, um contraponto entre os princípios da causalidade e da sucumbência, a fim de verificar o que deve prevalecer na situação referida, fundamentando-se as conclusões deste ensaio no mais recente entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Descumprimento – Obrigação de fazer, não fazer e dar – Astreinte – Multa cominatória – Medida coercitiva – Redução do valor da multa – Honorários advocatícios – Princípio da causalidade – Princípio da sucumbência.

ABSTRACT

The recurrent non-compliance with judicial decisions regarding mandates to perform, refrain from performing, or deliver specific acts has led to the frequent adjudication by the Judiciary of applications for the enforcement of judgements aimed at the satisfaction of the coercive fine stipulated under Article 537 of the 2015 Civil Procedure Code. However, the amount of the coercive fines (astreintes) often

becomes excessive, requiring their reduction by the judge, either on its own initiative or following a request made by the defendant. In light of this scenario, the purpose of this paper is to analyse whether, in the event of a reduction in the fine, the plaintiff is liable for the payment of attorney's fees calculated on the difference between the executed amount and the new quantum established by the judge as the fine. Throughout this study, a comparison will be made between the principles of causation and defeat, in order to determine which should prevail in the aforementioned situation, with the conclusions of this essay being grounded on the most recent doctrinal and jurisprudential understanding.

Keywords: Non-compliance – Obligations to act, refrain, and deliver – Astreinte – Fine – Coercive measure – Reduction of fine – Attorney's fees – Principle of causation – Principle of defeat.

De forma recorrente, o Poder Judiciário vem se deparando com pedidos de cumprimento de sentença visando à satisfação do valor da multa cominatória prevista no art. 537 do NCPC devida em razão do descumprimento da obrigação imposta à parte¹.

A astreinte – embora denominada multa cominatória, não configura sanção pecuniária e sim medida coercitiva –, é fruto de construção jurisprudencial e tem origem no Direito Francês, em um contexto, decorrente dos impactos da Revolução Francesa, em que as punições corporais deram lugar a meios de cumprimento de obrigações condizentes com os direitos e garantias dos cidadãos.²

Sobre o surgimento do instituto, CASELLI PEREIRA destaca que:

“Na França, o movimento político de libertação individual, que culminou no fim do antigo Regime, levou à abolição das medidas de coação sobre a pessoa do devedor. Com a Revolução Francesa, a consagração da liberdade individual no Code Napoléon chegou ao ponto de atribuir ao devedor de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, a faculdade de exonerar-se com o pagamento de seu equivalente pecuniário. (...) Suavizou-se a ideia de que toda obrigação de fazer ou não fazer se resolveria em perdas e danos, uma vez que ninguém poderia ser obrigado a prestar fato pessoal, diretriz plasmada no aforismo *nemo ad factum cogi potest*, na linha da consciência social da época e do movimento político de libertação da pessoa humana das relações servis, que culminou na Revolução Francesa. Surge, então, no direito francês um mecanismo coercitivo pecuniário, as astreintes ou *ad-stringere*, do latim, com origem puramente jurisprudencial, como um meio de constrangimento aplicado de forma indireta.”³

Incorporada ao Direito Brasileiro, a astreinte é uma das medidas mais utilizadas

1 Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. (BRASIL – **Lei Ordinária Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil).

2 SILVEIRA, Evandro Ubiratan Paiva da. **Um breve panorama sobre a jurisprudência relativa às astreintes**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.63, dez. 2014; apud FERREIRA, Matheus da Silva. A efetividade da astreinte e a expedição de ofício como meio de substituição à imposição da multa periódica. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/17638>. Acesso em 28/04/2024.

3 PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2021; apud FERREIRA, Matheus da Silva, op. cit.

para compelir ao cumprimento de obrigações, e o Poder Judiciário assume papel de relevo na delimitação do instituto, em especial no que tange aos critérios para sua imposição e revisão.

Não raras vezes, o valor das *astreintes* torna-se exorbitante, impondo a sua redução pelo Magistrado, de ofício ou em decorrência do acolhimento de pedido formulado na impugnação ao cumprimento de sentença veiculado pelo executado⁴.

Destarte, indaga-se: em caso de redução da multa cominatória, é devida a condenação do exequente ao pagamento dos honorários advocatícios calculados sobre a diferença entre o valor executado e o novo *quantum* estabelecido pelo Magistrado a título de multa cominatória? A resposta há de ser negativa. Explica-se:

Primeiramente, nos termos da jurisprudência do c. STJ, a condenação em honorários advocatícios pauta-se, não só pelo princípio da sucumbência, mas também pelo princípio da causalidade, de modo que somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é quem deve responder pelas despesas deles decorrentes.

Consoante o magistério de **THEOTÔNIO NEGRÃO**:

Aregra da sucumbência não comporta aplicação indiscriminada na determinação da parte responsável pelo pagamento de honorários advocatícios. **Aqui, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde pelos honorários a parte que deu causa à instauração do processo.** É certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloqüente sinal daquela. **Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao princípio da causalidade**⁵. (Original sem os grifos)

A propósito, o Tribunal da Cidadania - STJ assentou:

Apesar da dicção do art. 85 do CPC, nem sempre o "vencedor" e o "vencido" são, respectivamente, os únicos sujeitos passíveis de serem credores e devedores de honorários advocatícios sucumbenciais. (...) **Há situações em que, mesmo não sucumbindo no plano do direito material, a parte vitoriosa é considerada como geradora das causas que produziram o processo e todas as despesas a ele inerentes.**(...) 'O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o sucumbente é considerado

⁴ Note-se, porém, que a Corte Especial do STJ, no EAREsp 1.766.665 (DJ 03/04/2024), decidiu, por maioria apertada, que embora a multa por descumprimento de decisão judicial possa ser alterada ou até excluída a qualquer momento, uma vez feita a alteração, no entanto, não serão lícitas novas e sucessivas revisões, sob pena de estimular a recalcitrância. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que inaugurou a divergência, defendeu que a decisão que altera o valor da multa diária deve ter efeitos prospectivos, de modo que o valor acumulado não deve ser alterado. Ademais, destacou que "só tem direito à redução da multa aquele que abandona a recalcitrância. Trata-se de espécie de sanção premial, consequência jurídica positiva para estimular o comportamento indicado pela norma legal, independentemente de sua natureza". Afirma, ainda, que "uma vez fixada a multa, é possível alterá-la ou excluí-la a qualquer momento. No entanto, uma vez reduzido o valor, não serão lícitas sucessivas revisões ao talante do inadimplente recalcitrante, sob pena de estimular e premiar renitência sem justa causa." A Ministra Nancy Andrighi, a seu turno, defendeu que o valor da multa ou o montante total acumulado podem ser seguidamente alterados, porém, "a mudança sem uma circunstância superveniente que a justifique não deve ser admitida". No referido julgado, apontou-se que não há ofensa à tese fixada no Tema 706 de Recursos Repetitivos ("a decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada"), uma vez que no Tema 706 fixou-se a não incidência da preclusão temporal, o que não se confunde com a preclusão consumativa.

⁵ NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 47 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 542.

responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. **O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide**⁶(Original sem os grifos)

Portanto, **se a pretensão executória relativa à multa cominatória é deduzida em conformidade com o título executivo judicial**, a redução das astreintes, de ofício ou a requerimento do executado, não legitima a incidência de honorários de sucumbência em desfavor do exequente, em face do princípio da causalidade, que, in casu, deve prevalecer sobre o princípio da sucumbência.

Com efeito, se o devedor deixou de cumprir oportunamente a obrigação que lhe foi imposta, dando ensejo à propositura do cumprimento de sentença, não pode, desta forma, se beneficiar de sua recalcitrância.

Deveras, pensar de forma diversa penalizaria duplamente a parte credora, que suportaria a redução de seu crédito e ainda o ônus de responder pela verba de patrocínio.

Em igual diretriz, colham-se os seguintes arestos do c. Superior Tribunal de Justiça, aplicáveis, *mutatis mutandis*, à hipótese.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. **A orientação perfilhada pela Segunda Seção desta Corte, em atenção ao princípio da causalidade, é no sentido de que a parte credora, em situações como a da espécie, não pode ser duplamente prejudicada pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, quando da extinção da execução suspensa com base no art. 791, III, do CPC/1973 (tanto pela frustração do crédito, quanto pela condenação ao pagamento de honorários de sucumbência).**(...)⁷
(Original se os grifos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO EM DESFAVOR DO EXEQUENTE. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Execução de título extrajudicial fundada em cédula de crédito bancário.

2. **Em face do princípio da causalidade, não se justifica a imposição de sucumbência ao exequente, frustrado em seu direito de crédito, em razão de prescrição intercorrente. Isso porque quem deu causa ao ajuizamento da execução foi o devedor que não cumpriu a obrigação de satisfazer dívida líquida e certa. A causalidade diz respeito a quem deu causa ao ajuizamento da execução - no caso, o devedor que deixou de satisfazer espontaneamente a obrigação - não tendo relação com a causa que ensejou a decretação da prescrição intercorrente (inação do credor durante o prazo prescricional).** Precedentes.

3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido^{8 e 9} (Original sem os grifos).

⁶ STJ - REsp 1835174/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 11/11/2019.

⁷ STJ - AgInt no AREsp 1690978/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/04/2021, DJe 23/04/2021.

⁸ STJ - AgInt no AREsp 1804806/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2021, DJe 12/08/2021.

⁹ No mesmo sentido: STJ - REsp 1545856/CE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 15/12/2020; e STJ AgInt no AREsp 1744415/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma,

Aliás, tal entendimento tem sido corroborado pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios, consoante se deduz dos seguintes precedentes erigidos em casos análogos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE IMPUGNAÇÃO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REDUÇÃO DA MULTA. CABIMENTO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EXCLUSÃO DAS ASTREINTES DO CÁLCULO DA VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.** AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

5 - **Por fim, merece acolhida a irresignação recursal, na parte relativa aos honorários advocatícios, "proporcionalmente, fixados em 10% do proveito econômico 1 obtido". Havendo o julgador reduzido o valor total da multa aplicada à CEF, não se afigura legítimo que tal redução seja computada como sucumbência, em desfavor da parte adversa, em observância ao princípio da causalidade. Assim, deve ser desconsiderada da base de cálculo da verba honorária o valor das astreintes.**

6 - Agravo de Instrumento parcialmente provido. (TRF-2 - AG: 00105991020174020000 RJ 0010599-10.2017.4.02.0000, Relator: Flavio Oliveira Lucas, Data de Julgamento: 06/11/2017, Vice-Presidência). (Original sem os grifos).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **EXECUÇÃO DE ASTREINTES. POSTERIOR REDUÇÃO POR ESTA COLENDIA CÂMARA, JÁ NO CURSO DO CUMPRIMENTO, EM RAZÃO DE EXCESSIVIDADE DO MONTANTE CONSOLIDADO. CONSAGRAÇÃO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE, PAUTANDO-SE NA SOBREDITA REDUÇÃO, RECONHECEU EXCESSIVIDADE E CONDENOU O EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. EXEQUENTE QUE NÃO DEU CAUSA A QUALQUER COBRANÇA EXCESSIVA.** REDUÇÃO DO VALOR EXECUTADO QUE SE DEUTÃO SOMENTE POR ALTERAÇÃO, POR ESTA CORTE, DAS ASTREINTES FIXADAS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. DECISÃO REFORMADA. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA REJEITADOS. RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - AI: 20114284720208260000 SP 2011428-47.2020.8.26.0000, Relator: VitoGuglielmi, Data de Julgamento: 12/03/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2020). (Original sem os grifos)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES. JUÍZO DE EQUIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO ILEGÍTIMA DO EXEQUENTE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA INDEVIDOS. DECISÃO MANTIDA.**

I. **A redução da multa consolidada, em razão do juízo de equidade autorizado no artigo 537, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, não traduz reconhecimento de excesso de execução, consoante a inteligência do artigo 917, § 2º, do referido diploma legal.**

II. **Se a pretensão executória é deduzida em conformidade com o título judicial, a redução das astreintes, de ofício ou requerimento do executado, não legitima a incidência de honorários de sucumbência.**

III. Agravo de Instrumento desprovido. (TJ-DF 07104749020188070000 DF 0710474-90.2018.8.07.0000, Relator: James Eduardo Oliveira, Data de Julgamento: 10/04/2019, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/05/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.). (Original sem os grifos)¹⁰.

julgado em 31/05/2021, DJe 01/07/2021.

10 Ainda no mesmo sentido: TJ-SP - AI: 20817067320208260000 SP 2081706-73.2020.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de julgamento: 27/08/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/08/2020; TJ-RJ - APL: 01537721020028190001, Relator: Des(a). José Roberto Portugal Compasso, Data de Julgamento: 23/10/2018, Nona Câmara Cível; TJ-PR - AI: 00414102220208160000 PR 0041410-22.2020.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargador Prestes Mattar, Data de Julgamento: 07/12/2020, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/12/2020; TJPR - 8ª C. Cível - 0064159-67.2019.8.16.0000, Rel.: Desembargador Mário Helton Jorge - J. 24.08.2020; TJ-SC - AI: 40066736820188240000 Chapecó 4006673-68.2018.8.24.0000, Relator: Rosane Portella Wolff, Data de Julgamento: 11/07/2019, Primeira Câmara de Direito Civil.

Para além disso, conforme acentuou o Voto Condutor do e. **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, do c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento REsp. 1840693/SC:

Esta Corte Superior já decidiu que "as astreintes, por serem um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não ostentam caráter condenatório, tampouco transitam em julgado, o que as afastam, na vigência do CPC/1973, da base de cálculo dos honorários advocatícios" (REsp nº 1.367.212/RR, Rel. Ministro Ricardo Villas BôasCueva, Terceira Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 1º/8/2017). **Assim, se não são devidos honorários advocatícios sobre a multa cominatória, não deve ela servir de parâmetro para a fixação de honorários na hipótese de acolhimento, ainda que parcial, da impugnação do credor que visa apenas à redução do valor das astreintes**¹¹. (Original sem os grifos)

Em igual diretriz, destaque-se, ilustrativamente, o seguinte aresto da Corte de Uniformização da Jurisprudência em Matéria Infraconstitucional – STJ:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASTREINTES. REVISÃO. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS ARTS. 11 E 489 DO CPC/2015. PRECLUSÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE ALCANCE NORMATIVO DOS ARTIGOS INDICADOS. SÚMULA N. 284/STF. ART.927, III, DO CPC/2015. IMPERTINÊNCIA TEMÁTICA. SÚMULA N. 284/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. VALOR DAS ASTREINTES. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.SÚMULA N. 83/STJ. **HONORÁRIOS. MULTA COMINATÓRIA. BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ.** FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. DECISÃO MANTIDA.

(...)

10. Conforme a jurisprudência do STJ, "as astreintes, por serem um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não ostentam caráter condenatório, tampouco transitam em julgado, o que as afasta da base de cálculo dos honorários advocatícios" (AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.360.879/PI, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe 25/3/2021), **o que impede o arbitramento de verba honorária sucumbencial sobre a parcela das astreintes afastada em segunda instância.**

(...)

13. Agravo interno a que se nega provimento^{12 e 13}. (Original sem os grifos)

¹¹ STJ - REsp 1840693/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 29/05/2020.

¹² STJ - AgInt no AREsp 1417586/DF, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 31/05/2021, DJe 07/06/2021.

¹³ Ainda no mesmo sentido: STJ - AgInt nos STJ - AgInt nos EDcl no AREsp 1119439/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 27/09/2019; e EDcl no AREsp 1119439/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 27/09/2019; e STJ - AgInt no REsp 1595679/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 23/02/2018; STJ - AgInt no AREsp: 1747819 RS 2020/0215908-0, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 26/04/2021, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 29/04/2021; STJ - AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1360879/PI, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021; e STJ - AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1360879/PI, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021.

No mesmo diapasão, eis os seguintes escólios extraídos da jurisprudência das Cortes Estaduais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO – REDUÇÃO DAS ASTREINTES – SUCUMBÊNCIA – BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Da e. Corte Cidadã: “A jurisprudência desta Casa é iterativa no sentido de que a decisão que comina a multa não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante” (AgInt no AREsp 1205869/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 14/06/2018). **2. Porque não integram a condenação referente ao mérito da causa, as astreintes tampouco integrarão a base de cálculo alusiva aos honorários advocatícios da condenação derivada da respectiva impugnação ao cumprimento de sentença.**¹⁴. (Original sem os grifos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. **IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES.** (...) Há, pois, manifesta desproporção no valor das astreintes, que vai redimensionado para R\$ 2.000,00 por evento (desconto) procedido após a intimação da decisão que determinou a cessação dos descontos no benefício da agravada. **Além disso, as astreintes não têm caráter condenatório, constituindo meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, com o que não integram a base de cálculo dos honorários sucumbenciais.** Procedência parcial da impugnação ao cumprimento de sentença. Agravo de instrumento provido em parte¹⁵. (Original sem os grifos)

De arremate, impende colacionar precedente da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco nesse mesmo vértice:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PARA REDUZIR A MULTA COMINATÓRIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I - Se a pretensão executória é deduzida em conformidade com o título judicial, a redução das *astreintes*, de ofício ou a requerimento do executado, não legitima a incidência de honorários de sucumbência, em face do princípio da causalidade. Precedentes.

II - Ademais, conforme o Voto Conductor do e. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, do c. STJ: “*se não são devidos honorários advocatícios sobre a multa cominatória, não deve ela servir de parâmetro para a fixação de honorários na hipótese de acolhimento, ainda que parcial, da impugnação do credor que visa apenas à redução do valor das astreintes*”. (STJ - REsp 1840693/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 29/05/2020).

III – À unanimidade de votos, os Embargos de Declaração foram acolhidos para, suprimindo a omissão e emprestando-lhes efeitos infringentes, exonerar o exequente do pagamento da verba de patrocínio decorrente do parcial acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença manejado pela Fazenda Pública objetivando a redução do valor das *astreintes*¹⁶.

Importa destacar, contudo, que embora esta seja a regra geral, há situações que justificam a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, justamente em

14 TJ-PR - AI: 00544158220188160000 PR 0054415-82.2018.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargador Domingos Ribeiro da Fonseca, Data de Julgamento: 23/08/2019, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/08/2019.

15 TJRS - Agravo de Instrumento, Nº 70075684456, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 28-02-2018.

16 TJPE - Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 0006843-98.2020.8.17.9000, 1º Câmara de Direito Público, Relator: Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira, julgado em: 29.03.2021.

aplicação do princípio da causalidade. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que a redução das astreintes ocorre em razão de excesso de execução, quando o exequente apresenta cálculos em **evidente dissonância** com o que foi estabelecido na ordem judicial executada, ou seja, **em manifesta desconformidade com o título judicial**.

Em síntese, na esteira da jurisprudência dos Tribunais pátrios, ressoa evidente que a redução das astreintes, de ofício pelo julgador ou em decorrência de requerimento do executado, não legitima a aplicação de honorários de sucumbência em desfavor do exequente, quer seja em razão do princípio da causalidade, quer seja em virtude do fato de que a multa cominatória constitui mecanismo coercitivo do Estado-Juiz para fazer cumprir suas decisões, não ostentando, portanto, caráter condenatório, o que afasta a sua incidência na base de cálculo da verba de patrocínio.

Referências

BRASIL. Lei Ordinária Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. (Código de Processo Civil).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1835174/MS. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019. **DJe** 11/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1690978/MS. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/04/2021, **DJe** 23/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1804806/PR. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2021, **DJe** 12/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1545856/CE. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/12/2020, **DJe** 15/12/2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1744415/MS. Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 31/05/2021, **DJe** 01/07/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1840693/SC. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, **DJe** 29/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1417586/DF. Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 31/05/2021, **DJe** 07/06/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos STJ - AgInt nos EDcl no AREsp 1119439/SP. Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, **DJe** 27/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp 1119439/SP. Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, **DJe** 27/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1595679/DF. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/02/2018, **DJe** 23/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 1747819 RS 2020/0215908-0. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 26/04/2021, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: **DJe** 29/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1360879/PI. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/03/2021, **DJe** 25/03/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI: 20817067320208260000 SP 2081706-73.2020.8.26.0000**. Relator: Silvério da Silva, Data de julgamento: 27/08/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/08/2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AI: 00414102220208160000 PR 0041410-22.2020.8.16.0000 (Acórdão)**. Relator: Desembargador Prestes Mattar, Data de Julgamento: 07/12/2020, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/12/2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **TJPR - 8ª C.Cível - 0064159-67.2019.8.16.0000**. Rel.: Desembargador Mário Helton Jorge – J. 24.08.2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AI: 00544158220188160000 PR 0054415-82.2018.8.16.0000 (Acórdão)**. Relator: Desembargador Domingos Ribeiro da Fonseca, Data de Julgamento: 23/08/2019, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/08/2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. 1º Câmara de Direito Público. **ED em AI nº 0006843-98.2020.8.17.9000**. Relator: Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira, julgado em: 29.03.2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **APL: 01537721020028190001**. Relator: Des(a). José Roberto Portugal Compasso, Data de Julgamento: 23/10/2018, Nona Câmara Cível.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI nº 70075684456**. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 28-02-2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI: 40066736820188240000..2018.8.24.0000**. Relator: Rosane Portella Wolff, Data de Julgamento: 11/07/2019, Primeira Câmara de Direito Civil.

FERREIRA, Matheus da Silva. **A efetividade da astreinte e a expedição de ofício como meio de substituição à imposição da multa periódica**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/17638>. Acesso em: 28 abr. 2024.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 47 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Francisco Soliman
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE: LIMITES E POSSIBILIDADES

INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE: LIMITES E POSSIBILIDADES

HOUSEHOLD AND FLAGRANT INVIOLABILITY IN PERMANENT CRIME: LIMITS AND POSSIBILITIES

Francisco Soliman

Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul, titular da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Costa Rica. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor convidado da Escola da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS) e Formador da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (EJUD/MS). Formador registrado no Banco Nacional de Formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

Juíza de Direito no Estado do Rio Grande do Norte, atualmente auxiliando a Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro com Estágio Doutoral na Universidad de Castilla-La Mancha. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista pelo Programa de Capacitação em Poder Judiciário/MBA pela Fundação Getúlio Vargas Direito/Rio.

RESUMO

O estudo objetiva avaliar, sob o viés teórico e jurisprudencial, os limites e as possibilidades da discricionariedade policial relacionada à entrada forçada em domicílio, sem prévia ordem judicial, a pretexto de flagrante delito de crime permanente, revelando as dificuldades práticas, as distorções na interpretação da norma que se extrai do art. 5º, XI, da Constituição Federal, e as consequências jurídicas decorrentes de ilegalidades ocorridas nesse contexto. Partindo da evolução jurisprudencial sobre o tema, notadamente após o precedente qualificado do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário 603.616/RO (repercussão geral – Tema 280) –, dos diversos e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, e com alicerce na doutrina, o estudo traça parâmetros para análise dos casos práticos, como forma de harmonizar o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio com a repressão criminal. Finalizando, a pesquisa conclui que a ação policial incursiva em domicílio, na hipótese de flagrante de crime permanente, necessita estar amparada em elementos de informação objetivos e concretos, derivados dos pressupostos de fato da situação verificada, adequadamente materializados, sinalizadores de que *a investigação possível*, ante a natural urgência, permitiu a prévia visualização da situação flagrancial no interior da casa, viabilizando, assim, o controle judicial de legalidade *a posteriori*.

Palavras-Chave: Inviolabilidade domiciliar. Flagrante. Crime permanente. Parâmetros.

ABSTRACT

The study aims to evaluate, from a theoretical and jurisprudential lens, the limits and possibilities of police discretion related to forced entry into a home, without previous court order, under the pretext of flagrante delicto of permanent crime, revealing the practical difficulties, distortions in the interpretation from the norm extracted from art. 5, XI, of the Federal Constitution of Brazil, and the legal consequences arising from illegalities occurring in this context. Based on the jurisprudential evolution on the subject, notably after the qualified precedent of the Federal Supreme Court - Extraordinary Appeal 603.616/RO (general repercussion - Theme 280) -, the various and recent judgments of the Superior Court of Justice, and based on doctrine, our study outlines parameters for the analysis of practical cases, as a way of harmonizing the fundamental right to home inviolability with criminal repression. Finally, we conclude that the incursive police action at home, in the event of a permanent crime, needs to be supported by objective and concrete information elements, derived from the factual assumptions of the verified situation, properly materialized, signing that the investigation as possible, given the natural urgency, allowed the prior visualization of the flagrant situation inside the house, thus making possible the judicial control of legality a posteriori.

Keywords: Home inviolability. Flagrante delicto. Permanente crime. Parameters.

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à inviolabilidade de domicílio encontra contenção no flagrante delito. Se há crime em curso no interior de uma casa, qualquer do povo pode – e os agentes estatais devem – ingressar no domicílio alheio, ainda que forçadamente, para reprimir o comportamento ilícito, e conseqüentemente, aprisionar o autor do fato.

A interpretação desta exceção à cláusula de proteção da casa, entretanto, revela especial complexidade em situações de flagrante delito em crimes permanentes. Com efeito, se inexistente dúvida de que, na hipótese, a entrada forçada em domicílio, sem prévia autorização judicial, encontra-se autorizada a qualquer momento, considerando que a situação flagrancial se protraí no tempo, o mesmo não se pode dizer em relação aos parâmetros, critérios e limites da discricionariedade policial relacionada a essa diligência, levantando acalorados debates, principalmente em âmbito jurisprudencial, quanto à legitimidade da medida invasiva e, por conseguinte, da licitude das provas e elementos de informação obtidos.

A inviolabilidade de domicílio, por certo, não pode servir de blindagem à prática de infração penal, entretanto, simplesmente franquear a entrada forçada pelos agentes policiais, com

lastro em mera suspeita de crime permanente em curso no interior da casa, pode conduzir a arbitrariedades, e ainda, inviabilizar o controle judicial de legalidade.

É nessa problemática que o presente estudo se desenvolve. Objetiva-se demonstrar os limites e as possibilidades da entrada forçada em domicílio, sem prévia ordem judicial, a pretexto de flagrante de crime permanente, mediante análise teórica e jurisprudencial, no escopo de propor parâmetros de análise em casos práticos que permitam harmonizar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, densificando sua normatividade, e a efetividade na repressão criminal, fomentando a segurança jurídica no tratamento desta matéria.

Sob esta perspectiva, inicialmente, o estudo delinea os contornos do direito à inviolabilidade domiciliar, destacando sua essencialidade ao desenvolvimento da pessoa humana, para, em seguida, abordar a problemática envolvendo a relativização desse direito fundamental diante de flagrante delito de crime permanente. Seguindo, em análise à evolução jurisprudencial do tema, e com alicerce na doutrina, apresentam-se as exigências mínimas para fins de conferir legitimidade às ações policiais em domicílio sem prévia ordem judicial, com especial enfoque no desvelamento da causa provável, e os dilemas e distorções que ocorrem na interpretação da norma constitucional, normalmente em busca de maior eficiência na repressão, comprometendo a integridade das provas e elementos de informação angariados.

Por derradeiro, propõe-se o equilíbrio interpretativo, à luz da razoabilidade, como solução do aparente impasse, estabelecendo-se o *standard* probatório (ou protocolo mínimo) necessário para conferir legalidade à ação policial que se desenrola no contexto em estudo, e por conseguinte, a licitude das provas e/ou elementos de informação obtidos, permitindo o escrutínio, pelo Poder Judiciário, dos procedimentos adotados na operação realizada.

1 BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À INVIOLABILIDADE DOMICILIAR

A Constituição Federal de 1988, seguindo a evolução e a consolidação dos direitos humanos em âmbito internacional, e a própria tradição constitucionalista brasileira¹, estabeleceu no art. 5º, XI, que “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*” (BRASIL, 1988).

¹ A evolução histórica da cláusula de inviolabilidade domiciliar no direito internacional e nas Constituições brasileiras encontra-se bem delineada no Voto do Min. Gilmar Mendes (STF), Relator do Recurso Extraordinário 603.616/RO (BRASIL, 2016), e nos artigos de Branco (2004, p. 65/66), de Sarlet e Weingartner Neto (2013, p. 545/546), e de Machado (2014, p. 137/138), os quais aludem que todas as Constituições brasileiras contiveram expressa previsão do direito à inviolabilidade de domicílio.

Trata-se do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, nitidamente conectado à dignidade da pessoa humana, que assegura um espaço físico para que o indivíduo desfrute da privacidade, e ali, possa gozar da tranquilidade da vida íntima sem intromissão de terceiros (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 480). Como ensinam Sarlet e Weingartner Neto (2013, p. 547), esse direito é “(...) *atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz (...)*, expressando, desse modo, típica manifestação da liberdade civil, “(...) *sem a qual o ser humano não poderia exercer sua privacidade de forma plena, sem a qual não poderia, enfim, afirmar-se como indivíduo diante da sociedade e do Estado*”, conforme alerta Machado (2014, p. 138).

No escopo de conferir máxima efetividade (SARLET, 2005, p. 270) a esse direito fundamental, há certo consenso na doutrina no sentido de que se deve privilegiar um conceito elástico do termo “casa”, assim compreendido como projeção espacial da pessoa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 481), de modo a alcançar todo e qualquer “(...) *espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (...)*” (SARLET E WEINGARTNER NETO, 2013, p. 548). Entende-se a expressão “casa”, juridicamente, como um reduto privativo da pessoa.

A compreensão jurisprudencial não é diferente. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacificado no sentido de que a proteção constitucional visa “a) *qualquer compartimento privado habitado, b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade*”, conforme se extrai de decisão proferida no MS-MC 23.595 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 480).

Nesse raciocínio, as menções na legislação infraconstitucional sobre casa ou domicílio, a saber, art. 150 do Código Penal (BRASIL, 1940), arts. 245, 246, 248, 283 e 293, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e arts. 70 a 78 do Código Civil (BRASIL, 2002), devem ser interpretadas com a amplitude sustentada pela doutrina e corroborada pela jurisprudência.

Não obstante, como sói ocorrer em relação aos demais direitos fundamentais, à luz do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (MORAES, 2005, p. 28), seu espectro de proteção não é absoluto. E na hipótese, o próprio constituinte originário, no âmbito do art. 5º, XI, da Carta Magna (BRASIL, 1988), ao normatizar o direito, também delimitou as situações autorizativas de afastamento episódico da inviolabilidade domiciliar: a) consentimento do morador; b) flagrante delito; c) prestar socorro; d) determinação judicial.

As exceções mencionadas ensejam debates, e até mesmo, divergência de interpretação, contudo, é indene de dúvida que a situação de flagrante delito traduz especial repercussão, sendo este o enfoque do presente estudo, notadamente em relação aos crimes perma-

mentes, na busca de parâmetros interpretativos capazes de harmonizar as necessidades da repressão dos delitos dessa estirpe com a preservação do direito fundamental envolvido.

2 FLAGRANTE DELITO E INVIOLABILIDADE DOMICILIAR: A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO OS CRIMES PERMANENTES

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no art. 302, I a IV, considera em flagrante delito quem: I) está cometendo a infração; II) acaba de cometê-la, III) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração; e logo antes, no art. 301, preceitua que qualquer pessoa *pode*, e as autoridades policiais *devem*, prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Portanto, se tais situações ocorrerem no interior da casa, qualquer pessoa ou agente público está autorizado a ingressar e prender em flagrante o autor da infração penal.

Se em relação às duas primeiras hipóteses (incisos I e II), classificados pela doutrina como flagrante próprio (AVENA, 2021, p. 993), dúvida não há quanto a pertinência à exceção prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que possibilita o ingresso em domicílio sem prévia ordem judicial para prisão do autor da infração penal, o mesmo não se pode dizer em relação às demais situações (incisos III e IV).

Para Machado (2014, p. 150), considerando que as limitações de direitos fundamentais devem ter sempre interpretação restritiva, visto que a liberdade das pessoas deve preponderar à intervenção do Estado, “(...) a violação domiciliar só poderia ocorrer em casos excepcionais, ou seja, nos casos de flagrante próprio, quando possível verificar diretamente a prática do crime (...)”. O referido articulista, apoiado nas lições de Hélio Tornaghi (*apud*, MACHADO, 2014, p. 150), assinala que, em verdade, somente os casos previstos no art. 302, I e II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), é que podem ser considerados verdadeiramente flagrante, e assim, legitimar a relativização da inviolabilidade domiciliar, considerando que nas demais hipóteses o legislador apenas presumiu a existência do flagrante a partir de ficções jurídicas.

Esse entendimento, embora apoiado por abalizada doutrina, a exemplo de Nucci (2014, p. 677) e Badaró (2021, p. 1.169), encontra substancial resistência de outros doutrinadores, e não se mostra majoritário no âmbito da jurisprudência dos tribunais pátrios.

Na lição de Lima (2022, p. 694), “(...) se a Constituição Federal estabelece que é possível o ingresso em domicílio nas hipóteses de flagrante delito, deve se extrair do estatuto processual penal o conceito de flagrância (CPP, art. 302, I, II, III e IV) (...)”, posição que encontra esteio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se pode observar, por exemplo, no HC 10.899/GO, de relatoria do Min. Gilson Dipp (BRASIL, 2001).

O raciocínio desta corrente de entendimento considera que, admitindo-se a primeira forma de interpretação, a fuga do autor do fato para sua residência implicaria na impossibilidade da prisão em flagrante, mesmo após perseguição e diligências investigativas, cenário esdrúxulo, e que, por certo, não se enquadra no âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Sobre essa questão, aliás, adverte Lima (2022, p. 694): “(...) se interpretarmos que a fuga para residência seria inviabilizadora da prisão em flagrante, estar-se-ia criando uma hipótese de imunidade ao criminoso: bastaria, ao notar que está sendo perseguido, adentrar em uma residência para se eximir da prisão”.

Em complemento, o art. 303 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), dispõe que nos crimes permanentes, assim considerados “(...) aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado (...)” (TOLEDO, 2002, p. 146), entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Nesse caminhar, a previsão contida no art. 303 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), quando cotejada com o art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e com o art. 302, I a IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sob a ótica do entendimento majoritário referenciado nos parágrafos antecedentes, permite concluir que, em se tratando de crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, os agentes policiais (ou qualquer do povo) estão autorizados, a todo tempo, e independentemente de prévia autorização judicial, a ingressar em domicílio alheio e efetuar a prisão em flagrante do autor do fato.

Embora tal premissa seja verdadeira, diante da crescente busca por eficiência na repressão criminal, especialmente em relação ao tráfico de drogas, figura de destaque dentre os denominados crimes permanentes, verificou-se, ao longo dos anos, uma erosão da cláusula de defesa da casa, decorrente da naturalização da entrada forçada em domicílio pelas forças policiais, sem prévia ordem judicial, e no mais das vezes, sem investigação em curso, para fins de busca por entorpecentes, armas, bens subtraídos etc., e conseqüente prisão em flagrante do suspeito da prática delituosa, caso encontradas as provas do ilícito penal.

A discricionariedade dos agentes policiais, à luz do caso concreto, tornou-se a única baliza para a decisão pelo ingresso forçado em domicílio diante de qualquer suspeita de flagrante delito em crimes permanentes, e na medida em que a diligência fosse exitosa na localização de provas e/ou elementos de informação do ilícito penal, o procedimento era convalidado ante a situação de flagrância, considerando a exceção contida no art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e com aval de maciça jurisprudência.

Se, por um lado, tal postura ensejou maior rigor na repressão destes crimes, notadamente o tráfico de drogas e posse de armas, por outro lado também amplificou situações abusivas, suplantando o núcleo essencial do direito à inviolabilidade de domicílio, e praticamente

inviabilizando o controle judicial de legalidade, ainda que *a posteriori*, do procedimento de obtenção das provas e/ou elementos de informação. Em vista do resultado (combate ao crime), normalizou-se que os agentes policiais “tentassem a sorte”, seguindo a intuição, culminando na violação do direito de inúmeras pessoas, principalmente das classes menos favorecidas.

Essa problemática é exposta por Amaral (2012, p. 168):

[...] Ocorre que no contexto da invasão de domicílio acima citada, além de não se verificar in concreto qualquer forma de limitação contra o explícito ato de poder do Estado, em nome de uma falaciosa segurança social, se tem aceitado corriqueiramente tais condutas, como produto de uma filosofia moral pretensamente adequada, baseada no utilitarismo, já que os danos provocados pela intervenção no domicílio de populações vulneráveis sócio, econômica e culturalmente (repito: os pobres e estropiados de sempre) são aceitáveis diante dos ganhos no fortalecimento de um Estado-segurança. Contudo, aquele que tolera tal “procedimento padrão policial”, esquece-se que “numa ordem constitucional como a brasileira, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, o utilitarismo não configura filosofia moral adequada para lidar com os conflitos entre interesses privados e coletivos. Da mesma forma, esquece-se que “as sociedades que primam pelo respeito aos direitos humanos de seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados [...]

No mesmo rumo, Machado (2014, p. 146), alerta para a existência de um *script* seguido, invariavelmente, pelos órgãos policiais de todo o país, os quais se valem das mesmas justificativas para adentrar na casa suspeita: recebimento de denúncia anônima sem identificação mínima da origem, seguida de deslocamento até o local, visualização de pessoa entrando ou saindo do imóvel, ou de movimentação anormal, abordagem e oitiva daqueles recém-saídos, em via pública (normalmente usuários de drogas que afirmam ter comprado entorpecente lá). O ponto comum nessas situações, como refere o articulista, é que na maioria das vezes os policiais não veem a ocorrência do crime, mas apenas afirmam que tiveram o conhecimento, e assim, acreditam saber que na casa alvo da intervenção ocorre algum ilícito penal, contexto que consideram suficiente para a medida invasiva e toda sorte de truculências.

Segundo Machado (2014, p. 146/147), “(...) *os policiais invadem inúmeras casas, devassam com a privacidade de um incalculável número de cidadãos, arrebatando com direitos elementares das populações mais pobres, e nas hipóteses em que encontram o “flagrante”, o Poder Judiciário tem validado a prisão e a prova (...)*”, com espeque na permanência da prática ensejadora do flagrante, o que deturpa a interpretação do art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e reforça a seletividade do Direito Penal, pois tal forma de atuação, na maioria esmagadora das vezes, atinge casas pobres e regiões periféricas.

De acordo com Rosa (2014, p. 01/03), a violação da casa de pessoas pobres é rotineira, o que não se pode continuar tolerando, até porque os policiais conhecem a lei e sabem que não podem entrar na casa de ninguém, pobre ou rico, sem ordem judicial, ressalvada a

hipótese de flagrante próprio. Para este autor, se o ingresso em domicílio ocorreu de modo contrário ao Direito, eventual flagrante verificado se mostra ilegal, enfatizando que “(...) *não se podem tolerar violações de Direitos Fundamentais em nome do resultado, pois pelo mesmo argumento seria legítima a tortura, a qual, no fundo, não é tão diferente da ação iniciada exclusivamente por denúncia anônima, à margem da legalidade (...)*”.

A falta de critérios legais mais precisos para situações desse jaez, e de fundamentação robustecida nas decisões judiciais que enfrentam o tema, ao fim e ao cabo, proporcionaram o enfraquecimento do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, e além disso, escancaramento da seletividade do sistema penal (MACHADO, 2014, p. 158). Embora possível a entrada forçada em domicílio diante de flagrante de crime permanente, tal postura não pode ser admitida sem balizas mínimas que permitam a aferição da legalidade, mormente nos casos de flagrante impróprio e de flagrante presumido, assim classificadas pela doutrina as hipóteses regradas no art. 302, III e IV, do Código de Processo Penal (AVENA, 2021, P. 993).

3 A EXIGÊNCIA DE CAUSA PROVÁVEL DE CRIME PERMANENTE PARA O INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL

Na problemática em análise, por certo, não se pode conferir o mesmo tratamento jurídico à situação de flagrante de crime permanente dentro da casa e que foi visualizado pelo policial – é dizer, percebido sensorialmente –, a exemplo de uma extorsão mediante sequestro em pleno curso (art. 158, § 3º, do CP), do que aquele meramente intuído pelo policial, subjetivamente, a partir de meras suspeitas, como ocorre no tráfico de drogas, na modalidade “*ter em depósito*” (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), ou na posse irregular de arma de fogo (arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03). Na primeira situação, dúvida não há quanto legitimidade do ingresso no domicílio alheio, *ex vi* da interpretação *contrario sensu* do art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao passo que, no contexto subsequente, a conclusão é oposta, haja vista que não embasada em elementos concretos que permitam o controle judicial de legalidade.

Como destaca Amaral (2012, p. 170), “(...) *não se discute que o ingresso em domicílio alheio, sem o consentimento do morador, deve ser feito em caso de crime permanente. O que aqui é pontuado é que isso não deve ocorrer em todo caso que houver mera suspeita de crime permanente*”. Nessa compreensão, somente situações emergenciais permitem a relativização da inviolabilidade domiciliar, mesmo no tocante ao flagrante delito de crime permanente, e desde que as circunstâncias fáticas, concreta e objetivamente, autorizem a ação policial.

Vale pontuar, nesse contexto, a reflexão de Amaral (2012, p. 170):

[...] Quando se referiu ao flagrante delito, o Constituinte o fez imaginando a situação clássica e usual do crime que está acontecendo e é revestido de especial gravidade. O

Constituinte não pensou nas hipóteses de flagrante permanente, mas, sim, naquelas situações em que a espera por um mandado judicial seria algo impossível e nada razoável, num contexto, aliás, muito próximo daquele em que se “presta socorro”.

Existem crimes permanentes que efetivamente não comportam qualquer espera pela autorização judicial para o ingresso no domicílio alheio, como por exemplo, o de extorsão mediante sequestro.

Mesmo no crime de tráfico de drogas podem ocorrer situações inúmeras onde a espera pelo mandado judicial é irrazoável. Seria o caso em que se sabe que haverá uma grande partida/saída das drogas em breve e a droga não permaneceria por muito tempo no imóvel. Ou seja: ou se ingressa desde logo na casa ou se perde a apreensão das drogas.

Contudo, existem situações onde é possível obter o mandado judicial pela ausência de suspeita de que o entorpecente não mais ficará no imóvel e a espera pela obtenção do mandado judicial é absolutamente razoável. Seriam ainda os casos em que existem diversas denúncias sobre a prática do tráfico em determinado imóvel, denúncias essas fortalecidas por investigações sob a forma de campanhas policiais, tudo dando a entender que é habitual a presença de drogas no imóvel e não há razão para temer que quando venha a se ingressar no imóvel, munido de mandado judicial, não haverá drogas lá. Pelo contrário, um mandado expedido com prazo de validade de alguns dias para ser cumprido, propicia ao policial aguardar pelo melhor momento para ingressar no imóvel, esperando o ensejo em que as suspeitas indiquem a existência de maior quantidade de drogas naquele local [...]

Apesar do alerta doutrinário, historicamente, a jurisprudência dos tribunais brasileiros validou a prática de entrada forçada em domicílio nos casos de flagrante de crime permanente, sem maior preocupação com os pressupostos de fato que conduziram à atuação policial, especialmente quando materializado o delito com a localização das provas e/ou elementos de informação do ilícito penal, conferindo reduzida força normativa ao direito à inviabilidade domiciliar. Dito de outro modo, bastava o crime em persecução ser de natureza permanente que estava justificada *ipso facto* a incursão policial em domicílio.

Na dicção de Corsetti (2021, p. 01), o direito fundamental em questão, “(...) *vem sendo mitigado incansavelmente pelos nossos tribunais, tão somente para conferir um caráter de licitude às provas angariadas no curso das investigações preliminares (...)*”.

Para Corsetti (2021, p. 01), em análise retrospectiva, a inviolabilidade de domicílio não possuía a força normativa que lhe é conferida na atualidade, principalmente quando em conflito com um flagrante de tipos penais permanentes, a exemplo do tráfico de drogas. Alerta que, antigamente, a jurisprudência não enxergava necessidade de demonstração de fundadas razões para validar a invasão, tampouco justificativa *a posteriori* indicando que na referida casa ocorria situação de flagrante, satisfazendo-se com o fato de o crime ser de natureza permanente.

No entanto, diante do frequente debate nos tribunais em situações concretas sobre a legalidade de prisões em flagrante de crimes permanentes mediante ingresso forçado em domicílio e da licitude das provas e/ou elementos de informação obtidos, em julgamento para-

digmático, o Supremo Tribunal Federal, no **Recurso Extraordinário 603.616/RO**, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em **repercussão geral**, julgado no dia 05/11/2015, publicado no DJ em 10/05/2016 (BRASIL, 2016), definiu a seguinte tese (**Tema 280**):

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. (grifo nosso)

No voto do relator Min. Gilmar Mendes, referendado pela maioria do Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, ficou delineado o cerne do problema, *in verbis*:

[...] Considerando o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, § 2º, do CP.

Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso na sua diligência. Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvende o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio.

Caso o policial não encontre a droga e venha a ser acusado criminalmente, transferir-se-á a escolha dramática para a fase de punição do agente público. A tese defensiva natural será o estrito cumprimento do dever legal putativo – o policial alegará que achava que havia um crime em andamento dentro da casa invadida.

Se rejeitar a defesa, o julgador pune um policial que acreditava estar cumprindo seu dever. Se acolher, aniquila a garantia da inviolabilidade de domicílio. Qualquer alegação por parte de policiais que tinham informação de que havia um crime em andamento afastaria a inviolabilidade domiciliar.

É nessa situação que nos encontramos atualmente.

Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia.

Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação [...]

Em alvissareira evolução da jurisprudência, desde então, fixou-se a interpretação de que adentrar em uma residência em caso de flagrante de crime permanente, exige-se causa provável – no direito norte-americano *probable cause* ou *exigent circumstances* –, previamente justificadas conforme o direito, e que sejam passíveis de controle judicial *a posteriori*, de modo que a constatação de situação de flagrância após o ingresso em domicílio não justifica a medida, competindo aos agentes estatais demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (*justa causa*) para a medida (BRASIL, 2016).

Nessa lógica, entende-se existente causa provável “(...) *quando os fatos e as circunstâncias permitiriam a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com base em elementos concretos, que um crime está sendo cometido no interior da residência (...)*” (LIMA, 2022, p. 694). A legalidade da incursão das forças policiais em domicílio, portanto, condiciona-se a um *standard* probatório comparável ao da busca e apreensão domiciliar, que pressupõe fundadas razões (art. 240, § 1º, CPP), ainda que mediante exigências mais modestas e, principalmente, compatíveis com o momento em vivência (LIMA, 2022, p. 694).

Na visão da doutrina, faz-se necessária a prévia visibilidade do flagrante delito para o ingresso em domicílio, devendo a polícia comprovar de que forma tomou ciência, antes da ação, da ocorrência de um crime permanente (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 574/575).

Sobre o tema leciona Rosa (2014, p. 01):

[...] De fato, o art. 303 do CPP autoriza a prisão em flagrante nos crimes permanentes enquanto não cessada a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior à violação de direito. *Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada.* Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “X”, bem como que “*acharam*” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente “*parecia*” que havia droga. É preciso que o flagrante esteja visualizado *ex ante*. Inexiste flagrante permanente imaginado. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente. A materialidade estará contaminada pelos frutos da árvore envenenada [...]

No mesmo sentido ensinam Sarlet e Weingartner Neto (2013, p. 554):

[...] Cremos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental – a inviolabilidade de domicílio – que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé. Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo.

Adiantamos, em estilo sumular, o parâmetro: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar “*ex ante*” situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca e apreensão [...]

A guinada de entendimento propiciada pelo precedente qualificado do Supremo Tribunal Federal, ainda que respaldada pela doutrina, não se mostrou suficiente para encerrar a controvérsia. Para FILIPPO (2015, p. 01), a Corte Suprema deveria ter estabelecido “(...) *parâmetros mais seguros à atividade policial, já que a expressão ‘fundadas razões’ é polissêmica e, na prática, corre-se o risco de encerrar noção meramente retórica, incapaz de inibir*

ações potencialmente abusivas (...)”, e de fato, na práxis forense, constata-se a manutenção da celeuma decorrente da (i)legalidade das ações policiais em domicílio diante de crimes permanentes e da (i)licitude das provas e/ou elementos de informação obtidos.

Essa situação, entretanto, não passou despercebida pelo Min. Gilmar Mendes no pre-citado julgado, porquanto anteviu, em seu voto, eventuais divergências em casos concretos, afirmando que demandariam esforço de concretização e interpretação, salientando, entretanto, que doravante, há possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultado, assegurando-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência de causa provável que justificasse a medida adotada (BRASIL, 2016, p. 18).

Não por outro motivo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça está debruçado sobre o tema, com diversas (e importantes) decisões², nitidamente com foco no estabelecimento de parâmetros objetivos para balizar os limites e as possibilidades de atuação policial em domicílio sem prévia ordem judicial, especialmente em situações de flagrante delito.

Assim, em que pese o avanço no tratamento da questão, há muito a desenvolver no sentido de encontrar uma proposição constitucionalmente adequada para, a um só tempo, preservar o núcleo essencial do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, sem transformar a casa em uma blindagem ao crime e ao criminoso, isto é, resguardar o respeito à Constituição Federal sem descuidar da necessidade de repressão aos delitos, em um cenário de segurança jurídica, que permita a própria efetividade do sistema de justiça penal.

4 ENTRE A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A EFICIÊNCIA NA REPRESSÃO CRIMINAL: DILEMAS, DISTORÇÕES E ILICITUDES

Em uma sociedade com altos índices de criminalidade e com baixa consciência coletiva sobre importância da afirmação dos direitos humanos e fundamentais, como no Brasil, emerge o anseio pela eficiência na repressão criminal, em fácil (e perigoso) discurso de que se deve conferir primazia ao resultado das operações policiais, pouco – ou nada – importando os meios e procedimentos adotados para tanto. É sedutor – à população que exige melhores níveis de segurança pública – o argumento de que existem “*cidadãos de bem*” e, em outra margem, “*subcidadãos*”, tidos como inimigos, os quais ameaçam o bem-estar coletivo, e ain-

² Somente no último ano (22/04/2021 a 22/04/2022), é possível constatar 71 (setenta e um) Acórdãos proferidos sobre o tema, consoante pesquisa pelos termos “flagrante” + “inviolabilidade” + “domicílio” + “crime permanente” no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON>). Além disso, tal questão está presente nos informativos de jurisprudência 623 (04/05/2018), 666 (27/03/2020), 678 (25/12/2020), 687 (08/03/2021), 715 (03/11/2021) e 725 (21/02/2022).

da assim, contam com o beneplácito do Poder Judiciário em detrimento das ações policiais realizadas.

Difunde-se a ideia de que “(...) *as garantias fundamentais sejam consideradas um entrave para a segurança, razão pela qual se susta que sua violação sistemática é indispensável na luta contra a criminalidade – no combate aos inimigos (...)*” (MACHADO, 2014, p. 159), em ilusão de que a relativização de direitos e garantias aumentará a segurança pública.

É nessa dicotomia que está o principal dilema envolvendo o direito à inviolabilidade domiciliar e a entrada forçada em domicílio diante de flagrante delito de crime permanente: numa ponta, o resguardo ao direito fundamental; noutra ponta, a repressão ao crime. Como desatar esse nó górdio? Conquanto se mostre legítimo aos órgãos de persecução penal investigar, apurar e punir os autores de crimes, os meios empregados devem seguir a trilha definida nas leis, nas convenções internacionais e na Constituição Federal.

Deste aparente conflito (direito fundamental vs. repressão criminal), nos casos concretos, evidenciam-se distorções na interpretação do art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mormente em relação ao flagrante delito de crime permanente, as quais vem sendo pontuadas e corrigidas pelo Poder Judiciário em controle *a posteriori* das ações policiais.

Machado (2014, p. 160) destaca a fundamentalidade desse papel exercido pelo Poder Judiciário, afinal, enquanto terceiro imparcial, deve efetivar os direitos fundamentais e limitar o poder punitivo do Estado, sem entronizar o momentâneo ímpeto social punitivo.

Nesse panorama, algumas diretrizes estão em avançada consolidação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao passo que outras ainda merecem acurada análise.

De largada, a **denúncia anônima**, ou seja, a notícia-crime não qualificada quanto a origem (MACHADO, 2020, p. 77), **quando isoladamente considerada**, não legitima o ingresso em domicílio alheio. Embora possa deflagrar a persecução penal mediante realização de diligências para averiguar os fatos noticiados, em prévia análise de plausibilidade, não serve para autorizar medida invasiva e que relativiza um direito fundamental. Esse foi o entendimento da Sexta Turma no HC 512.418/RJ, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro (BRASIL, 2019).

Outrossim, a **denúncia anônima, somada à fuga do acusado**, também não configura fundadas razões para, por si sós, autorizar o ingresso em domicílio diante de flagrante de crime permanente. É que sem prévia investigação policial, como visto, não se pode concluir pela veracidade da notícia-crime não qualificada, e nem mesmo que o repentino refúgio do suspeito em sua residência quando visualiza policiamento ostensivo, necessariamente, represente comportamento indicativo de delito em curso no interior do domicílio. Essa foi a posição da Sexta Turma no RHC 83.501/SP, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro (BRASIL, 2018) e da Quinta Turma no RHC 89.853/SP, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas (BRASIL, 2020).

No mesmo raciocínio, tem-se que a **mera intuição policial** não configura causa provável apta a autorizar a incursão em domicílio a pretexto de flagrante de crime permanente, cuja medida pressupõe elementos concretos – e não subjetivos – de ocorrência do crime. Assim decidiu a Sexta Turma no REsp 1.574.681/RS, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz (BRASIL, 2017).

Demais disso, pontuou a Corte Superior que o **anterior envolvimento do indivíduo com práticas criminosas**, em especial o tráfico de drogas, *de per se*, não justifica a entrada forçada em domicílio para coibir suposto flagrante de crime permanente. Entendimento contrário, certamente, aprofundaria a seletividade do sistema penal, etiquetando aqueles que já foram submetidos a investigações, ações penais ou cumprimento de pena, em contrassenso ao direito penal do fato. Decidiu, dessa maneira, a Quinta Turma no RHC 126.092/SP, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca (BRASIL, 2020).

Também restou esquadrihado que a **simples atitude suspeita** e o **nervosismo** demonstrado pela pessoa não formam o arcabouço necessário a caracterizar causa provável para legitimar a entrada forçada em domicílio em hipótese de flagrante de crime permanente. Esse foi o entendimento adotado pela Sexta Turma no AgRg no HC 702.210/RS, de relatoria do Min. Olindo Menezes, Des. Convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASIL, 2022).

Seguindo essa toada, em julgamento emblemático, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em março de 2021, no HC 598.051/SP, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz (BRASIL, 2021, p. 69), evoluindo a análise em vista de parâmetros para definir o *standard* de prova necessário para a legitimidade do ingresso em domicílio, assim concluiu:

[...] 1. Na hipótese de **suspeita de crime em flagrante**, exige-se, em termos de *standard probatório* para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de **fundadas razões** (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. 2. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial **se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada** [...] (grifo no original)

É preciso continuar avançando. Os tribunais brasileiros ainda admitem como demonstração da causa provável para o ingresso forçado em domicílio em virtude de flagrante de crime permanente depoimentos prestados pelos investigadores e/ou policiais (condutor e testemunhas) absolutamente iguais, em nítida transcrição (“ctrl+c/ctrl+v”) um do outro.

Sobre a questão, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no RESE 0000553-78.2021.8.12.0009, julgado em 30/09/2021, de relatoria do Des. Zaloar Murat Martins de Sou-

za (BRASIL, 2021), validou a incursão em domicílio com esteio exclusivo em depoimentos idênticos, asseverando que o caráter meramente informativo destes elementos não tem o condão de inquirir de nulidade a ação policial. No mesmo rumo decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no HC 5049146-72.2020.4.04.0000, julgado em 17/11/2020, de relatoria da Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani (BRASIL, 2020), e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no HC 0596881-96.2010.8.13.0000, julgado em 11/11/2010, de relatoria do Des. Cássio Salomé (BRASIL, 2010), registrando-se, nestas decisões, o valor probatório das declarações prestadas, porque harmônicas, e ainda, pela condição de servidores públicos dos depoentes.

Os depoimentos registrados desta forma não devem servir como elemento de informação para subsidiar o flagrante ou qualquer procedimento de persecução penal, afinal, representam a antítese da prova oral, desprezando sua essência, qual seja, a livre manifestação do depoente, que deve expor os fatos vivenciados conforme a própria compreensão. Não se trata de mero rigor metodológico, incompatível com a premência da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas essencialidade que sustenta a própria ação policial incursiva em domicílio.

A ausência de espontaneidade nas declarações de cada um dos policiais que participaram da diligência que culminou no ingresso em domicílio e no aprisionamento em flagrante do suspeito, por certo, prejudica o cotejo entre as versões das testemunhas do ato e, por conseguinte, fragiliza o controle judicial de legalidade *a posteriori* da ação empreendida.

Do mesmo modo, a denúncia anônima sem referencial sobre como foi obtida e de elementos que evidenciam sua confiabilidade não deve ser admitida para efeito algum no âmbito da persecução penal, menos ainda para subsidiar a entrada forçada em domicílio sem prévia ordem judicial. É que a simples afirmação de que “os policiais receberam denúncia anônima da prática do tráfico em domicílio X”, corriqueiramente contida nos autos de prisão em flagrante, impede qualquer forma de controle judicial acerca dos pressupostos de fato que ensejaram a decisão dos agentes policiais para o ingresso na casa do suspeito. E assim, sem possibilidade de controle, não pode admitir a relativização de um direito fundamental.

O Min. Rogério Schietti Cruz, no voto proferido no precitado HC 598.051/SP, esclarece que no direito norte-americano, os tribunais costumam exigir, para considerar válida e idônea a informação trazida por quem a fornece, mesmo que anônimo, dois requisitos: “a) *que ao juiz se forneçam dados que expliquem suficientemente como o informante a obteve*; b) *que ao juiz sejam ofertados elementos que deem suporte à veracidade e à confiabilidade da informação (...)*” (BRASIL, 2021, p. 22). Entende-se correta essa compreensão, e passível de acolhida pelo direito brasileiro, ante o art. 5º, IV, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

As distorções na interpretação do art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sob o argumento de pretensa elevação de rigor no combate à criminalidade, em verdade, faz ruir a persecução penal. Ocorre que a violação às regras e condições legais, convencionais

e constitucionais para a entrada forçada em domicílio a pretexto de flagrante delito de crime permanente resulta na ilicitude das provas obtidas e daquelas decorrentes em relação de causalidade, conforme art. 157, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Na prática, obtém-se a prisão em flagrante, apreendem-se os produtos ilícitos, bens ou objetos, porém, logo em seguida, o autor do fato tem sua liberdade restituída e permanece impune, considerando as invalidades verificadas no procedimento. Essa lógica irracional de resultado a qualquer custo acaba por aprofundar o sentimento de insegurança.

Sem prejuízo, além da nulidade dos atos praticados, os agentes públicos que realizaram a diligência ficam sujeitos à responsabilização penal (art. 150, § 3º, CP, e art. 22 da Lei 13.861/19), civil (reparação de danos) e administrativa (disciplinar). O próprio Estado, ademais, pode ser chamado a responder civilmente pelos danos causados pelo agente público.

Todas essas consequências estão expressamente delineadas na tese firmada em repercussão geral (Tema 280) pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 603.616/RO (BRASIL, 2016), e reverberam, com ainda mais clareza, em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do emblemático HC 598.051/SP (BRASIL, 2021).

5 O EQUILÍBRIO INTERPRETATIVO COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO

A perceptível mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, densificando o direito à inviolabilidade de domicílio, por outro lado, conduz à preocupação de excessiva proteção da residência, tornando-a como *locus* favorável à prática de infrações penais, o que não se mostra interpretação plausível da norma contida no art. 5º, XI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Veja-se, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça, em fevereiro de 2018, no AgRg no HC 423.838/SP, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior (BRASIL, 2018), validou o ingresso forçado em domicílio porque, ao chegar no local, os policiais constaram o nervosismo do suspeito, e já na entrada, sentiram forte odor de maconha, cenário tido como suficiente para ensejar fundadas razões para a ação invasiva. Todavia, o mesmo relator, em junho de 2020, no AgInt no HC 566.818/RJ (BRASIL, 2020), concluiu pela ilegalidade do ingresso em domicílio quando um cão farejador conduzido pelos policiais, ao passar em frente a determinada residência, sinalizou a existência de drogas, que foram encontradas e apreendidas, sob o fundamento de que inexistia prévia investigação. É nítida a disparidade de tratamento entre as situações, sintomática de certa irrazoabilidade no cenário interpretativo.

Tal como um pêndulo, a oscilação da jurisprudência entre extremos deve alcançar o ponto de equilíbrio, como forma de permitir a necessária segurança jurídica sobre o tema.

É o que defende Lima (2022, p. 697):

[...] Enfim, há de se buscar um ponto de equilíbrio na correta interpretação do art. 5º, XI, da Constituição Federal. É dizer, se, de um lado, não se pode admitir, como ocorria antes da decisão do STF no julgamento do RE 603.616, que a constatação ulterior da existência de situação de flagrante no interior de uma casa teria o condão de validar o ingresso por agentes estatais, ainda que levado a efeito sem a presença de justa causa, do outro, também não se pode exigir um *standard* probatório semelhante àquele necessário à expedição de um mandado de busca domiciliar para a constatação de uma das hipóteses de flagrante delito previstas no art. 302 do CPP, sob pena de se tornar letra morta a parte final do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, violando-se, ademais, o próprio princípio da proporcionalidade sob a ótica da vedação da proteção deficiente, porquanto o Estado estaria sendo coarctado na sua função de tutela de direitos fundamentais de proteção, como, por exemplo, a segurança pública [...]

É inegável que devem existir limites à atuação das forças policiais, justamente para que a discricionariedade típica da fase de investigação preliminar não se transforme em arbitrariedade, todavia, não se podem levantar barreiras ou critérios inflexíveis ou irrazoáveis, sob consequência de inviabilizar a repressão criminal. Como refere Machado (2014, p. 154), “(...) *Se por um lado a titularidade de um direito não é salvo-conduto para a prática impune de infrações penais, por outro hipóteses de relativização a direitos fundamentais não podem ser elásticos ao ponto de salvaguardar abusos e ilegalidades por parte do Estado (...)*”.

Nesse panorama, a evolução jurisprudencial, associada à doutrina, como visto neste estudo, aponta que a legitimidade da entrada forçada em domicílio, sem prévia ordem judicial, a pretexto de flagrante delito de crime permanente, ampara-se nos pressupostos de fato da situação vivenciada, aferidos objetivamente e devidamente justificados, que permitam demonstrar a visualização do flagrante previamente (*ex ante*) à incursão na casa.

Não se cuida de exigir *standard* probatório equivalente ao exigido para expedição de um mandado de busca domiciliar (art. 240, § 1º, do CPP), mas elementos de informação que guardem moderação e compatibilidade com as circunstâncias que circundam uma prisão em flagrante (LIMA, 2022, p. 698), amparados em fatos concretos, objetivos e atuais, passíveis de exteriorização e individualização (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, p. 559).

Em aprimoramento destes parâmetros, especialmente no tocante as situações de flagrante imperfeito e presumido de crimes permanentes – art. 302, III e IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) –, em que a emergência da intervenção é modulada pelas especificidades do caso concreto, os elementos de investigação que conduzem à conclusão pela ocorrência do delito na ambiência da casa e pela premente necessidade de ingresso imediato em domicílio devem estar adequadamente materializados para justificar a medida.

No atual momento, diante do manancial de possibilidades de materialização dos elementos de informação, é inconcebível que a investigação preliminar se fie apenas das declarações dos policiais que participaram da diligência invasiva. Com efeito, até mesmo com um

celular, é possível registrar em arquivo de mídia (fotos, vídeos e áudios) a movimentação e/ou conduta suspeita, sem contar câmeras de monitoramento públicas e privadas, cada vez mais presentes no cotidiano, além do que, no mais das vezes, é possível a formalização de relatório de investigação, registro de campanhas e do monitoramento do suspeito, de modo que a justificativa de desestruturação dos órgãos policiais não serve como explicação para a ausência de corporificação dos elementos de informação que subsidiam a ação policial.

Vê-se que o aparente impasse entre inviolabilidade de domicílio e flagrante delito em crime permanente desfaz-se a partir da ponderação, da razoabilidade, enfim, do equilíbrio entre a proteção do direito fundamental e a necessidade de repressão criminal com vistas à elevação dos níveis de segurança pública. Para alcançar esse ideal, mostra-se imperioso que a ação policial incursiva em domicílio seja amparada em elementos de informação objetivos, derivados dos pressupostos de fato da situação, e adequadamente materializados, sinalizadores de que a *investigação possível*, considerando a natural urgência da situação, permitiu a prévia visualização do flagrante delito em curso no âmbito da casa, com posterior encaminhamento de todos os elementos de informação amealhados para o controle judicial de legalidade.

CONCLUSÃO

O direito à inviolabilidade domiciliar, conquanto fundamental, não pode servir ao fomento de práticas criminosas no interior da casa ou de refúgio ao infrator, de maneira que constatada a situação de flagrante delito – inclusive nas modalidades impróprio e presumido – os agentes estatais encontram-se autorizados a ingressar no local e efetuar o aprisionamento do agente, independentemente de prévia ordem judicial, conforme estatui a Constituição Federal.

Em se tratando de crime permanente, cujo momento consumativo se expande no tempo enquanto não cessada a conduta tipificada como ilícito penal, o ingresso em domicílio pressupõe justificativa prévia conforme o direito, sob consequência de ilegalidade da diligência policial e de ilicitude das provas e elementos de informação encontrados, bem como daqueles derivados, sem prejuízo de responsabilização civil, penal e administrativa do agente público, e civil do Estado. A constatação do flagrante, posterior à invasão, não é suficiente para validação da medida adotada, pois do contrário, restaria inviabilizado o controle judicial de legalidade, devendo-se ressaltar que os procedimentos investigativos realizados anteriormente ao ingresso em domicílio, sem ordem judicial, é que subsidiam a legalidade da ação realizada.

Nesse contexto, meras suspeitas, contaminadas pelo subjetivismo e pelo ímpeto punitivista que domina o anseio coletivo, sem a devida e razoável investigação do fato, a exemplo de denúncia anônima, refúgio da pessoa em casa diante de policiamento ostensivo, nervosismo, histórico criminal ou infracional, intuição do investigador, entre outros, quando isoladamente considerados, são elementos que não autorizam a invasão domiciliar.

A harmonização entre a inviolabilidade domiciliar e a entrada forçada em domicílio, sem prévia ordem judicial, em caso de flagrante delito de crime permanente, está na consecução de um *standard* probatório (ou protocolo mínimo) que justifique a ação desenvolvida, comparável ao exigido para expedição de um mandado de busca domiciliar, porém, guardando moderação e compatibilidade com as circunstâncias que rodeiam o fato em vivência.

Pelo exposto, conclui-se que a legitimidade da ação policial que provoque intrusão em domicílio está condicionada à previa visibilidade do flagrante delito pelos responsáveis pela diligência, amparada em fatos concretos, objetivos, atuais, urgentes e passíveis de exteriorização e individualização, devidamente materializados (documentados) em elementos de informação pelos meios disponíveis, viabilizando o controle judicial *a posteriori*.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade de domicílio e flagrante de crime permanente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, p. 165-192, mar. 2012.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Método, 2021. 1461 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2021. 1.369 p.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2022

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de junho de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Habeas Corpus nº 566.818/RJ. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 16 de junho de 2020. **Diário da Justiça**, Brasília, 25 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 423.838/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 702.210/RS. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região). Brasília, DF, 29 de março de 2022. **Diário da Justiça**, Brasília, 01 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 10.899/GO. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, 23 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 126.092/SP. Relator: Ministro Reynaldo da Fonseca. Brasília, DF, 23 de junho de 2020. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 512.418/RJ. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 26 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, 03 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 598.051/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 02 de março de 2021. **Diário da Justiça**, Brasília, 15 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.574.681. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 30 de maio de 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 83.501/SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 06 de março de 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 89.853/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2020. **Diário da Justiça**, Brasília, 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 0000553-78.2021.8.12.0009. Relator: Des. Zaloar Murat Martins de Souza. Campo Grande, MS, 30 de setembro de 2021. **Diário da Justiça**, Campo Grande, 14 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 0596881-96.2010.8.13.0000. Relator: Des. Cássio Salomé. Belo Horizonte, MG, 11 de novembro de 2010. **Diário da Justiça**. Belo Horizonte, 01 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5049146-72.2020.4.04.0000. Relator: Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, RS, 17 de novembro de 2020. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 18 nov. 2020.

BRANCO, Tales Castelo. Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 14, p. 65-76, jul./dez. 2004.

CORSETTI, Christian. A inviolabilidade de domicílio como uma das expressões do direito à intimidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-10/corsetti-inviolabilidade-domicilio-direito->

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. STF não determinou em quais situações cabe invasão de domicílio sem mandado. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-19/thiago-filippo-stf-nao-determinou-situacoes-cabe-invasao-casa>. Acesso em: 16 abr. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1.247 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. 1.648 p.

MACHADO, Iuri Victor Romero. Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 135-166, mar. 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/16>. Acesso em: 09 abr. 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual de Inquérito Policial**. Belo Horizonte: CEI, 2020. 282 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 918 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1615 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1.421 p.

ROSA, Alexandre Morais da. O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso em: 02 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 464 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jaime. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 362 p.

Edison Tetsuzo Namba

PIX E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS BANCOS

PIX E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS BANCOS

PIX AND THE ACCOUNTABILITY OF BANKS

Edison Tetsuzo Namba

Professor da Faculdade de Direito de Santo André (FATEJ-FADISA). Juiz de Direito em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Docente Assistente da Área Criminal do Curso de Inicial Funcional da Escola Paulista da Magistratura - EPM (Concursos 177º, 178º, 179º e 180º). Docente Assistente da Escola Paulista da Magistratura Processo Penal – especialização). Docente convidado para bancas de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, na Faculdade de Direito da USP. Parecerista da Revista de Direito Público do Distrito Federal. Autor do livro Manual de bioética e biodireito, São Paulo: Lujur Editora, 3. ed. 2022.

RESUMO

O Pix é forma de pagamento instantânea, criada pelo Banco Central, e provoca mudança nos negócios jurídicos pela expectativa de rapidez e segurança nas operações bancárias, paradoxalmente, atrai a realização de infrações penais de toda ordem (furtos, roubos, sequestros relâmpagos e fraudes), causa reflexão sobre a responsabilização das instituições financeiras nessas ocorrências, já que estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Pix. Responsabilidade bancária. Código de Defesa do Consumidor, fortuito interno e externo.

ABSTRACT

The Pix is an instant payment method, created by the Central Bank, which causes changes in legal business due to the expectation of speed and security in banking operations, paradoxically, it attracts all kinds of criminal offenses (theft, robbery, lightning and fraud), which causes reflection on the accountability of financial institutions in these occurrences, as they are under the aegis of the Consumer Defense Code.

Keywords: Pix. Banking responsibility. Consumer protection code, internal and external fortuitous.

INTRODUÇÃO

O Pix é uma ideia inovadora do sistema financeiro brasileiro. Foi criado pelo Banco Central a fim de realizar-se pagamento instantâneo, com transferência de recursos entre contas em poucos segundos.

Ele foi lançado em 5.10.2020, é gratuito e caracteriza-se por ser um pagamento eletrônico. Seu funcionamento integral foi a partir de 16 novembro de 2020.

É uma opção para efetuar-se pagamento de contas e compras do dia a dia, fazer transferências e ainda receber pagamentos de forma instantânea, mesmo que realizada entre bancos diferentes, a operação é célere (<https://www.caixa.gov.br/pix/Paginas/default.aspx> Consulta em 30.9.2021).

Em razão dessa inovação, veicula-se pela imprensa que se formaram as denominadas “quadrilhas do Pix”, com o aumento significativo de sequestro-relâmpagos (<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58286706> Datado de 20.8.2021. Acesso em 30 set.2021).

A dúvida que se coloca é se há responsabilidade do banco que disponibiliza o Pix por crimes praticados em virtude da implementação do pagamento ora nomeado.

Para responder a esse questionamento far-se-á uma abordagem dos contornos do Pix, da responsabilidade bancária e se as instituições financeiras devem indenizar algum dano patrimonial ou moral.

1 PIX E SEUS CONTORNOS

O arranjo de pagamento do Pix e, igualmente, o Regulamento anexo sobre a disciplina do seu funcionamento foram regulamentados pelo Banco Central do Brasil (Resolução BCB nº 1º, de 12.8.2020 – DOU de 13 ago.2020, Edição 155, Seção 1, p. 44).

Pelo art. 3º da Resolução BCB 1 a participação no Pix é **obrigatória para as instituições financeiras** e para as instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil com mais de quinhentas mil contas de clientes ativas, consideradas as contas de depósito à vista, as contas de depósito de poupança e as contas de pagamento pré-pagas.

O Pix entrou em funcionamento de maneira restrita em 3.11.2020 e, em 16.11.2020, de maneira plena (art. 9º, incisos I e II).

Pelo Regulamento Anexo, nas definições (Capítulo III), no art. 3º, inciso XVII, **conceitua-se Pix** como arranjo de pagamentos instituído pelo Banco Central do Brasil que disciplina a prestação de serviços de pagamento relacionados a transações de pagamentos instantâneos e a própria transação de pagamento instantâneo no âmbito do arranjo.

No art. 3º, XI, explica-se que **pagamento instantâneo** é a transferência eletrônica de fundos, na qual a transmissão da ordem de **pagamento e a disponibilidade de fundos para o usuário recebedor ocorrem em tempo real** e cujo **serviço está disponível durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e em todos os dias do ano.**

O **usuário final** é a pessoa natural ou pessoa jurídica, de natureza privada ou pública, que utiliza o Pix como pagadora ou como recebedora (art. 3º, inciso XX). **Usuário pagador** é o usuário final que, em processamento do “Pix”, tem a sua conta transacional debitada (art. 3º, inciso XXI) e **usuário recebedor** é o usuário final que, no processamento do Pix, tem a sua conta transacional creditada (art. 3º, inciso XXII).

Outros conceitos são importantes para solução do problema.

O **participante** é a instituição financeira, a instituição de pagamento ou ente governamental que adere ao Regulamento do Pix e atende aos demais requisitos do processo de adesão ao arranjo (art. 3º, inciso XII); **participante contratante** é a instituição de pagamento que divulga o Regulamento ou instituição de pagamento com processo de autorização de funcionamento em curso que contrata os serviços do participante responsável, tratada no art. 3º, § 4º, da Resolução que divulga o Regulamento (art. 3º, inciso XIII); **participante liquidante** do SPI é o participante direto do SPI que presta serviço de liquidação de pagamentos instantâneos, em sua Conta PI, a **participante indireto do SPI**, podendo atuar como liquidante emissor ou como liquidante recebedor de pagamentos instantâneos (art. 3º, XIV); o **participante reivindicador** é o participante do Pix, no âmbito dos processos de portabilidade e de reivindicação de posse de chave Pix, para o qual o usuário final deseja transferir determinada chave Pix, com o objetivo de vincular a uma conta transacional mantida por esse participante (art. 3º, XV) e, por fim, o **participante responsável** é aquele o participante “Pix” que se responsabiliza pela atuação do participante contratante em aspectos relativos ao arranjo (art. 3º, XV).

Os arts. 37 a 39 trazem algumas medidas para evitar a transação fraudulenta ou criminosa.

“Art. 37. Os participantes do Pix somente poderão estabelecer limites de valor para as transações baseados em critérios de mitigação de riscos de fraude e de infração à regulação de prevenção à “lavagem” de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, não podendo esse limite ser inferior ao de instrumentos de pagamento com características similares às do Pix, nem consistir em limitação de uso do Pix, consideradas as características e o perfil do usuário pagador.

Art. 38. Uma transação no âmbito do Pix deverá ser rejeitada pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário pagador quando:

- I - o tempo para autorização de iniciação de transação exceder o tempo máximo para essa autorização, nos termos do Regulamento do SPI;
- II - houver fundada suspeita de fraude;
- III - houver suspeita de infração à regulação de prevenção à “lavagem” de dinheiro e ao financiamento do terrorismo;
- IV - houver problemas na autenticação do usuário pagador; ou
- V - envolver movimentação de recursos oriundos de usuários pagadores sancionados por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, na forma prevista na Lei nº 13.810, de 2019, e conforme disciplina própria editada pelo Banco Central do Brasil.

Art. 39. Uma transação no âmbito do Pix deverá ser rejeitada pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor quando:

- I - houver fundada suspeita de fraude; ou
- II - houver problemas na identificação do usuário recebedor.

As restrições são mínimas e não englobam os problemas pragmáticos que se encontram atualmente.

Em virtude deles, novas regras de segurança foram implementadas, tais como estabelecimento de um limite de R\$ 1 mil reais para operações entre pessoas físicas no período de 20 horas até 6 horas. Está sendo fixado um prazo mínimo de 24 horas e máximo de 48 horas para as instituições efetivarem pedido feito pelos clientes de aumento dos limites de transação. Os clientes poderão estabelecer limites transacionais diferentes no Pix para o dia e para a noite. Também poderão cadastrar contas habilitadas a receber transferências acima dos limites mais baixos estabelecidos para todas as demais transações. Os participantes do Pix poderão reter uma transação por 30 minutos durante o dia ou 1 hora durante a noite para análise do risco, com o devido alerta ao cliente. O Banco Central divulgou uma série de exigências para as instituições referentes à marcação no Diretório de Identificadores de Contas Transacionais (DICT) de contas suspeitas, buscando aumentar a consulta e o acesso a esses dados para coibir crimes. Ainda, informou que as instituições deverão compartilhar “tempestivamente” as informações sobre transações suspeitas com autoridades de segurança pública (<https://investnews.com.br/financas/novas-regras-do-pix-incluem-limite-de-r-1-mil-a-noite-veja-mais/>. Consulta em 30.9.2021).

Algumas outras foram idealizadas recentemente, na sua maioria, para vigorarem a partir de 16.11.2021 – art. 3º, incisos I e II (Resolução BCB nº 147, de 28.9.2021, que altera o Regulamento anexo à Resolução nº 1, de 12.8.2020, que disciplina o funcionamento do arranjo de pagamento Pix):

a) responsabilização por fraudes no Pix - art. 32, V, “responsabilizar-se por fraudes no âmbito do Pix decorrentes de falhas nos seus mecanismos de gerenciamento de riscos, compreendendo a inobservância de medidas de gestão de risco definidas neste Regulamento e em dispositivos normativos complementares”; **b) utilização de informações para maior segurança do Pix - art. 32, VII**. “utilizar as informações vinculadas às chaves Pix para fins de segurança do Pix, de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 59, como um dos fatores a serem considerados para fins de autorização e de rejeição de transações no âmbito do Pix”; **c) bloqueamento cautelar** pelo participante prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor quando houver suspeita de fraude (art. 39-B do Regulamento anexo). Esse bloqueio durará no máximo 72 horas (art. 39-B, § 4º); **d) iniciativa própria – Art. 41-C, inciso I**. “por iniciativa própria, caso a conduta supostamente fraudulenta ou a falha operacional tenham ocorrido no âmbito de seus sistemas, ou após bloqueio cautelar, caso o participante avalie que a transação tenha fundada suspeita de fraude” e **e) notificação de infração obrigatória** (art. 78-F), primordialmente.

As medidas protetivas são válidas, para amenizar a situação que passam os usuários do Pix, contudo, são tímidas. **Em sua essência, determinam que o cliente tenha cautela na utilização do serviço ou a instituição financeira, com discricionariedade.**

2 RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Os bancos estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, porquanto são fornecedores de serviços, nos termos do art. 3º, “caput”, e § 2º, ambos da Lei nº 8.078/1990. Neste último dispositivo legal lê-se: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária**, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”. Grifou-se.

A doutrina tem afirmado isso, tendo-se respaldo nos pretórios, a nível estadual e federal (José Geraldo Brito Filomeno, p. 54-63; Carlos Roberto Gonçalves, p. 249-250 e Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, p. 365).

A Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça é expressa nesse sentido: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Dessa forma, **as instituições financeiras respondem independentemente da existência de culpa pelos danos causados aos consumidores**, por defeito relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 14, “caput”, do CDC).

O **serviço será defeituoso** quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entres as quais: **o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido** (art. 14, “caput”, e § 1º, incisos I a III).

Basta o consumidor provar a ação (ato ou omissão), o nexo de causalidade e o prejuízo, a fim de ser ressarcido por prejuízo decorrente de serviço prestado pela instituição financeira.

A fim de isentar-se de responsabilidade, o fornecedor de serviço, banco, deverá provar (art. 14, § 3º): I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Se não há defeito do serviço, ou seja, ele foi fornecido com segurança ao consumidor, pela maneira que oferecido, pelo resultado e riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que isso ocorreu, não há motivo para atribuir responsabilidade ao fornecedor.

Acaso o consumidor seja o único responsável pela lesão, igualmente, o banco não será responsabilizado, afinal, deve haver boa-fé bilateral. Se ele não age a contento, não deve ser indenizado.

Se o fato pode ser atribuído a terceiro, existe fortuito externo, também não será a instituição financeira responsável por possível lesão que o consumidor é acometido.

Por fim, equipara-se aos consumidores todas as vítimas do evento (art. 17).

A responsabilidade do banco, instituição financeira, põe-se mais no campo do contrato e cogita-se principalmente nas relações entre o estabelecimento e seus clientes, consumidores, nada obstante, a atividade bancária pode repercutir fora da esfera do contrato. Pela especificidade da matéria, ela não será tratada no momento, mas é conveniente lembrar as repercussões da atividade bancária (RODRIGUES, p. 264).

3 “PIX” E RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Pelo que se percebeu, o Pix é a nova modalidade de pagamento, transferência e compra, por processo digital, instantânea e célere, posta ao serviço do consumidor para facilitar, com segurança, seus negócios.

Aliás, uma das razões para sua implementação é o baixo custo, **aumento da segurança** e aprimoramento da experiência dos clientes (<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>. Consulta em 30.9.2021).

A segurança é um dos direitos fundamentais (art. 5º, “caput”, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes).

Também é direito fundamental de todos a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII).

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), ou seja, tem eficácia plena desde a promulgação da Carta Magna, tal a relevância de sua concreção (Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta que só poderão ter esse efeito as normas “completas” – p. 268-269).

Sendo assim, esses direitos, de segurança e da defesa do consumidor, devem ser observados em primeiro lugar, sofrem limitações, todavia, as mínimas possíveis, para garantir-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

No caso do Pix, foi criado um meio de pagamento instantâneo, menos burocrático, rápido e para dinamizar o mercado. Se é assim, desde o limiar, o Banco Central, com os bancos privados e públicos, devem criar meios para que as operações sejam efetivadas de maneira segura.

Observou-se que isso não ocorreu. De início, idealizou-se uma maneira de estruturação e operacionalização que não inibiu o cometimento de crimes de toda ordem: furtos, roubos, sequestros relampados. Mais ainda, segundo a mídia, propiciou-se a formação de “quadrilhas do Pix. Afora as possíveis fraudes do sistema em si, as instituições não podem ser desoneradas de suas responsabilidades.

Existe defeito do serviço, ou seja, **ele foi fornecido sem segurança ao consumidor**, pela maneira que ofertado, pelo resultado e riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que isso ocorreu. O pagamento instantâneo virtual foi oferecido sem meios para inibir as diferentes infrações penais, num contexto em que já se espera a ação criminosa quando há mudança tecnológica.

Como se viu, há até quadrilhas especializadas do Pix, isto é, **a ação delituosa não é alheia ou estranha à execução do serviço, a ela se integra para auferir ganho.**

Incide, pois, a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, “As instituições

financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias” (posição repetida pela doutrina, ver Silvio de Salvo Venosa, p. 586).

Não há caso fortuito externo para afastar a responsabilidade bancária, ou seja, fato praticado por terceiro, entretanto, não relacionado à ação no âmbito das operações bancárias. No fortuito externo, a ação é alheia ou estranha ao processo de elaboração do produto ou execução do serviço, excluindo a responsabilidade civil (cf. explicação de Caio Mario, p. 388).

Confira-se “3. A instituição bancária não responde por crime de latrocínio cometido contra correntista, em via pública, por se tratar de hipótese de fortuito externo, o qual rompe o nexo de causalidade e, por consequência, afasta a responsabilidade civil objetiva, notadamente por ser a segurança pública dever do Estado.” (REsp 1557323/PR – T3 – Terceira Turma – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – J. 6.2.2018 – DJe 15.2.2018).

Por óbvio, não se está a creditar ao Pix a realização de crimes. O meio de pagamento eletrônico veio para auxiliar a combater a proliferação de infrações. Porém, no contexto, tempo e lugar, que se inseriu, em que há assimilação dos meios tecnológicos para a prática de crimes, deveria ser organizado meios para inibir a ação de malfeitores e está acontecendo o oposto.

As instituições financeiras têm um dever de segurança em relação ao público em geral, que não pode ser afastado nem mesmo pelo fato doloso de terceiro (o assalto), assumindo o banco, nesse particular, uma responsabilidade fundada no risco integral Cavalieri, p. 272, quando comenta sobre crimes praticados na agência bancária). A ideia pode ser estendida para o uso do Pix, em que a agência deixa de ter “meio material”, sendo “abstrata”, “virtual”.

Aliás, há jurisprudência no sentido da responsabilização, objetiva, com incidência da Súmula 479, do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao Pix.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Autor vítima de furto de aparelho celular, tendo os assaltantes realizado transferência via Pix da conta bancária do autor, no valor de R\$ 2.800,00 Sentença de parcial procedência Recurso da instituição financeira ré Prova pericial não foi produzida por desistência do réu Ônus do qual não se desincumbiu, não podendo valer-se de sua própria desídia Responsabilidade objetiva da instituição financeira Art. 14 do CDC Falha na prestação de serviços evidenciada - Risco da atividade Sum. 479 do STJ Dano moral Ocorrência - Dever de indenizar presente - Possibilidade de ratificação do julgado, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do TJSP Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.” (Apelação Cível nº 1021040-17.2020.8.26.0003 – 38ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira – J. 22.9.2021).

APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de negócio jurídico cumulada com obrigação de não fazer, responsabilidade civil e tutela antecipada Procedência Contratação de empréstimo consignado negada pelo demandante Realização de transferências via PIX também não reconhecidas pelo autor - Existência e legitimidade destas transações não evidenciadas, sendo comprovada a fraude na sua realização Aplicabilidade, no caso, do Código de Defesa do Consumidor Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça Ônus probatório que impunha ao réu demonstrar a regularidade e legitimidade destas operações Ausência de prova para tanto Cabível

a devolução dos valores descontados indevidamente do demandante Ocorrência de dano moral configurada - Demandante que faz jus à respectiva reparação, nos termos do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, do art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 186 do Código Civil Montante dos danos morais fixado pelo douto Magistrado que merece ser mantido Sentença mantida - Fixação de honorários recursais nos termos do art. 85, § 11º, do CPC/15 - Recurso improvido.” (Apelação Cível nº 1015912-82.2021.8.26.0002 – 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Rel. Des. Thiago de Siqueira – J. 1.9.2021).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **Autor vítima de roubo de cartão e celular.** Sentença de parcial procedência. Insurgência da parte autora. Danos materiais configurados com relação às transferências via “PIX”, reconhecidas como fraudulentas. Restituição é de rigor. Danos morais. Banco réu foi informado da ocorrência do roubo no mesmo dia das transações fraudulentas e orientou o apelante a procurar os meios judiciais. Danos morais fixados em R\$ 5.000.00. Razoável e proporcional ao dano causado. Sentença reformada. Sucumbência fixada inteiramente em face do réu. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (Apelação Cível nº 1004258-95.2021.8.26.0003 – 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Rel. Des. Bendito Antonio Okuno – J. 11.8..2021). Grifou-se.

CONCLUSÕES

O Pix é meio de pagamento instantâneo virtual, que veio para dinamizar as relações negociais, de maneira mais ágil e segura, principalmente.

A responsabilidade bancária é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, logo, o consumidor, cliente, prova apenas a ação, nexos causal e prejuízo, pois a instituição financeira, fornecedora do serviço, responde independentemente de culpa.

As infrações penais realizadas não se caracterizam como fortuito externo e, sim, fortuito interno, ou seja, estão conectadas às atividades desenvolvidas pelas instituições nomeadas, tanto que há as chamadas “quadrilhas Pix”.

Existem julgados pela indenização dos consumidores materialmente e moralmente quando são lesados por ações realizadas no Pix.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Ada Pellegrini Grinover et. al. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** abrangendo o Código Civil de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos. **Roberto. Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

SILVA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 30 set. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. v.2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 30 set. 2021.

Iasmina Rocha

A EXACERBAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO MÉDICO E A
ANÁLISE PREFACIAL DA QUESTÃO

A EXACERBAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO MÉDICO E A ANÁLISE PREFACIAL DA QUESTÃO

THE EXACERBATION OF THE JUDICIALIZATION OF CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ACT AND THE PREFACIAL ANALYSIS OF THE ISSUE

Iasmina Rocha

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)

RESUMO

O aumento das demandas judiciais por erro médico cresce vertiginosamente anualmente, segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A litigiosidade aumenta custos dos seguros de custos dos seguros de reponsabilidade civil profissional para a atividade médica, implicando aumento da contraprestação dos pacientes e leva à restrição do acesso aos serviços médicos em si pela população.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Erro médico. Ato médico.

ABSTRACT

The increase in legal demands for medical error grows sharply annually, according to statistical data from the National Council of Justice (CNJ). Litigation increases insurance costs for professional civil liability insurance for medical activities, resulting in an increase in patients' compensation and leads to restrictions on access to medical services by the population.

Keywords: Judicialization of health. Medical error. Medical Act.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por ato médico é assunto que permeia as Cortes de Justiça pátrias com indicativos anuais de crescimento. A chamada judicialização exacerbada da saúde preocupa operadores de direito e classe médica.

Por um lado, conforme o Relatório *Justiça em Números 2023*¹, do Conselho Nacional

¹ Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>>; <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>>. Acesso em: 24 set. 2023.

de Justiça, em 2022, houve o ingresso de quase 160 mil processos referentes ao sistema de saúde suplementar e quase 300 mil à saúde pública, ou seja, quase 500 mil processos sob o assunto saúde, englobando todas as classes das tabelas processuais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Noticiado foi pela TV Justiça haver o CNJ registrado, em 2021, quase 35 mil novos processos por erro médico no país².

Há que se observar, por outro lado, o pleito feito ao CNJ pelo Colégio Brasileiro de Cirurgiões (CBC), apoiado pela Associação Médica Brasileira (AMB), para a modificação da nomenclatura “erro médico” às ações judiciais, permutando-a para “efeitos adversos” pois, apenas a classificação do processos judiciais envolvendo atos do profissional médico sob o termo “erro” já macula os nomes dos profissionais de medicina, mesmo antes de qualquer julgamento, ressaltando-se, em muitas hipóteses, não se tratarem de atos de profissionais médicos em si³.

Essa explosão de ações questionando atos médicos reflete a mudança de paradigma da prática da medicina ao longo da evolução do homem. Priscas eras, vigendo o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), o ato médico era cercado de mistério, fruto de magia e endeusamento, quando, porém, a intervenção do esculápio era mínima, sob pena de, morrendo o paciente, ser condenado ao mesmo destino⁴. Já no começo do século XIX, passa-se à visão da atividade do médico como ciência pura, visando a experimentação para progresso do método, sem a observação do paciente como um ser com direitos⁵, mas reduzindo-o à sua esfera biológica, de corpo orgânico em funcionamento⁶, carente de determinação. Essa era a ótica do médico onisciente e possuidor da efetiva custódia do paciente, seu subordinado, posição que veio a ser rompida após a percepção, no segundo pós-guerra, dos efeitos da aplicação do conhecimento científico apartado de princípios humanitários, surgindo normativas várias que garantiram integridade, dignidade e autonomia aos pacientes⁷, consolidadas com o surgimento da bioética na década de 1970, dando contornos humanos à ciência, com foco em direitos individuais e coletivos⁸.

A partir da década de 1980 passa-se, porém, à exacerbação da discussão da responsabilidade médica, diante da medicina de massa ensejadora da despersonalização do

² Disponível em: <https://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/486597> Acesso em: 24 set. 2023.

³ Pedido de providências nº 0004278-68.2023.2.00.0000. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/entidade-fim-expressao-erro-medico.pdf> Acesso em: 18 set. 2023.

⁴ NETO KFOURI, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 49.

⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84-85.

⁶ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/365982/alteridade-na-relacao-medico-paciente-conselho-federal-de-medicina> Acesso em: 24 set. 2023.

⁷ NOGAROLI, Rafaella. **Responsabilidade civil médica e inteligência artificial: culpa médica e deveres de conduta no século XXI**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 61.

⁸ VASCONCELOS, Camila. **Direito médico e bioética: história da judicialização da relação médico-paciente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 16-39.

paciente. O aumento das demandas judiciais desagua na falta de tranquilidade no exercício da profissão médica, comprometendo esse mister essencial, ameaçando a liberdade científica e a evolução das descobertas, provocando, ainda, o receio da prática de inovações, ceifando potenciais tratamento e esvaziando algumas especialidades médicas, além do fomento à prática da medicina defensiva. Não é despiciendo lembrar estar contido na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos⁹ que “a saúde não depende apenas dos progressos da investigação científica e tecnológica, mas também de fatores psicossociais e culturais”.

A demasiada litigiosidade da atividade médica leva, ainda, à elevação dos custos dos seguros de responsabilidade civil profissional para a atividade médica, implicando aumento da contraprestação dos pacientes e levando à restrição do acesso aos serviços médicos em si, elitizando-o.

A visão atual em nosso país, inserta no cenário Pós-Constitucionalista do Direito Civil¹⁰, compreende a relação entre médico e paciente como uma pactuação focada nos princípios da autonomia decisória e da dignidade da pessoa humana, em que se deve observância total à boa-fé objetiva, considerando as alterações que venham a sofrer tais conceitos ao longo do tempo¹¹.

O estágio atual da relação médico-paciente é o da Medicina Centrada na Pessoa, modelo democrático que permite interação e consideração dos valores individuais de cada paciente¹², diferentemente do Modelo Biomédico tradicional que pouco explora as necessidades, preocupações e vivência dos pacientes, focando-se nos sintomas de alterações do organismo aferidos no exame clínico¹³.

1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DO PROFISSIONAL MÉDICO

Leciona de forma cirúrgica Miguel Kfoury Neto¹⁴ que a análise da culpa, ao se falar de responsabilidade civil por ato médico, é sempre inafastável, sendo responsabilidade civil subjetiva.

O Ministro Ruy Rosado Aguiar afirmou haver responsabilidade civil por ato médico “*quando praticado com violação a um dever médico imposto por lei, costumes ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial*”.

A doutrina pátria majoritária entende ser sempre subjetiva a responsabilidade da atividade

9. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por Acesso em: 25 set. 2023.

10 NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

11 NOGAROLI, Rafaella. Op. Cit., p. 78.

12 NOGAROLI, Rafaella. Op. Cit., p. 89

13 FUZIKAWA, Alberto Kazuo. **O método clínico centrado na pessoa**. Um resumo. Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3934.pdf>> Acesso em 07 nov. 2023.

14 NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit.

prestada pessoalmente pelo médico como profissional liberal¹⁵, gerida pelo art. 186, 927, *caput*, 951, CC e art. 14, § 4º, CDC, dependente da avaliação de imprudência, imperícia, negligência ou dolo, posicionamento maciço da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Impende colocar haver alguns poucos defensores doutrinários da tendência de tornar a responsabilidade civil objetiva de uma forma geral¹⁶, porém, são amplos os perigos de objetivar a responsabilidade médica, sendo o maior deles a despersonalização da relação médico-paciente, na qual resta indispensável o elemento confiança, podendo-se, ainda, chegar ao extremo de obrigar o médico a prolongar indevidamente a vida do paciente, sob o receio de ser levado à responsabilização.

Fala-se em responsabilidade objetiva médica por defeito da coisa usada a seu serviço, tais como aparelhos e instrumentos, cuja disfunção cause danos ao paciente, tal como posto no Enunciado 460 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁷, contando o médico com direito de regresso ao fornecedor do aparelho e podendo o paciente mover a ação diretamente em face do fornecedor.

Com a devida vênia, discordo de tal entendimento, pois mesmo “que se utilizem de equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgia videolaparoscópica, variadas aplicações de laser, por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional.”¹⁸, pelo que sempre se analisará a conduta do ato médico sob o viés da culpa, observando-se, outrossim, se o paciente contribuiu para o resultado danoso ou se houver rejeição pelo corpo humano, quando ocorrem as excludentes da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima ou força maior.

Seguindo a criação doutrinária do jurista francês René Demogue (1930 apud Câmara Souza, 2003)¹⁹, de classificação das obrigações contratuais em de meios e de resultados, entende a maioria da doutrina e jurisprudência pátrias ser a obrigação da prestação do ato médico uma obrigação de meio, como anunciado por Sergio Cavaliere Filho mencionando “Aguiar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro”¹⁹.

Considera-se cumprida a prestação com o emprego dos meios indispensáveis e possíveis ao alcance da cura do paciente. A prestação consiste em dar ao paciente todos os recursos, lastrados em conhecimentos atualizados, visando o melhor resultado possível, sem obrigação de cura²⁰, pois “seres biológicos não respondem matematicamente ao tratamento e resultados adversos são assim possíveis, apesar do melhor empenho da equipe médica”²¹.

¹⁵ NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit., p. 49.

¹⁶ NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit., p. 36.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/416>> Acesso em: 25 set. 2023.

¹⁸ NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit., p. 65.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 403.

²⁰ VASCONCELOS, Fernando Antonio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 156.

²¹ ARTUR UDELSMANN. Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médica, Departamento de Anestesiologia, São Paulo, Brazil. Artigo de Revisão • Rev. Assoc. Med. Bras. 48 (2) • Jun 2002 • <https://>

A culpa pela ausência de cura não resta presumida, sendo o ônus probatório do prejudicado²², salvo algumas especialidades, como na cirurgia plástica estética.

A cirurgia plástica estética divide opiniões, havendo defensores de ser uma obrigação de meio²³, apenas comportando superior dever de informação para obtenção do consentimento esclarecido e detalhadamente manifestado do paciente, pois, como muito bem colocou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.²⁴, toda intervenção no corpo humano é aleatória, tendo até a pele humana comportamento imprevisível.

No Brasil, a maioria da doutrina²⁵ e o STJ vêm entendendo ser de resultado a obrigação na cirurgia plástica estética, havendo a presunção de culpa a impor ao médico o ônus de provar que adimpliu corretamente sua prestação²⁶.

A cirurgia plástica reparadora segue a regra geral de compreensão da responsabilidade civil médica de obrigação de meio e, em havendo ato cirúrgico único agregando ambas as naturezas, reparadora e estética, entende o STJ pelo fracionamento da aferição da responsabilidade civil, de acordo com o fim de cada uma, tal como posto no julgamento do Recurso Especial 1097955/MG²⁷.

2 DEVERES MÉDICOS

A certeza não existe para a intervenção no organismo humano, fatores diversos como genética, idade, comorbidades, reações adversas aos fármacos, anomalias anatômicas, passando por alimentação e comportamento do paciente, interferem em como a moléstia e a terapia agem em cada ser, impedindo ou retardando a cura e podendo provocar efeitos colaterais indesejáveis²⁸.

Como muito bem exarado pelo Ministro Luis Felipe Salomão: “A cura dos males físicos não pode ser assegurada (obrigação de resultado), haja vista estar o profissional inexoravel-

doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>> Acesso em: 26 set. 2023.

22 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Volume I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 284.

23 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op Cit. P. 416. Arnaldo Rizzardo, p. 328

24 AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 1995.

25 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2023; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 271; TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de responsabilidade civil: responsabilidade civil**. Volume 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

26 AgInt nos EDcl no REsp 2010474/AM, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 06/03/2023, DJe 10/03/2023; AgInt no AREsp 1988403/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13/02/2023, DJe 24/02/2023.

27 STJ, REsp 1097955/MG, Relatora Ministra Nancy Andriighi, J. 27/09/2011, Terceira Turma, DJe 03/10/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802398694&dt_publicacao=03/10/2011> Acesso em: 26 set. 2023.

28 NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit., p. 49.

mente limitado a sua condição humana”.²⁹

O médico tem o dever de agir com **diligência e cuidado**, com conduta de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica, atendendo aos deveres de conselho, cuidado e abstenção de abusos ou desvio de poder.

As inovações em procedimentos diagnósticos e terapêuticos apenas devem ser usadas com a comprovação de segurança e eficácia, após estudos e experimentos chancelados pela comunidade científica, pautados nos princípios da bioética de autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

Cediço é que nenhuma técnica médica é absolutamente segura, mormente quando se trata de ato cirúrgico, em que há uma invasão agressiva no corpo humano com potencial danoso, devendo ser prescrita apenas quando a expectativa de resultados benéficos supera os riscos, em avaliação diligente do profissional médico, que usa sua expertise a aferir, ainda, a capacidade da equipe de apoio e a qualidade dos materiais e aparelhos postos à disposição, de modo a reduzir ao mínimo as chances de insucesso.

Cabe ao médico, ainda, o dever de fornecer ampla informação³⁰ do diagnóstico, prognóstico e tratamento, esclarecendo os pacientes sobre todos os procedimentos a que ele será submetido, sob o princípio da boa-fé objetiva, atendendo ao Código de Ética Médica, ao Código Civil, e ao Código de Defesa do Consumidor, informando-o de riscos, necessidade, efeitos colaterais, chances razoáveis de êxito e mesmo dos custos, de forma a conferir ao paciente o poder de autodeterminação, ponderando riscos e vantagens do tratamento.

O médico possui a prerrogativa de prescrição, sendo livre para escolher o tratamento, com o emprego de todas as técnicas disponíveis aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas, avaliada a terapêutica com base em cotejo entre os riscos e a eficácia das medidas propostas, sendo parte do dever de informação cercar-se dos cuidados de que o paciente efetivamente compreendeu a terapêutica que lhe está sendo proposta, exarando informação ampla e clara, que permita a tomada de decisão compartilhada do tratamento, ou mesmo a recusa desse.

O consentimento informado tem sido ponto central das mais diversas discussões sobre a responsabilidade civil médica, sendo entendido como pré-requisito para toda intervenção médica³¹, salvo nas hipóteses de urgência, em que haja necessidade de atuação imediata a garantir a vida e a integridade do paciente.

Inserta no princípio constitucional de autodeterminação, nos direitos da personalidade de autonomia do art. 15 do Código Civil, prevista no dever de informação do art. 30 do Código

²⁹ REsp nº 1.145.728/MG, relator para o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 30/06/2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1014085&tipo=0&nre-g=200901182632&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110908&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 25 set. 2023.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. p. 411.

³¹ NETO KFOURI, Miguel. Op. Cit., p. 40.

de Defesa do Consumidor, a necessidade de consentimento informado é imposta, também, pelo Código de Ética Médica, ao que se afere a essencialidade do consentimento do paciente.

Recusada é a validade, pela jurisprudência pátria, àquele termo de consentimento que não denote a especificidade do caso, o chamado “*Blanket Consent*”, justamente por não fazer prova de ter sido prestada informação objetiva, verdadeira, completa e acessível.

A diminuição da assimetria da informação com a presença de diálogo humano e paritário entre médico e paciente é que garante a autodeterminação necessária à preservação da dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível aferir a conformidade do entendimento do paciente.

Inexiste previsão formal para o termo de consentimento informado a ser firmado com o paciente, porém, em sendo ônus do médico comprovar o esclarecimento, resta a prova escrita a mais fácil de ser produzida, nos obstante caber a análise das circunstâncias do atendimento, que podem a ter impedido.

O dever de informação é entendido pelo STJ, inclusive, como dever autônomo, que independe da existência de erro para ensejar responsabilização caso ocorrido o dano, gerando dever de indenizar autônomo³², importando apenas que o paciente não seja suficientemente informado dos riscos da terapêutica aplicada, o que foi didaticamente discutido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1848862/RN³³.

“Indeniza-se o dano moral gerado por privar o enfermo de sua autodeterminação”³⁴. Em ocorrendo culpa, a falta do dever de informação é entendida pela jurisprudência como um fator que majorará a indenização por danos morais.

3 ANÁLISE PREFACIAL DA LIDE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

A análise posta ao operador do direito a quem compete a aferição da possibilidade de responsabilização do profissional médico é árdua. Magistrados de todas as instâncias sentem-se, diante de relatos dramáticos de fatos das hipotéticas vítimas e de defesas bem trabalhadas contendo, inclusive, termos médicos por vezes desconhecidos, desapetrechados para elucidar a extensão da verdade. A realização de perícias, além de custosa, é missão de difícil aceitação por colegas médicos, eis que a atividade pericial é técnica, não sendo familiar a todos os profissionais médicos, cuja atividade é eminentemente prática.

Não obstante, em se tendo em mente as características da responsabilidade civil do

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. P. 411.

³³ STJ, REsp 1848862/RN, RELATOR Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, T3 - TERCEIRA TURMA, j. 05/04/2022, DJe 08/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2156946&num_registro=201802689219&data=20220408&formato=PDF> Acesso em: 26 abr. 2023.

³⁴ NOGAROLI, Rafaella. Op. Cit., p. 92.

profissional médico, a análise da hipótese concreta resta facilitada, não sendo despiciente rememorar elementos básicos para o início da apropriação mental da cena posta na lide, com a análise no caso concreto de questões básicas.

Aferir elementos de prova dos autos facilmente produzidos iniciam a elucidação da questão, tais como: portar o profissional diploma médico por faculdade reconhecida; ser inscrito no CRM; haver registros de anamnese e de evolução do tratamento formulados por ele, equipe médicas e enfermeiros; existirem livros e trabalhos que descrevam as técnicas questionadas para comparação; conter os autos documentos ou outras provas de consentimento informado do paciente.

Esses elementos, somados à observação dos fatores que permearam a prestação da atividade médica, mormente as circunstâncias e o local do serviço, para que seja aferida a existência de aparelhamento para diagnóstico e tratamento, além de ajuda humana, permitem a elucidação de grande parte das questões, servindo de parâmetro inicial à separação das lides em que resta imprescindível outra produção probatória, quiçá, tornando mais célere e eficiente a resposta àqueles que buscam respostas no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CÂMARA SOUZA, Neri Tadeu. **Responsabilidade civil e penal do médico – 2003 – LZN**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico/>> Acesso em: 24 set. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2023. v.2

FUZIKAWA, Alberto Kazuo. **O método clínico centrado na pessoa**. Um resumo. Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3934.pdf>> Acesso em 07/11/2023.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de responsabilidade civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v.4

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NETO KFOURI, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOGAROLI, Rafaella. **Responsabilidade civil médica e inteligência artificial**: culpa médica e deveres de conduta no século XXI. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de responsabilidade civil**: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v.4.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos. Rev. Assoc. Med. Bras. 48 (2) • Jun 2002 • <https://doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>> Acesso em: 26 set. 2023.

VASCONCELOS, Camila. **Direito médico e bioética**: história da judicialização da relação médico-paciente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VASCONCELOS, Fernando Antonio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p.156

Caio Gustavo de Almeida
Lucas Gabriel Costa do Nascimento
Gustavo Rabay Guerra

O DESAFIO JURÍDICO ENVOLVENDO BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: A VALIDADE LEGAL DOS CONTRATOS DIGITAIS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O DESAFIO JURÍDICO ENVOLVENDO BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: A VALIDADE LEGAL DOS CONTRATOS DIGITAIS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

THE LEGAL CHALLENGE INVOLVING BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS: THE
LEGAL VALIDITY OF DIGITAL CONTRACTS AND THEIR SOCIAL ROLE

Caio Gustavo de Almeida

Bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). Pesquisador do Grupo de Estudos Direito, Globalização e Cidadania (DGC). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Lucas Gabriel Costa do Nascimento

Bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). Advogado.

Gustavo Rabay Guerra

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela da Universidade de Brasília (UNB). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ-UFPB). Fundador da Compliance Academy. Advogado.

RESUMO

Objetiva analisar os contratos inteligentes (“*smart contracts*”) verificando sua caracterização jurídica como contrato à luz da legislação brasileira. De início, evidencia-se o que são os contratos inteligentes e a sua relação com sistemas de registro distribuído, baseadas na plataforma *blockchain*, para, em seguida, fazer-se uma abordagem desse tipo de modalidade negocial à luz do Direito Civil, comparando suas características às condições de validade do negócio jurídico, assim como às máximas principiológicas do boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Conclui-se pela constatação da existência de um impasse entre a função social e a nova tecnologia, revelando a necessidade de uma nova postura do setor legal frente a essa forma de firmar negócios digitais, que cresce progressivamente.

Palavras-Chave: *Smart contracts*. *Blockchain*. Boa-fé objetiva. Função social do contrato.

ABSTRACT

Aims to study smart contracts, checking their legal nature as a regular institute, regarding to the contractual domain in Brazilian Law. To do so, there's an introduction on smart contracts concept and their relationship with the distributed ledger technologies (DLTs), based on blockchain platform. Afterwards, the analysis is offered under Civil Law principles, comparing its features to the conditions of validity of the legal business, as well as to the paradigms of objective good faith and the social role of private contracts. The conclusion is in order to foresee a stand-off between smart contracts and this last paradigm, revealing the need for a new attitude of the legal sector before this way of doing digital businesses, which is gradually emerging.

Keywords: Smart Contracts. Blockchain. Good faith. Social role of private contracts.

INTRODUÇÃO

O acesso às tecnologias, característica marcante da globalização, pouco a pouco vem deixando de ser um privilégio de países desenvolvidos, tornando-se realidade em todo o globo. Diante desse panorama de desenvolvimento tecnológico e inovações, os “*smart contracts*” (contratos inteligentes), caracterizados por suas autoexecutabilidade, obrigatoriedade e irretroatividade, mostram-se como uma nova forma de estabelecer relações nos âmbitos público e privado.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a refletir sobre a indagação acerca de os contratos inteligentes poderem ser considerados contratos propriamente ditos ou apenas determinações arbitrárias em linhas de código, de acordo com o que prevê a normativa brasileira, e, para além disso, se estão aptos a atender aos comandos principiológicos que regem os contratos, dentre os quais se destacam a função social e a boa-fé objetiva.

De início, apresentar-se-á como a nova forma de contratar é operacionalizada, partindo-se da demonstração do meio de sua efetivação, a tecnologia de registro distribuído denominada “*Blockchain*”, para, de sua comprovação, evidenciar o que se entende como “*smart contract*” e as diferentes formas de percebê-lo. Uma vez que seu conceito está intrinsecamente ligado ao de “*Blockchain*”, é imperativo, a fim de tornar o tema compreensível, introduzir uma proposta de análise básica desse tecnologia disruptiva, para, somente quando apresentada sua função, passar-se ao estudo dos “*smart contracts*”.

Em seguida, aborda-se o artigo 104 do Código Civil, de forma a avaliar os requisitos de validade de um contrato no ordenamento brasileiro, com vistas a interpretar as características dos “*smart contracts*” à luz dos parâmetros já positivados. A partir disso, apontam-se as intersecções da tecnologia com os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, estudando a sua influência, não somente na formação e execução dos contratos, mas, também, na aplicação do Direito em caso de desequilíbrio contratual.

Finalmente, projetam-se as perspectivas de futuras aplicações da tecnologia, expandindo-se a abordagem jurídico dogmática para apreender a realidade do fenômeno nas múltiplas instâncias em que se manifesta. E reforça-se o alerta ao legislador cível para que se atente aos sinais de mudança e reformulação na ordem contratual vigente.

1 O *BLOCKCHAIN* COMO VEÍCULO

Introduzida em conjunto com a “*bitcoin*”, em 2009, o sistema de “*blockchain*” possuía seu fim direcionado à viabilidade da transação de um ativo digital, cunhado como “criptomoeda” (e assim batizada *bitcoin*), entre duas pessoas, de forma anônima, segura, célere e sem intervenção de terceiros (DRUMMOND, SILVA, 2019). Quando da inserção da tecnologia no mercado, logo percebeu-se que seu uso poderia se expandir e abarcar toda uma gama de diferentes processos que envolvesse o fluxo de informações entre sujeitos distintos.

Apresentando-se como uma inovação disruptiva frente aos meios tradicionais de compartilhamento, análise, verificação e edição de dados, o “*blockchain*” caracteriza-se como uma espécie do gênero “*distributed ledgers technology*” (daí a expressão “DLT”) ou “*registros distribuídos*”, em uma tradução literal. Esses, diferentemente do habitual método de armazenamento de dados - que compartilha cópias de um arquivo central em uma rede de usuários distintos -, distribui versões idênticas de um mesmo arquivo para cada usuário da rede e permite que cada um deles edite suas informações à medida que obedeça às regras de consenso de todo o sistema. A dizer, é necessário que a modificação pretendida seja analisada por cada usuário e sua efetivação seja aprovada pela maioria (50% + 1) do total de usuários da rede. (SCHECHTMAN, 2018). Tal método de operação impede que um ataque à rede comprometa a integridade dos dados, uma vez que cada usuário dispõe de um arquivo com informações verdadeiras e não meras cópias de um arquivo central, como ocorre com os métodos tradicionais de compartilhamento de dados, concedendo à tecnologia o seu conceito de “descentralizada”. (WALPORT, 2016)

Dessarte, valendo-se da rede de distribuição, o *blockchain* se apresenta não apenas como um arquivo, mas, sim, como um banco de dados inserido em uma rede de computadores. As unidades que formam esse banco, chamadas *blocks*, são dispostas em série, uma seguida à outra, formando uma cadeia (“*chain*”), e cada uma delas contém informações sobre certo número de transações, uma solução para um algoritmo matemático que, por sua vez, valida as informações inseridas naquele bloco e, também, uma referência que identifica o bloco anterior, de onde advieram tais informações (WRIGHT; DE FILIPPI apud DIVINO, 2019).

Essa série de “*blocks*” fica, então, armazenada em cada um dos computadores da rede e as alterações de quaisquer de suas unidades demanda o consenso da maioria, operacionalizado por diferentes mecanismos de processamento, dentre eles o “*Proof of Work*” (“Prova de Trabalho”). Esse que funciona através da resolução, por meio de alguns dos computadores da

rede (que nesse contexto recebem o nome de “*miners*”), de puzzles matemáticos intensivos, enquanto os demais verificam se a solução do puzzle corresponde ou não a uma transação prévia. Se verificado e compatível, o “*block*” é inscrito em um livro-razão público ou privado, responsável por trazer a estabilidade e vitaliciedade para a informação inserida, representada, finalmente, por meio de “*tokens*”, chaves eletrônicas representativas de algo (ou alguém) na esfera digital. (WRIGHT; DE FILIPPI, 2015).

Tal mecanismo de consenso torna o *blockchain* um dos métodos mais seguros de transacionar, uma vez que, a exigência da anuência da maioria dos usuários da rede impede que haja modificações arbitrárias ou mesmo que um ataque à mesma ocasione a corrupção dos dados e a perda das informações. Esse processo, em conjunto com a inteligência artificial dos *blocks*, que checam se a informação introduzida está em consonância com a que permeia toda a corrente, torna despidianda a figura do terceiro intermediador, responsável pela validação das informações e confiabilidade de seu conteúdo que, nas transações financeiras, é materializada pela atuação das instituições bancárias, tornando todo o processo muito mais célere, econômico e confiável. (GOMES, 2018).

Apesar da ampla utilização dessa tecnologia para transacionar ativos criptográficos, as DLTs não se cingem apenas a esses *tokens* de valor, conquanto existem também os utilidade, assim entendidas como chaves criptográficas de validação de ações, o que possibilita registro de qualquer ato numa plataforma digital, como contratos (GUERRA e MARCOS, 2019).

Todos esses benefícios são os fatores que concederam ao *blockchain* o relevo que hoje possui e colocou-o em evidência em áreas alheias ao seu berço, a Informática, alcançando as searas sociais da Economia e do Direito. Nesse último, a tecnologia trouxe consigo a possibilidade de uma nova forma de transacionar entre particulares, a partir da formação de acordos mais confiáveis, livres de vícios e, ao mesmo tempo, mais céleres, permitindo, às partes, alcançar os fins a que pretendem ao acordar, tornando perfeito o exercício da autonomia privada. A essa nova maneira de realizar contratos, deu-se o nome de *smart contracts*.

2 SMART CONTRACTS: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

De início, a proposta dos *smart contracts* foi introduzida por Nick Szabo, jurista e criptógrafo norte-americano, a partir de sua pretensão de promover um modelo de contrato que reduzisse a carga de ambiguidade e abstração, presentes na linguagem natural e jurídica, por meio da autoexecutabilidade de seus termos e condições, antes mesmo de Satoshi Nakamoto ter concebido a *blockchain* (SZABO, 1997).¹ Através das ferramentas de informática necessárias para garantir-lhe inteligência, o contrato possibilitaria a perfeita concretude do *pacta sunt servanda* e seria pautado, unicamente, pelo exercício da autonomia privada que, eximindo-se

¹ Satoshi Nakamoto é o pseudônimo de um desenvolvedor mundialmente conhecido por ter apresentado a blockchain original, por meio de um documento de lançamento (whitepaper) intitulado “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, logo após a crise financeira mundial de 2008 (NAKAMOTO, 2009).

do rigor técnico da linguagem, permitiria a um número muito maior de pessoas contratarem sem maiores complicações. (DIVINO, 2019)

Dessa forma, em 1996, no artigo “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets” Szabo apresentou o instituto como sendo “*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises*”². A partir dessa proposta, o conceito se expandiu, e o advento de novas construções acerca do que seriam os *smart contracts*, assim como o teor de sua natureza, trouxeram a problemática acerca de sua caracterização como contrato de fato e de direito. Tornando-se, então, questão a ser solvida pelo âmbito jurídico, a fim de possibilitar sua perfeita regulação, sobretudo pelo potencial que a tecnologia guarda para proporcionar mudanças em todos os processos, em um cenário futuro. (REY, 2019)

Por tratar-se de um fenômeno que, hoje, permeia diversos campos distintos, o *smart contract* se tornou objeto de diversas frentes e várias são as correntes que buscam informar seus elementos. Assim, autores como Max Raskin e Sara Hourani aproximam o *smart contract* da figura jurídica dos contratos, destacando a incidência dos códigos e algoritmos em seu texto e a automatização de suas condições.

Outros, como Livio Pompianu e Massimo Bartoletti, o distanciam da ideia de contratos, descrevendo-o, apenas, como um conjunto de linhas de código (script) que executam automaticamente ordens inseridas quando atendidas certas condições e termos dentro do sistema em que se situam. Outros, ainda, delimitam os *smart contracts* ao emprego da tecnologia de que se servem, o *blockchain*, destacando a essencialidade de os códigos estarem inseridos no sistema de blocos (REY, 2019)

Contudo, apesar de suas pequenas diferenciações, todas essas definições convergem em pontos em comum, que nos permitem definir os *smart contracts* como textos formalizados em linguagem de código, dispensando a linguagem comum e jurídica, continentes de determinações executadas automaticamente quando outras condições e termos, também expressos por meio de códigos, forem tidos como cumpridos ou mesmo descumpridos, ensejando, nesse caso, a aplicação de uma sanção (DIVINO, 2019). E que, também, são operacionalizados por um sistema de registro descentralizado, o *blockchain*, conferindo-lhe mutabilidade limitada, segurança, celeridade e economia. (GOMES, 2018)

A questão que cabe ao Direito solver, no contexto em que se situa a problemática atualmente, é se a forma que assume o *smart contract*, por meio da expressão de cláusulas em código, assim como a estruturação do seu texto em criptografia, permitem que esse se torne, de fato, uma modalidade de contrato ou impede que o mesmo seja tomado como tal, a despeito de sua nomenclatura. É a partir da resposta formulada a esse impasse que se abre margem para a sua devida regulação e viabilidade para integração à *práxis* jurídica.

² “Um conjunto de promessas, especificadas em forma digital, incluindo protocolos, dentro dos quais as partes performam essas promessas.” (SZABO, 1996) [Tradução nossa].

3 CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

A caracterização disruptiva do *smart contract* como um acordo de vontades que inaugura uma nova forma de contratar, sem guardar relação que seja com os modelos tradicionais de contrato, tornou imperiosa, para o âmbito jurídico, a necessidade de avaliar a natureza da tecnologia, a fim de constatar, por meio de sua submissão às máximas cíveis, se tal modalidade de negócio virtual, para além da nomenclatura, possui os atributos inerentes a um contrato, à luz do Código Civil brasileiro. Para essa assentada, não se pode partir de outro ponto senão da definição de contrato na legislatura cível.

Em linhas gerais, a doutrina civilista define contrato como um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos (BEVILÁQUA, 1950; DINIZ, 2007). Trata-se de um instrumento firmado a partir da autodeterminação inerente ao(s) contratante(s), que adquire, quando celebrado, força vinculativa (BETTI, 1950; FARIAS, ROSENVALD, 2015) e, na maioria das vezes, depende, para formar-se, da participação de pelo menos duas partes (GONÇALVES, 2017).

Nessa senda, sendo o negócio jurídico uma situação derivada da vontade das partes, tem-se que essa última deve atender à satisfação dos interesses privados, e sua exteriorização deve ser feita sem vícios. Isso, pois “a exteriorização da vontade é a nota característica que mais avulta no negócio jurídico. É a sua força propulsora”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.35).

Entretanto, não basta que haja a manifestação de vontade para que um contrato venha a reverberar seus efeitos legais. O Código Civil, em seu artigo 104, aduz que a validade de um negócio jurídico (em que o contrato é uma das formas) deve atender a requisitos taxativos. Isso posto, exige o referido diploma legal que haja a capacidade civil dos agentes, um objeto lícito, possível e determinado (ou ao menos determinável) e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Se, porém, faltar-lhe um desses requisitos, o negócio é inválido, ou seja, não está apto a produzir o efeito jurídico a que se propõe; sendo suscetível, portanto, de nulidade ou anulabilidade. (TARTUCE, 2014).

Ao optar por firmar um contrato inteligente, a parte deve entender que esses possuem o pseudoanonimato como característica. Isso significa dizer que, ao ocorrer a transação, apenas o endereço digital do usuário é visto pelo outro contratante, de forma que sua capacidade há de ser verificada pela empresa proprietária do *Blockchain*, onde está cadastrado. Não há óbice, contudo, à parte contratante querer compartilhar seus dados com a outra parte e vir a fazê-lo, de fato.

Além disso, quanto à verificação da identidade do usuário, quando a transação é aceita, o registro é feito com criptografia, certificando digitalmente o negócio, sendo, inclusive mais seguro do que a assinatura em papel, já que no registro do *blockchain* (sic) fica registrado o momento exato da transação em uma cadeia, isto é, seria necessário alterar toda a cadeia para omitir ou alterar uma transação. (SOUSA, 2018, p.53)

Nesse contexto, assim como na formação dos contratos em geral, ocorre a proposta e o consentimento, sendo, esse último, verificado a partir do momento do aceite dos termos pré-fixados pelos contratantes, esses que irão compor as linhas de código. Dessarte, parece-nos possível advogar a favor da tese que toma as capacidades das partes, nos *smart contracts*, como passíveis de devida verificação, ao tempo em que permanece livre, para ambas, o consentimento aos termos e condições estabelecidos.

Quanto a seu objeto, o ordenamento jurídico brasileiro impõe que todos os contratos devem possuir objeto lícito, determinado ou determinável. A licitude está relacionada à compatibilidade com a lei, a moral ou os bons costumes (GONÇALVES, 2017). A determinabilidade, por sua vez, é correlata aos elementos mínimos de identificação e individualização do objeto da relação contratual (GAGLIANO, FILHO, 2017). Em nosso contexto, considerando a capacidade do indivíduo contratante de verificar tais requisitos, não podendo-se olvidar, também, que a estrutura do *blockchain* pressupõe a existência de usuários responsáveis pela segurança e legitimidade das transações - os chamados mineradores (*miners*) -, tem-se que a estrutura da rede é apta a propiciar a identificação dos objetos e a licitude dos contratos, ao tempo em que permanece segura o suficiente para evitar práticas que, tentando, burlar as cláusulas contratuais que versam sobre tais fatores, incidam contra a própria lei.

A forma como é exteriorizada a vontade de contratar também é listada no rol de condições da estrutura contratual do artigo 104 do Código Civil. Em outro dispositivo, o artigo 107, o mesmo diploma aduz que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (BRASIL, 2002). No caso dos *smart contracts*, a forma pela qual a vontade produz efeitos se consubstancia em linhas de códigos criptografados, que acabam por reforçar a segurança de seu conteúdo, uma vez que o sistema de registro distribuído, o *blockchain*, no qual estão inseridas, é, como já exposto, quase intransponível.

Nesse diapasão, o fato de o princípio da liberalidade das formas permitir que a manifestação da vontade seja expressa sob qualquer meio, desde que não haja proibição legal, permite que os *smart contracts*, cujo teor é expresso de forma distinta de qualquer outro contrato, possua sua forma reconhecida pela lei.

Isso posto, assim como Sousa (2018), defendemos que um contrato escrito por linguagem de programação é válido ante o ordenamento jurídico brasileiro, desde que, nesse, estejam presentes os elementos fundamentais do artigo 104 do Código Civil. De igual forma, estão também suscetíveis à nulidade e anulabilidade se, porventura, vierem a afrontar a lei.

4 AS CONTROVÉRSIAS FRENTE ÀS MÁXIMAS PRINCIPIOLÓGICAS

4.1 A função social dos contratos

Se é verdade que o ambiente digital abre as portas para uma nova forma de regulamentação da vida privada (ROCHA, ROCHA, 2020), tem-se que a autonomia dada aos indivíduos que buscam recorrer a essa modalidade contratual deve ser vista à luz da sistemática da ordem jurídica vigente, guiada pela observação dos princípios contratuais.

Nesse liame, o normativismo que substitui o voluntarismo exacerbado, regente das relações contratuais de outrora, abriu espaço para que o Estado pudesse regular as relações privadas. A prova disso é o artigo 421 do Código Civil, que aduz que a liberdade de contratar deve ser regida pela função social dos contratos (BRASIL, 2002).

Ao positivar o referido dispositivo, chegou-se à compreensão de que o contrato não somente está inserido, mas possui a capacidade de alterar a realidade social. Nessa senda, tal princípio apresenta sentidos interno e externo (CUNHA, 2004), uma vez que visa impedir aqueles que, agindo de forma ilícita, prejudiquem a outra parte contratante, como também, da mesma forma, lesem a coletividade. Sob essa perspectiva, tem-se um princípio que limita a liberdade contratual e mitiga a relativização dos contratos, intervindo, quando necessário, para proteger as partes hipossuficientes e/ou vulneráveis. Dado o fato de que, se a ordem jurídica reconhece a autonomia privada dos contratantes, só ela pode impor limites à mesma (MARQUES, 2004).

Por serem autoexecutáveis e obrigatórios, os *smart contracts* acabam por repelir interferências externas em sua vigência. Uma vez celebrado o contrato, esse é apto a produzir efeitos de maneira automática, havendo grandes dificuldades de reversão dos comandos inseridos, como já mencionado. Concordamos quando Efig e Santos (2018) afirmam que não se poderia, no contexto brasileiro, cogitar a obtenção de uma ordem judicial para modificar ou extinguir o contrato celebrado em *blockchain*. A explicação para tanto está na incompatibilidade das decisões que buscariam limitar ou reformar a execução de um código computacional autoexecutável.

Posto que a natureza do contrato permite o prosseguimento do que ali está planejado, independentemente da vontade externa, um debate complexo é levantado. Pois, de um lado, temos um contrato que não pode ser reformado por quem quer que seja, mesmo por determinação judicial. E, do outro, temos um poder judiciário regido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que preleciona a possibilidade de todos acessarem o judiciário e a ilegitimidade de a Justiça não responder às demandas postas sob seu domínio, somado ao fato de, no mesmo sentido, como aduz o enunciado 431 da V Jornada de Direito Civil, a violação ao art. 421 e o não cumprimento da função social, conduzem à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais. (BRASIL, 2012). Todavia, afirmam Efig e Santos:

No entanto, a ciência jurídica não poderá omitir-se em relação aos smart contracts, em verdadeira ascensão no aspecto contratual em todo o mundo, tampouco o sistema jurídico brasileiro poderá impedir a sua entrada ou obstar a sua funcionalidade em território nacional, porquanto inexistem fronteiras para a tecnologia no mundo globalizado.(EFING, SANTOS, 2018, p.60).

A despeito dessa problemática, faz-se mister agregar ao debate que o *blockchain* fortalece a segurança jurídica para ambas as partes envolvidas no contrato, já que sua complexidade criptográfica dificulta, tornando quase impossível, os ataques cibernéticos. O seu registro, além disso, pode ser empregado como meio de prova e traz ainda mais segurança do que um registro manual (MUNARETTO, 2019). Não podendo-se olvidar, também, o fato de que são evitados os conflitos interpretativos e a ambiguidade das cláusulas, uma vez que a linguagem computacional é única, demonstrando ser apta a interpretar comandos de maneira objetiva.

Neste ponto, apontamos a indiscutível segurança jurídica que os contratos inteligentes podem proporcionar. Segurança, essa, que acaba por revelar os *smart contracts* como perfeitos concretizadores do *pacta sunt servanda*, constituindo-se, suas linhas de código, como lei entre as partes e, portanto, devendo ser cumpridas (TARTUCE, 2014).

Entretanto, embora a regra geral seja a imutabilidade dos termos do contrato, nem sempre as condições acordadas permanecem as mesmas. É possível que, depois de firmado o contrato, suas condições sejam alteradas por fatores supervenientes ou mesmo haja a descoberta de vícios relativos à época de sua formação. Nesse caso, em tese, a parte prejudicada poderá requerer revisão contratual, objetivando garantir a efetivação de seu equilíbrio.

Contrapondo-se, a inflexibilidade dos *smart contracts* acaba por fomentar a falta de perspectivas desse reequilíbrio garantido pelo Código Civil. Nesse sentido, em caso de possível resolução, podem ser enfrentados grandes desafios processuais, visto que a tecnologia não foi criada para permitir a reversibilidade. (MUNARETTO, 2019). Tem-se, assim, evidenciado um dilema: se por um lado o contrato será cumprido, respeitando o *pacta sunt servanda* e garantindo segurança jurídica, por outro, acaba por tocar em pontos sensíveis da função social, significando uma barreira à efetivação de seu reequilíbrio.

4.2 A boa-fé objetiva

Consagrada anteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva ingressa na legislação civil em 2002, pela norma do artigo 422 do Código Civil. Tal princípio impõe um dever de conduta honesta para as partes contratantes, em todas as fases contratuais, desde a negociação até o cumprimento do que vier a ser pactuado³. Nesse contexto, diferente da boa-fé subjetiva, não se leva em conta a intenção das partes, mas o resultado objetivo das ações (TARTUCE, 2014). Trata-se, portanto, de um princípio ético que regula as relações privadas.

³ Ver os Enunciados 25 e 170 CJF/STJ. Ambos reconhecem a aplicação da boa-fé objetiva em todas as fases pelas quais passa o contrato, incluindo a fase pré-contratual, de tratativas.

Quando inserida no âmbito dos *smart contracts*, a boa-fé objetiva suscita indagações quanto ao modo de ser observada nas pactuações concretizadas por meio do *blockchain*. Em primeiro plano, destaca-se a contribuição da tecnologia para atender aos fins do princípio, dada a impossibilidade de quaisquer das partes agirem de forma a ferir a boa-fé durante a execução do contrato. Ante o fato de o sistema de registro distribuído ser quase intransponível, a probabilidade de aquilo que foi originalmente pactuado vir a ser transgredido é, igualmente, quase nula, implicando na submissão irreversível de ambos os contratantes à força das determinações consubstanciadas nos *blocks* e impedindo a tomada de condutas como o *venire contra factum proprium*.

De outro turno, essa mesma dificuldade para reverter as cláusulas pode significar um impasse se as condições impostas já estiverem eivadas de vício desde a origem do contrato, restando a boa-fé, dessa forma, já natimorta. Todavia, tal controvérsia pode ser dirimida pela propositura de sanções voltadas a garantir que a ética da relação seja perfeitamente observada, desde o início do contrato ao término das obrigações. A dizer, as ações programadas nas linhas de código podem ser ativadas para punir automaticamente a parte lesante, de modo a tornar os negócios jurídico facilitado, reduzindo as chances de ambiguidade e atos que venham a quebrar a boa-fé.

Com o *blockchain*, a confiança deriva da rede e de seus objetivos (MUNARETTO, 2019), estando, a operabilidade do sistema, portanto, intimamente ligada às atitudes das partes contratantes, dado que os contratos inteligentes exigem o cumprimento das obrigações que os atores decidam voluntariamente contrair. Mostrando-se, tal procedimento, uma forma de contornar a ausência de legislação específica que tutele os interesses dos contratantes nos *smart contracts*, garantindo, por assim dizer, a observância da boa-fé.

5 NOVAS PERSPECTIVAS

Malgrado a densidade da problemática jurídica, os *smart contracts*, aliados à tecnologia *blockchain*, são um fenômeno que, dada à vasta extensão do potencial de sua aplicabilidade, se tornam questão de interesse a diversas searas distintas, conforme possibilite a essas otimizar seus processos. Contemporaneamente, a despeito de sua aplicação majoritária nas transações financeiras, os contratos inteligentes guardam capacidade para transcender essa esfera e serem implementados em qualquer processo que envolva o fluxo e registro de dados.

Em seu ensaio acerca das possibilidades trazidas pelo uso efetivo do *blockchain*, Aaron Wright e Primavera De Filippi alertam para o surgimento de um novo subconjunto de lei, cunhada pelos mesmos de *Lex Cryptographia*, conforme o sistema de blocos passe a adquirir maior espaço nos processos. O termo refere-se à união de regras administradas e aplicadas por meio dos *smart contracts* e organizações descentralizadas, cujo raio de incidência atingiria diversos campos distintos e setores sociais:

[...] we argue that its widespread deployment will lead to expansion of a new subset of law, which we term *Lex Cryptographia*: rules administered through self-executing smart contracts and decentralized (autonomous) organizations. As blockchain technology becomes widely adopted, centralized authorities, such as governmental agencies and large multinational corporations, could lose the ability to control and shape the activities of disparate people through existing means. As a result, there will be an increasing need to focus on how to regulate blockchain technology and how to shape the creation and deployment of these emerging decentralized organizations in ways that have yet to be explored under current legal theory.⁴ (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015, p. 01)

Dessarte, as projeções futuras para os *smart contracts* indicam a sobrevivência de uma reformulação dos processos para muito além do setor financeiro, abarcando uma vasta gama de serviços que seriam beneficiados com os elementos dessa nova forma de contratar. Dentre esses, podemos trazer à baila todos aqueles que se utilizam de banco de dados para fins de registro, seja o poder público nas três funções do Estado (Poder Judiciário, Legislativo e Administração Pública), seja a iniciativa privada, abarcando o processamento de dados registrados nas áreas cível, criminal, administrativa e comercial (GOMES, 2018).

Nesse horizonte, a prestação de serviços básicos como fornecimento de água, eletricidade, gás, telefonia e internet, ao ser otimizada pelo uso dos *smart contracts* tornaria-se autoexecutável, ao tempo em que o processamento de pagamentos passaria a ser mais seguro e mais célere. Outrossim, a contratação pública e as licitações em geral ganhariam mais celeridade, assim como a probabilidade da ocorrência de fraudes em suas execuções seria drasticamente reduzida (GOMES, 2018).

De outro turno, o setor imobiliário e os cartórios veriam facilitados o processo de registro de bens imóveis, uma vez que títulos de propriedade poderiam ser arquivados e verificados via *blockchain* e sua transferência ocorreria sem a presença de um terceiro mediador. Por sua vez, as sociedades empresariais empregariam o uso da tecnologia para a formação e alteração de contratos sociais, emissão, registro, compra e venda de ações. (Lee et al., 2015).

O mercado de propriedades intelectuais também seria beneficiado, uma vez que os *smart contracts* permitem a automatização da coleta de royalties pagos aos proprietários dos direitos autorais, quaisquer que sejam as obras, sempre que fossem reproduzidas. A estrutura em *blockchain* permitiria reconhecer quando e onde a obra foi veiculada e quem se serviu de seu uso, demandando, desse, o valor a ser pago pela disponibilidade e, em seguida, transferindo o valor a título de *royaltie* para o proprietário, em tempo real. (REVOREDO, 2019)

⁴ “[...] argumentamos que sua implantação “generalizada levará à expansão de um novo subconjunto de leis, que denominamos *Lex Cryptographia*: regras administradas por meio de contratos inteligentes autoexecutáveis e organizações descentralizadas (autônomas). À medida que a tecnologia do blockchain se torne amplamente adotada, autoridades centralizadas, como agências governamentais e grandes corporações multinacionais, podem perder a capacidade de controlar e moldar as atividades de pessoas distintas através dos meios existentes. Como resultado, haverá uma necessidade crescente de se concentrar em como regular a tecnologia de blockchain e como moldar a criação e implantação dessas organizações descentralizadas emergentes de maneiras que ainda precisam ser exploradas na teoria jurídica atual.” (Tradução nossa)

Todas essas inovações, contudo, ocorrerão de forma progressiva, mesmo no setor financeiro, onde o *blockchain* ainda está ganhando espaço, e os agentes financeiros estão aprendendo a manusear a tecnologia. Quando finda essa primeira fase, será o mercado majoritariamente aparelhado com os processos inteligentes que irá demandar a transformação dos demais serviços (GOMES, 2018).

Os atuais estudos em *blockchain* já fornecem ao Direito um alerta para a necessidade de regulamentar o uso do sistema. A despeito da possibilidade de sua implementação no setor público, os exemplos de aplicações de *smart contracts* que, hoje, saltam aos nossos olhos, são todos voltados às relações entre particulares que, munidos de sua livre vontade, inserem determinações arbitrárias no contrato, cujo texto, escrito em código, por não gozar de disposição ou parecer legal acerca de sua natureza, viabilidade e aplicabilidade, torna duvidosa a maneira como as salvaguardas contratuais, trazidas pela legislação cível, podem ser aplicadas à sua realidade (REVOREDO, 2019).

Diante de tal omissão, soma-se, ainda, o fato de, se ocorrer de um *smart contract* entre dois indivíduos, que não observe condições protetivas, vier a causar danos a quaisquer das partes, ter-se-á uma grande dificuldade para as entidades do Judiciário identificarem e acusarem o transgressor, em face do anonimato promovido pela configuração de rede do *blockchain* (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015).

Dado o fato de, como dito anteriormente, a segurança do sistema em *blockchain* evitar vícios na execução do contrato, mas não impedir um possível vício na boa-fé objetiva da contratação desde o início, nada há de ser feito para evitar que um contratante leigo apenas concorde com os termos impostos unilateralmente pelo contratado, dificultando a revisão e reversibilidade das cláusulas abusivas frente à segurança da rede. Não obstante o fato de as partes, na fase pré-contratual, poderem deliberar acerca de cláusulas a serem inseridas no código, com o intuito de proteger seus interesses, tal medida não proporciona a mesma proteção concedida pelas normas civis aos contratos tradicionais, posto que essas últimas permitem aos contratados se furtar ao esforço de elaborar condições protetivas, ao mobilizar o sistema judiciário para tutelar as suas pretensões e cumprir esse feito (REVOREDO, 2019).

Essas situações-problema, embora, por ora, sejam somente especuladas no rol de possibilidades trazidas pelos *smart contracts*, já se somam à problemática do Direito diante da novel figura e assomam contra a legislação cível, tornando premente a necessidade de, nos próximos anos, trabalhar-se no conteúdo de normas específicas que ofereçam as balizas para a atuação jurídica, a fim de que as benesses advindas dos *smart contracts* sejam recebidas sem os riscos de uma aplicação desregulada.

Essas normas, contudo, devem, elas próprias, serem adaptadas para conseguir regular a realidade sobre a qual se debruçam. Uma vez que o *blockchain* proporciona uma verdadeira reformulação dos processos, dado o seu caráter disruptivo, o Direito tem a missão de oferecer um novo paradigma de leis que possam balancear o poder da tecnologia dos contratos inteligentes

e sistemas autônomos afins, a fim de que consiga viabilizar o crescimento econômico por eles oferecido, minorando seus riscos ao máximo (WRIGHT, DE FILIPPI, 2015).

CONCLUSÃO

Nada obstante o fato de os *smart contracts* figurarem como matéria oriunda da Informática e das Ciências da Computação, a inovação trazida pela tecnologia *blockchain* apresenta capacidades para provocar profundas alterações na vida em sociedade. Seja no Direito, na Economia, na iniciativa privada ou nas mídias, a proposta trazida por um mecanismo célere, quase intransponível, preservador do anonimato e redutor de custos e riscos, acaba por se tornar um horizonte ao qual tenderá a haver uma grande migração, seja para inovar ou se adaptar, uma vez que, conforme a implementação de seu uso se estenda por todo o mercado, adotá-los não se tornará uma opção, mas, sim, uma questão de sobrevivência, a exemplo do ocorrido com as demais tecnologias que, hoje, gozam de amplo uso em todo o globo.

Mesmo no atual momento, quando a principal aplicação dos *smart contracts* é voltada para a feitura de transações financeiras, parece que o mercado já começa a sentir as turbulências geradas pela sua aplicação. A maneira como o *blockchain* se amolda à realidade da movimentação de moedas, eliminando a figura das instituições financeiras (terceiro mediador) sem reduzir a segurança da transação - mas, ao revés, aumentando-a -, possibilita que os indivíduos alcancem os fins a que almejam de maneira mais rápida e eficaz, sinalizando, assim, uma tendência a ser observada nos próximos anos.

A mudança, contudo, tende a ser progressiva, e, dada a própria dinâmica das relações sociais, se espalhará conforme mais agentes passem a entender o funcionamento da ferramenta e novos estudos sobre seus resultados sejam evidenciados. Somente quando a matéria for mais aclarada, e consenso sobre a sua efetividade for formado, seu uso se tornará uma realidade irreversível, assim como seu *modus operandi* também o é.

Todavia, como jaz evidenciado pela história da humanidade, toda tecnologia portadora de grande potencial para mudanças benéficas, pode, também, tornar-se uma arma para a realização de condutas ilícitas. Em nosso contexto, todas os elementos que caracterizam os *smart contracts* guardam potencial, também, para a prática e ocultação de condutas desviantes, principalmente em um ambiente etéreo como as redes de computadores, tornando a atribuição da responsabilidade feito de inexorável trabalho.

Cabe ao Direito, especificamente ao Direito Civil, ante a tal proposta de reformulação da ordem contratual que, hoje, já perfaz ameaças, buscar amoldar suas máximas a uma nova realidade totalmente distinta da qual regula. Pois, como visto, os *smart contracts*, quando atendidos todos os requisitos que caracterizam um contrato, podem implicar em consequências relevantes para o Judiciário que, por não estarem submissas ao rigor da lei, fogem à atual

capacidade das normas contratuais de protegerem o interesse privado consubstanciado em linhas de código.

Por essas razões, a projeção de uma futura regulação para tal seara é um dever imperativo atribuído ao legislador cível, cujo agir deve ser prudente, posto que a proposta dos *smart contracts* demanda a inauguração de uma nova forma de pensar o direito contratual, evidenciando a necessidade de enxergar seus princípios. Do contrário, a simples aplicação de força cogente poderá acarretar a censura dos benefícios da nova tecnologia, na busca para dirimir seus possíveis danos.

REFERÊNCIAS

BETTI, Emílio. **Tratatto di diritto civile italiano**. Coordenado por Filippo Vassali, v. 15, t. 2; Teoria generale del negozio giuridico. 2. ed. Turim: Utet, 1950.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 8. ed. São Paulo, 1950. v. IV e V.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 431 da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>. Acesso em 10. out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **A revisão judicial dos contratos e a evolução do direito contratual**. 2004. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Considerações críticas sobre os smart contracts. **Revista Juris Plenum**. Caxias do Sul, a. 15, n. 87, pg. 137-158. maio-jun 2019.

DRUMMOND, Guedes Marcílio. SILVA, Monika Hosaki Silvino da. Soluções jurídicas e Blockchain: O papel das Startups. **Revista Criptomoedas e Blockchain Descomplicadas para Advogados**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 107-125, 2019.

EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Andrielly Pinho dos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**. João Pessoa, v. 9 n. 2, p. 49-64, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755/576> . Acesso em: 10 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** - 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Delber Pinto. Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts (Contracts ex machina: brief notes about the introductions of Blockchain technology and Smart Contracts). **Revista Eletrônica de Direito**. Porto, n 3, v. 17, pg. 40-55. Outubro, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3** [contratos e atos unilaterais.14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Gustavo Rabay; e MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. Legal remarks on the overarching complexities of Crypto anti-money laundering regulation. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 57, 2019. p. 83-115.

LEE, Judith Alison. LONG, Arthur. STEINER, Jeffrey. HANDLER, Stephenie Gosnell. WOOD, Zachary. Blockchain Technology and Legal Implications of 'Crypto 2.0'. **Bloomberg BNA - BNA's Banking Report**. March, 2015. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/Lee-Long-Blockchain-Technology-BNA-Banking-03.31.2015.pdf>.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MUNARETTO, Taís. **A segurança jurídica dos smart contracts nas transações executadas na tecnologia blockchain**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Universidade de Caxias do Sul. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/6349?show=full>. Acesso em 05. ago. 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**, 2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> . Acesso em 17 de janeiro de 2020.

Carlos Alberto de Souza Lima Junior

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO FRENTE AO PROCESSO DE EROÇÃO
DEMOCRÁTICA FOMENTADO PELAS FAKE NEWS E
PELO DISCURSO DE ÓDIO

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO PROCESSO DE EROÇÃO DEMOCRÁTICA FOMENTADO PELAS FAKE NEWS E PELO DISCURSO DE ÓDIO

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION FACED WITH THE PROCESS OF DEMOCRATIC EROSION FOMOTED BY FAKE NEWS AND HATE SPEECH

Carlos Alberto de Souza Lima Junior

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-Graduado em Direito Constitucional. Assessor de Magistrada do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

RESUMO

Compreender o papel desempenhado pelo direito fundamental à liberdade de expressão no contexto democrático, assim como os contornos constitucionais acerca do seu regular exercício, compreende finalidade precípua do presente estudo, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF no tocante à extensão e limites desse exercício, inclusive em sede do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse contexto, analisar o crescimento do processo de desinformação é de suma importância para compreender os riscos e impactos que a disseminação em massa de fake news provoca no seio democrático, notadamente na higidez e estabilidade das instituições do país. Ainda nessa perspectiva, identificar os elementos caracterizadores do denominado discurso de ódio de modo a afastá-lo da égide de proteção conferida à livre manifestação do pensamento própria de regimes não autoritários, é imprescindível no âmbito da presente pesquisa, de cunho essencialmente bibliográfico. Desse modo, a partir de referenciais teóricos da doutrina nacional e dos mais recentes desdobramentos jurisprudenciais no âmbito do STF sobre a matéria posta em discussão, o presente trabalho se presta a analisar os impactos que as fakes news e o discurso de ódio provocam no seio social e político e em que medida fomentam o processo de erosão democrática verificado nos últimos anos no país.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão. Fake News. Discurso de Ódio. Democracia.

ABSTRACT

Understanding the role played by the fundamental right to freedom of expression in the democratic context, as well as the constitutional contours about its regular exercise, comprises the main purpose of the present study, with emphasis on the jurisprudence of the Federal Supreme Court - STF regarding the extension and limits of this exercise, including in the context of the concentrated control of constitutionality. In this context, analyzing the growth of the disinformation process is of paramount importance to understand the risks and impacts that the mass dissemination of fake news causes in the democratic heart, notably in the health and stability of the country's institutions. Still from this perspective, identifying the characterizing elements of the so-called hate speech in order to move it away from the aegis of protection given to the free expression of thought proper to non-authoritarian regimes, is essential within the scope of this research, which is essentially bibliographic. In this way, based on theoretical

references of national doctrine and the most recent jurisprudential developments within the scope of the STF on the matter under discussion, the present work lends itself to analyzing the impacts that fake news and hate speech cause in society. and political and to what extent they foster the process of democratic erosion seen in recent years in the country.

Keywords: Freedom of Expression. Fake News. Hate Speech. Democracy.

INTRODUÇÃO

O cenário político, social e econômico verificado nos últimos anos no Brasil demonstra a existência de um conjunto de violações gradativas, porém generalizadas, no tocante aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Referida realidade é preocupante, sobretudo quando considerado o recente processo histórico de redemocratização do país, após longos anos de ditadura militar.

Como era de se esperar, após anos sombrios marcados pela censura, a liberdade de expressão foi alçada como uma das maiores marcas da democracia e da estabilidade das instituições democráticas. Não por outro motivo, a Constituição Federal de 1988, no tocante à comunicação social, estabelece que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”¹, bem como que “*é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”².

Dessa maneira, a partir de uma análise jurídica atual, o presente trabalho se presta a analisar os principais aspectos relacionados à proteção da liberdade de expressão no texto constitucional, realizando paralelos pontuais com a doutrina constitucional e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF enquanto guardião da Constituição³, notadamente no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, bem como do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no exercício do controle de legalidade.

Ato contínuo, serão analisadas as questões relacionadas ao intenso processo de desinformação verificado no país através das fake news, cenário agravado pelos constantes ataques à democracia que foram potencializados no meio digital, através da rede mundial de computadores (internet), sobretudo por meio das mídias e redes sociais de comunicação.

Lado outro, diante da grave crise institucional e democrática que assola o país, serão tecidas considerações acerca dos limites existentes entre o efetivo exercício da liberdade de expressão e as denominadas manifestações de ódio (*hate speech*), destacando-se as principais decisões proferidas pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade voltado à proteção da liberdade de expressão.

1 CF, art. 220, caput.

2 CF, art. 220, § 2º.

3 CF, art. 102, caput.

Finalmente, como objeto de nosso estudo, será analisado em que medida as fake news e o discurso de ódio afetam e comprometem a estabilidade do regime democrático no Brasil, com destaque para o processo de erosão democrática decorrente desse cenário de crise política e social.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito fundamental à liberdade de expressão encontra guarida no próprio texto constitucional, notadamente no denominado catálogo de direitos fundamentais constante do art. 5º da Constituição Federal de 1988, embora seu conteúdo se irradie por todo o ordenamento jurídico, inclusive na própria Carta Magna, para além do mencionado dispositivo constitucional.

A bem da verdade, a liberdade de expressão apresenta múltiplas facetas e variados desdobramentos, de modo que seu conteúdo não se exaure meramente através de seu exercício, na medida em que, enquanto direito fundamental, desempenha relevante papel democrático e de estabilização social. Discorrendo acerca da evolução e desafios da liberdade de expressão, Luís Roberto Barroso leciona que:

“[...] a Constituição protege expressamente a manifestação de pensamento, a atividade intelectual, artística, e científica, bem como a comunicação e o direito à informação. Apenas veda o anonimato e assegura o direito de resposta. No fundo, as principais limitações à liberdade de expressão estão associadas à proteção de outros direitos, chamados direitos da personalidade, que incluem a imagem, a honra e a privacidade das pessoas. Mesmo nesses casos, como regra, a consequência não é a proibição prévia da manifestação, mas, sim, o dever de pagar uma indenização. No caso da honra, o Código Penal prevê algumas hipóteses em que sua violação será crime.”⁴

Com efeito, ao prever que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” (CF/88, art. 5º, inc. IV), que “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*” (CF/88, art. 5º, inc. VI), bem como que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*” (CF/88, art. 5º, inc. IX), dentre várias outras disposições, a Lei Maior conferiu papel fundamental ao regular exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Não por outro motivo, José Afonso da Silva ao tecer considerações sobre referida temática pondera que:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.⁵

⁴ BARROSO, L. R. Da caverna à internet: evolução e desafios da liberdade de expressão. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-12, 2020, p. 5.

⁵ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 247.

Enquanto direito fundamental, a liberdade de expressão é dotada de historicidade (os direitos fundamentais nascem, modificam-se e desaparecem), inalienabilidade (os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis), imprescritibilidade (os direitos fundamentais nunca deixam de ser exigíveis) e irrenunciabilidade (os direitos fundamentais não podem ser renunciados), caracteres próprios dos direitos fundamentais, conforme anota José Afonso da Silva.⁶

Observe-se que, no tocante ao aspecto da historicidade, embora os direitos fundamentais sejam dotados de imprescritibilidade, isto é, nunca deixam de ser exigíveis, não há que falar em direito fundamental absoluto, uma vez que não são imutáveis e, portanto, modificam-se no tempo. Sendo assim, a liberdade de expressão compreende direito fundamental essencial ao regime democrático que não tem caráter absoluto, não admitindo exercício irrestrito, tampouco, irresponsável.

Tais considerações são muito importantes para entendimento do presente estudo, uma vez que apenas é possível compreender o real alcance da liberdade de expressão, quando, de fato, conhecemos os seus limites, bem como os seus contornos constitucionais, além de suas repercussões na relação com outros direitos e garantias previstos na Carta Magna.

Cumprе ressaltar que a promulgação da Constituição Cidadã em 05 de outubro de 1988, trouxe consigo um fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais em todo o ordenamento jurídico. Observe-se que, do ponto de vista topográfico, antes mesmo de adentrar na estruturação e organização político-administrativa do Estado e de suas instituições, o constituinte preocupou-se em concentrar no já mencionado artigo 5º, em rol não exaustivo, direitos e garantias individuais e coletivos, denotando a preponderância desses direitos e garantias frente a estruturação e funcionamento das mais diversas instituições estatais.

Nesse contexto, inclusive, o professor Ingo Sarlet chega a tecer considerações acerca da função estruturante que a liberdade de expressão assume no contexto de fortalecimento democrático e social do país. Segundo ao autor:

É nessa perspectiva que se pode afirmar que, mediante uma interpretação sistemática – aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático – a CF assegurou a tais liberdades uma posição (relativa) preferencial em face dos direitos de personalidade, que pode ser compreendida como uma preferência *prima facie*. Aliás, esse tem sido – ao menos até o momento – o entendimento que tem prevalecido na literatura nacional (embora a existência de significativo dissenso)¹⁹ e na jurisprudência, em especial nos Tribunais Superiores, com destaque aqui para o STF, ao menos em se levando em conta os principais casos julgados nos últimos anos, tem apontado para uma posição preferencial da liberdade de expressão e informação.

Ora, tendo em vista que a CF/88 representou um divisor de águas diante do processo de redemocratização do país, após um longo período ditatorial marcado essencialmente pela censura de profissionais e da própria sociedade, é inegável que a liberdade de expressão

⁶ Idem. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 183.

funciona como um dos pilares fundamentais da democracia, seja por garantir a pluralidade de ideias próprias dos regimes democráticos, seja pela importância de garantir a livre disseminação de opiniões, inclusive divergentes, fortalecendo, dessa maneira, o debate político e social.

Por tais razões, apesar de se celebrar mundialmente a liberdade de imprensa no dia 03 de maio, data instituída pela ONU em dezembro/1993, em virtude do artigo 19⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no dia 07 de junho celebra-se nacionalmente o Dia Nacional da Liberdade de Imprensa, desdobramento inafastável da liberdade de expressão, remorando o ano de 1977, oportunidade na qual cerca de três mil jornalistas realizaram um manifesto em defesa da liberdade de informação, ante a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5), responsável por instituir o período mais duro do regime ditatorial brasileiro⁸.

Para além do catálogo de direitos fundamentais, que não possui caráter exaustivo, conforme já mencionado, é possível identificar no próprio texto da constituição, tutelas específicas relacionadas à livre manifestação do pensamento e de opiniões no seio político, como forma de empoderar o exercício da atividade legislativa.

Preocupada em resguardar o pleno exercício das funções legislativas, a Constituição Federal de 1988 conferiu a denominada imunidade material, isto é, a inviolabilidade, sob o ponto de civil e penal, por quaisquer opiniões, palavras e votos proferidos por deputados e senadores da república (CF, art. 53, caput), bem como por vereadores (CF, art. 29, inc. VIII), com a ressalva, para estes últimos, de que estejam no exercício do mandato e na circunscrição do respectivo Município onde exercem o mandato eletivo.

Desse modo, em desdobramento mais específico voltado ao exercício da atividade legislativa, seja ela propriamente legislativa ou fiscalizadora, a liberdade de expressão funciona como um mecanismo de estabilização democrática, evitando, por assim dizer, o engessamento das funções parlamentares, que se valem, inevitavelmente do uso da palavra e portanto, da expressão para o bom desempenho de suas atribuições no seio político.

Contudo, conforme anota José Afonso da Silva ao discorrer acerca da liberdade de manifestação do pensamento, *in verbis*:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta.⁹

⁷ Artigo 19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

⁸ Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2022/06/07/analise-dia-nacional-da-liberdade-de-imprensa-e-uma-data-de-luta-contra-a-censura>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 247.

Nessa perspectiva, é evidente que o direito fundamental à liberdade de expressão encontra limitações na própria Constituição Federal no tocante ao seu exercício, possibilitando, inclusive, a responsabilização de quem pratica excessos, com repercussões, inclusive, na seara penal, conforme será discutido ao longo da presente pesquisa.

Diante de todas as considerações até aqui realizadas, não pairam dúvidas quanto à importância atribuída pelo constituinte à liberdade de expressão, sobretudo por se revestir da qualidade de direito fundamental. Contudo, tão importante quanto conhecer a definição e a abrangência do direito fundamental em comento, é conhecer eventuais limitações ao seu exercício advindas do próprio ordenamento jurídico, sobretudo da Constituição Federal.

3 FAKE NEWS, DESINFORMAÇÃO E DEMOCRACIA

Em matéria recente veiculada pelo Jornal O Globo no dia 25/06/2022, a Prefeita de Berlim, Franziska Giffey, foi vítima de golpe conhecido como *deepfake*. Segundo a notícia, Giffey conversou por videochamada falsa realizada no dia 24/06/2022 por cerca de 15 minutos com um indivíduo que se identificou como prefeito de Kiev. Tal prática, cada vez mais recorrente em diversas partes do mundo, representa uma verdadeira afronta à estabilidade das instituições democráticas, na medida em que promove o enfraquecimento da democracia e acelera o processo de desinformação, o que, inevitavelmente, afeta a segurança social e política de cada país.

Com efeito, o processo de desinformação provocado pelas *fake news* fere frontalmente os ideais democráticos e traz insegurança do ponto de vista político e institucional, afetando parcela considerável da população que por vezes sequer tem acesso a fontes seguras de informação, funcionando ao mesmo tempo como vítimas e agentes de notícias falsas.

Para fins didáticos, valendo-se da parábola bíblica do joio e do trigo descrita no evangelho de Mateus (13:24-30)¹⁰, é possível conceber as informações e notícias como sementes que são depositadas no campo da democracia, através do processo comunicacional, facilitado pela internet e pelas redes de relacionamento social.

O grande problema é identificar as notícias falsas (equiparadas ao joio, no presente exemplo), de modo a separá-las das notícias que efetivamente cooperam com o fortalecimento democrático (trigo, a boa semente). Isso ocorre porque o filtro entre o verdadeiro e o falso compreende uma linha muito tênue, de modo que filtrar tais informações, sobretudo quando disseminadas de forma massiva, como ocorre no meio digital, é tarefa um tanto quanto difícil.

Tal cenário é agravado mormente levando-se em consideração que não apenas indivíduos mal-intencionados atuam na aceleração do processo de desinformação, mas também indivíduos que, desconhecendo a origem e a veracidade das informações recebidas, funcionam como agentes propagadores de informações falsas.

¹⁰ Bíblia Sagrada Online. Disponível em: <https://www.bibliaon.com/mateus_13/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

Desse modo, a desinformação acaba por funcionar como ferramenta de controle por parte de grupos autoritários mal-intencionados, alijando principalmente, mas não apenas, minorias e grupos sociais vulneráveis do seio de debate democrático.

Nessa perspectiva, o efetivo combate às notícias falsas, assim como a responsabilização dos agentes que fomentam intencional e deliberadamente tal prática, é preocupação precípua de um Estado Democrático de Direito, sobretudo diante de uma democracia constitucional.

Para que se tenha noção da importância inerente ao pleno exercício da liberdade de expressão nos regimes democráticos, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, é de especial importância citar o caso do jornalista Aristeu Guida da Silva perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violações a diversos direitos fundamentais, inclusive à liberdade de pensamento e expressão. Aristeu Guida da Silva foi assassinado em São Fidélis/RJ no ano de 1995, por questões ligadas ao exercício da atividade jornalística, figurando como um defensor da liberdade de expressão.

Como forma de atendimento à parcela das recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o Estado brasileiro elaborou a Cartilha Aristeu Guida da Silva¹¹, que dispõe sobre os padrões internacionais de proteção de direitos humanos de jornalistas e comunicadores, mediante apresentação de normativas sobre liberdade de pensamento e de expressão no âmbito internacional, além de estabelecer diversas obrigações por parte do Estado com vistas a prevenir os crimes cometidos em razão do exercício da liberdade de pensamento e expressão, estimulando, inclusive, a adoção de reformas legais visando rever a criminalização da liberdade de expressão de profissionais de comunicação.

Desse modo, nas recomendações constantes da referida Cartilha, o Estado brasileiro reconhece “*a importância da liberdade de expressão e de imprensa enquanto direito humano essencial para o devido funcionamento da sociedade democrática*”¹², evidenciando, assim, a intrínseca relação entre o mencionado direito fundamental (e humano) como expressão dos valores da democracia.

Para o presente estudo, pontuar referido caso, sobretudo os seus desdobramentos nas searas internacional e nacional, permite ressaltar o papel fundamental que o processo de informação assume no fortalecimento das democracias. Não por outro motivo, a CIDH entendeu que “*a impunidade gera um forte efeito inibidor no exercício da liberdade de expressão e suas consequências para a democracia, que depende de um intercâmbio livre, aberto e dinâmico de ideias e informações, são particularmente graves*”, bem como que “*(...) o assassinato de jornalistas e membros de meios de comunicação constitui a mais extrema forma de censura*.”¹³, trazendo à tona o efeito inibidor da liberdade de expressão.

Sendo assim, é de fundamental importância tecer breves considerações sobre o

11 BRASIL. Cartilha Aristeu Guida da Silva: padrões internacionais de proteção de direitos humanos de jornalistas e de outros comunicadores e comunicadoras (2018).

12 Ibidem, p. 24.

13 CIDH, Relatório No. 7/16, Caso 12.213. Mérito (PUBLICAÇÃO). Aristeu Guida da Silva e família. Brasil. 13 de abril de 2016, p. 34, parágrafos 128 e 130.

denominado efeito resfriador sobre a liberdade de expressão, o *chilling effect*, expressão utilizada, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme é possível observar no julgamento do Inquérito 3.817-DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, oportunidade na qual o Min. Luis Roberto Barroso esclarece que:

[...] o debate público não pode ser paralisado sob a ameaça constante e generalizada da responsabilização penal e cível, especialmente no que se refere à manifestação de opiniões dos detentores de mandato parlamentar. O designado “efeito resfriador” sobre o discurso (*chilling effect*) deve ser evitado, sob pena de induzir à autocensura e à mitigação do debate democrático e difusão da informação.¹⁴

Cumprido ressaltar que, no caso em apreço, o STF analisava se declarações prestadas por parlamentar federal estariam ligadas ao exercício do mandato e, por conseguinte, acobertadas pela imunidade material prevista no art. 53 da Carta Magna, uma vez que tais declarações ocorreram fora da tribuna da Casa Legislativa.

Por ocasião do julgamento, além de reconhecer que as declarações estariam acobertadas pela inviolabilidade parlamentar, o STF reafirmou o entendimento da Corte no sentido de que se deve resguardar o pleno exercício da atividade legislativa, sob pena de engessar a atuação dos representantes do povo brasileiro.

Conforme destacado no trecho supracitado, o efeito resfriador paralisa o próprio debate público, seio da democracia, e, como tal, deve ser combatido, sob pena de comprometimento da liberdade de expressão e do próprio acesso à informação por parte dos diversos setores da sociedade.

É inconteste que a defesa da liberdade de expressão e o combate à censura figuram como uma das maiores manifestações na proteção à estabilidade do Estado Democrático de Direito, inclusive às instituições democráticas. Observe-se que, ao garantir a aplicação da imunidade material parlamentar prevista na Carta Magna, o STF além de garantir o devido exercício da atividade parlamentar, fortalece a atuação das Casas Legislativas, fomentando uma maior estabilidade democrático-institucional.

Com efeito, no seio da democracia representativa, a manifestação parlamentar figura como manifestação da vontade popular, corolário da democracia, de sorte que o *chilling effect* figura como uma verdadeira ameaça ao pleno exercício da liberdade de expressão, na medida em que inibe a manifestação de pensamento, sob constante receio de responsabilização na esfera penal ou civil, mitigando, assim, aspectos essenciais de um regime democrático.

Segundo anota Sabrina Favero, a proteção à liberdade de expressão advém da necessária limitação do poder, da busca da verdade, da formação da opinião pública, assim como do pluralismo político e do fortalecimento da democracia, sendo necessário por vezes, em prol desses valores, tolerar opiniões contramajoritárias e críticas.¹⁵

¹⁴ STF, Inquérito 3.817, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, de 07.04.2015 (2015).

¹⁵ FAVERO, S. Liberdade de expressão e o efeito resfriador das indenizações por dano moral. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Santa Catarina, v. 6, n. 1, p. 67-100, 2018, p. 97.

Nesse contexto, há de se destacar que um dos grandes problemas enfrentados pelas democracias de todo o mundo reside na potencialidade de propagação de fake news através dos mais diversos canais de comunicação, especialmente no meio virtual. Enquanto notícias falsas propagam a desinformação numa escala geométrica (isto é, massiva), o acesso à informação segura opera-se numa escala aritmética. Desse modo, torna-se muito mais simples propagar a informação falsa do que combatê-la.

Não por outro motivo, *“a velocidade está sendo a grande 'carta na manga' das notícias falsas, as quais se disseminam por meio de diversas mídias sociais como WhatsApp, Facebook, Twitter, entre outras de grande aderência”*, posto que *“a notícia ganha impulso, propaga-se como um verdadeiro incêndio virtual e, dessa forma, consolida opiniões e supostos conhecimentos sobre os mais variados temas.”*¹⁶

Observe-se que o processo de desinformação abarca diversas áreas do saber e do conhecimento científico, representado um verdadeiro risco para a estabilidade democrática. Seja no seio político, econômico, acadêmico, eleitoral ou social, o processo de desinformação atua no sentido de deslegitimar a veracidade de informações relevantes do ponto de vista do interesse público como forma de enfraquecer a democracia.

Para que se tenha noção da gravidade da situação ora debatida, preocupado com a recorrente repercussão de informações falsas, o Ministério da Saúde criou o canal "Saúde sem Fake News" em 2018, mediante disponibilização de um contato telefônico para que a população, antes de compartilhar, pudesse enviar as supostas notícias verdadeiras de modo a verificar a sua autenticidade.¹⁷

Dessa maneira, é possível observar claramente que a propagação de notícias falsas na área da saúde, por exemplo, fomenta o enfraquecimento de instituições democráticas responsáveis pela promoção do direito à saúde, direito social assegurado constitucionalmente, gerando, inclusive, uma espécie de deslegitimação da comunidade científica afeta à matéria.

Além de todos esses percalços, a desinformação milita em desfavor da estabilidade e segurança das instituições que contribuem para o fortalecimento do regime democrático, na medida em que facilita a propagação de discursos populistas e autoritários de modo veloz e desmedido, dificultando ou até mesmo impedindo a checagem da fonte das informações.

Ressalte-se, por oportuno, que a responsabilidade pelo combate ao processo de desinformação demanda uma atuação conjunta do governo e da sociedade civil, envolvendo instituições, pessoas físicas e jurídicas, grupos sociais, partidos políticos e quaisquer organizações que, de forma direta ou indireta, participem do regime democrático. Com efeito, o funcionamento da democracia é bastante dinâmico e só se aperfeiçoa com a devida participação social, inclusive no combate às notícias falsas. Nesse sentido:

¹⁶ GOMES, S. F.; PENNA, J. C. B. O.; ARROIO, A. Fake News Científicas: Percepção, Persuasão e Letramento. *Ciência & Educação*, Bauru, v. 26, e20018, p. 1-13, 2020, p. 3.

¹⁷ Ibidem, p. 3.

Não devemos esquecer que a questão não se limita unicamente a desafiar os governos, pois a sociedade civil precisa se empenhar em encontrar a solução. Nem deve ser da exclusiva responsabilidade das empresas que possuem redes sociais combater a disseminação de notícias falsas nessas plataformas. Há muitas experiências de alfabetização digital e agências de verificação de fatos que emergiram de iniciativas de instituições não governamentais.¹⁸

Desse modo, da mesma forma que a democracia pressupõe uma participação ativa e conjunta da sociedade civil, pautada na pluralidade e livre manifestação de pensamento, exige, igualmente, uma atuação responsável, como forma de combater elementos e ideias que vão de encontro aos ideais democráticos.

No Brasil, as tensões causadas pela desinformação são tão nítidas e reais que levaram à elaboração do Projeto de Lei nº 2630/2020¹⁹ (conhecido como PL das Fake News), de autoria do Senador Alessandro Vieira, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados que versa acerca das medidas de combate à disseminação de conteúdo falso nas redes sociais (Facebook, Twitter etc.), bem como nos serviços de mensagens privadas (WhatsApp e Telegram), prevendo, inclusive, a criação de um Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.

A tramitação do mencionado projeto demonstra a preocupação do Poder Legislativo com o aumento alarmante de fake news nos espaços público e privado do Brasil, comprometendo o acesso à informação e acelerando o processo de desinformação em massa, especialmente nos meios virtuais e na internet de um modo geral.

Nesse aspecto, Gustavo Ferreira dos Santos concebe que as redes sociais impuseram uma mudança estrutural na internet, criando uma nova relação entre o processo comunicacional no seio democrático. Segundo referido autor:

Hoje, as redes sociais desempenham um papel crucial nessa relação entre comunicação e democracia, para o bem e para o mal. Aos poucos, elas mudaram a configuração da Internet. Surgiram já no início do século XXI, mas se popularizaram apenas em torno de 2010. Hoje, plataformas como *Facebook*, *Instagram* ou *Twitter* tornaram-se pontos de encontro onde começa a maior parte do tráfego da Internet e onde as pessoas encontram quase toda a informação que consomem, aumentando o poder dessas empresas.²⁰

Observe-se que, conforme destaca referido autor, as redes sociais potencializaram a capacidade comunicativa em torno do debate democrático, fortalecendo, nesse sentido, a

18 SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy**: a internet contra a democracia constitucional. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 97.

19 Fonte: Agência Câmara de Notícias. Projeto do Senado de combate a notícias falsas chega à Câmara. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/673694-projeto-do-senado-de-combate-a-noticias-falsas-chega-a-camara/>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

20 SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy**: a internet contra a democracia constitucional. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 43.

própria estabilidade democrática (daí falar-se em papel crucial “para o bem”). Lado outro, referida realidade trouxe riscos consideráveis para a denominada democracia constitucional, uma vez que todo o tráfego de informações é continuamente controlado pelas redes sociais, que figuram como vastas redes de relacionamento.

Nesse sentido, o autor pondera que a desinformação provoca a corrosão da democracia, uma vez que o enfraquecimento da democracia constitucional guarda estreita relação com as campanhas massivas de desinformação, de sorte que ambos os fenômenos se alimentam de maneira recíproca.²¹

4 LIMITES ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

No tocante aos limites existentes entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o discurso de ódio, é preciso destacar que o ordenamento jurídico pátrio não compactua, tampouco tolera, comportamentos ou manifestações que incitem o ódio, a violência, a intolerância ou o preconceito. Nesse sentido, em julgado recente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “*A liberdade de expressão não alcança a prática de discursos dolosos, com intuito manifestamente difamatório, de juízos depreciativos de mero valor, de injúrias em razão da forma ou de críticas aviltantes*”.

Cumprido ressaltar que no julgamento em comento, o SFT enfrentava matéria afeta às prerrogativas e imunidades parlamentares, na medida em que, conforme já destacado no presente trabalho, nos termos do art. 53, caput, da Constituição Federal de 1988, “*os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*”. Com efeito, nem mesmo o parlamentar que promove discursos de cunho difamatório ou injurioso, sem relação com o exercício do cargo, não pode invocar a proteção advinda do exercício irrestrito da liberdade de expressão.

Isso porque a liberdade de expressão, em sua mais ampla acepção, não pode ser considerada um direito fundamental de natureza absoluta, passível de exercício irrestrito e proteção ilimitada, na medida em que encontra limites no próprio ordenamento jurídico pátrio.

A título exemplificativo, é possível apontar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), no qual o STF, dando interpretação conforme à Constituição, enquadrava a homofobia e a transfobia nos tipos penais insculpidos na Lei nº 7.716/89, diploma legal responsável pela definição das infrações penais decorrentes de preconceito de raça ou de cor, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. Desse modo, a partir da criminalização de determinadas condutas, o próprio Direito Penal funciona como uma limitação ao direito fundamental à liberdade de expressão.

²¹ Ibidem, p. 73.

Nessa mesma linha argumentativa, discursos de ódio baseados em ideais nazistas ou que simplesmente façam apologia ao nazismo, nos termos da já mencionada Lei nº 7.716/89, assim como ofensas proferidas contra o povo judeu, tal como sedimentado pelo STF no julgamento do HC 82424/RS, revelam que a liberdade de expressão não compreende direito fundamental absoluto, encontrando limitações na própria seara penal, que, pontue-se, figura como *ultima ratio* no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao dissertar sobre o tema e preocupado com a conceituação que envolve a temática ora debatida, o professor Ingo Sarlet pondera que, *in verbis*:

De modo a promover aqui e desde logo um acordo semântico, sabendo-se da polêmica que envolve a adoção de um conceito aberto e abrangente, o discurso de ódio envolve todos os casos que expressam manifestações voltadas para a cultura da humilhação, englobando ações como cyberbullying, revenge porn e o assim chamado linchamento virtual. Note-se que, de acordo com recomendação do Conselho da Europa – de crucial relevância também para o presente texto - cada expressão que divulga, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, antisemitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por um nacionalismo de cunho agressivo, etnocentrismo ou hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira é considerado uma espécie de discurso do ódio.²²

Dessa maneira, depreende-se que o discurso de ódio apresenta uma conceituação abrangente, na medida em que abarca palavras, opiniões, manifestações e comportamentos que promovam o ódio, a intolerância, a violência e o preconceito, inclusive na seara virtual, que acaba por potencializar a disseminação de discursos dessa natureza, sobrepondo os limites territoriais e temporais.

O exercício da liberdade de expressão tolera, inclusive, manifestações contrárias, bem como de cunho satírico ou jocoso, mas não de opiniões minadas pelo discurso de ódio que representem atentado contra o Estado Democrático de Direito e contra a própria democracia. Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no bojo da AP 1.044/DF²³, oportunidade na qual o Tribunal considerou que “*A liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia*”. Observe-se que, segundo o entendimento firmado, até mesmo opiniões ou manifestações calcadas em erro por parte de quem as profere, são passíveis de proteção quando consideradas enquanto manifestação do pensamento, desde que não tragam consigo discursos manifestamente criminosos ou que incitem o ódio.

Referindo-se à discussão das manifestações de ódio (*hate speech*), Luís Roberto Barroso pontua que, *in verbis*:

²² SARLET, I. W. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais*, Brasil, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set. /dez. 2019, p. 1208-1209.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 1.044/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, j. 20.04.2022 (2022).

Um tema que divide corações e mentes é o das manifestações de ódio, frequentemente referidas por sua identificação em inglês: *hate speech*. O conceito traduz referências ofensivas, discriminatórias ou depreciativas de grupos minoritários ou vulneráveis. Na Alemanha, como visto, tal forma de expressão não é protegida. No Brasil, tampouco. Decisões do Supremo Tribunal Federal consideraram crimes manifestações negacionistas do holocausto ou preconceituosas contra o povo judeu, por constituir incitação ao racismo. Adotou a mesma linha de entendimento relativamente a ameaças, agressões e discriminações contra pessoas da comunidade LGBTI+, ao equiparar a homofobia ao racismo.²⁴

Sendo assim, conforme trecho acima mencionado, o discurso de ódio é caracterizado substancialmente por manifestações dotadas de ofensas e preconceitos voltados em sua maioria para grupos vulneráveis e minoritários da sociedade brasileira, estigmatizados por práticas e discursos que intensificam a desigualdade social.

Ainda no que se refere aos limites no exercício dos direitos e liberdades fundamentais, compreendidas aqui as múltiplas manifestações da liberdade de expressão, Gustavo Ferreira Santos leciona que, *in verbis*:

O exercício das liberdades de informação e comunicação dá-se em consonância com outros interesses constitucionalmente protegidos. Não é compatível com o conceito de Estado Democrático de Direito, em especial na versão do constitucionalismo atualmente vigente, a existência de direitos ilimitados. A relatividade dos direitos fundamentais faz com que os seus conteúdos sejam construídos na aplicação, em um processo hermenêutico de harmonização de diversas posições jusfundamentais protegidas.²⁵

Dessa maneira, como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de expressão não comporta exercício absoluto que importe na ofensa a outros direitos constitucionalmente tutelados, havendo, portanto, limitações no próprio ordenamento jurídico pátrio, conforme já amplamente destacado, inclusive, no seio do controle concentrado de constitucionalidade.

É importante destacar, contudo, que tais limitações também não podem ser interpretadas e aplicadas de forma desmedida, sob pena de afronta ao regular exercício da liberdade de expressão. Nesse ponto, ao julgar o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 691897, o Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou entendimento segundo o qual as “*manifestações por parte da imprensa de natureza crítica, satírica, agressiva, grosseira ou deselegante não autorizam, por si sós, o uso do direito penal para, mesmo que de forma indireta, silenciar a atividade jornalística*”.²⁶

Na hipótese, o Tribunal analisava caso em que fora apresentada queixa-crime contra um jornalista que havia publicado em revista nacional de reportagem, crítica à atuação de uma autoridade pública. Apesar de considerar as críticas “grosseiras e deselegantes”, o STJ entendeu que as críticas não extrapolaram os limites da liberdade de imprensa (desdobramento

²⁴ BARROSO, L. R. Da caverna à internet: evolução e desafios da liberdade de expressão. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-12, 2020, p. 9.

²⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito fundamental à comunicação e princípio democrático**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, p. 14.

²⁶ AgRg no HC n. 691.897/DF, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 26/5/2022.

da liberdade de expressão), sobretudo quando considerada a supremacia do interesse público no tocante à atuação profissional de agentes públicos.

Sobre referida temática, o Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI 4451/DF, discorre nos seguintes moldes:

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva²⁷.

Inegável, portanto, que até mesmo pela via do controle judicial, a liberdade de expressão assume posição preponderante, figurando como aspecto elementar e estruturante para o pleno e regular funcionamento do regime democrático, seja na seara pública ou privada, seja nas manifestações de opiniões ou na realização de críticas.

Em decisão recentíssima proferida nos autos da Representação 0600543-76.2022.6.00.0000, processada perante o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, o presidente em exercício, Min. Alexandre de Moraes, consignou que a *“Liberdade de expressão não é Liberdade de agressão! Liberdade de expressão não é Liberdade de destruição da Democracia, das Instituições e da dignidade e honra alheias! Liberdade de expressão não é Liberdade de propagação de discursos mentirosos, agressivos, de ódio e preconceituosos!”*.²⁸

Mais uma vez, o Poder Judiciário atua no sentido de combater o exercício irresponsável, desmedido e abusivo do direito fundamental à liberdade de expressão, que não pode ser utilizado deliberadamente como mecanismo de afronta aos ideais democráticos, sobretudo quando utilizado para veicular discursos que alimentam tensões sociais através do preconceito e da intolerância.

Há de se destacar que é através de discursos dessa natureza que regimes totalitários e antidemocráticos buscam legitimar-se, valendo-se, por vezes, de manifestações aparentemente inofensivas. Entretanto, a partir do momento em que tais discursos não são combatidos no seio democrático, criam raízes profundas que acabam alimentando o processo de erosão democrática e de instabilidade político-social.

Atento a essa realidade, Gustavo Ferreira Santos leciona que houve uma deterioração do debate político, com o agravamento da polarização política, induzindo a radicalização dos discursos e amplificando o discurso de ódio na política. Como resultado, destaca que processos eleitorais mais recentes, no Brasil e no mundo, sofreram influência direta de disputas

²⁷ ADI 4451/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018 (2018).

²⁸ Reclamação 0600543-76.2022.6.00.0000 (TSE), decisão do presidente em exercício Min. Alexandre de Moraes, em 17/07/2022 (2022).

que se valem das redes sociais, contando ainda com um fator agravante: as campanhas de desinformação.²⁹

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito não tolera a subsistência da liberdade de expressão paralelamente ao discurso de ódio, uma vez que figuram como aspectos excludentes, de sorte que, se há espaço para o discurso de ódio, necessariamente, não haverá espaço para o exercício regular da liberdade de expressão.

5 IMPACTOS DAS FAKE NEWS E DO DISCURSO DE ÓDIO NA ESTABILIDADE DEMOCRÁTICO-INSTITUCIONAL NO BRASIL

Diante de todas as considerações realizadas ao longo do presente trabalho, não pairam dúvidas acerca do papel fundamental desempenhado pela liberdade de expressão no fortalecimento do regime democrático, ainda mais em um país marcado por um passado recente fundado na censura e na arbitrariedade.

Além de todos esses fatores, há de se considerar que o Brasil compreende um país de dimensões continentais, marcado por profundas desigualdades regionais e locais, o que acaba por promover um evidente desequilíbrio no acesso à informação, comprometendo, assim, a livre manifestação de pensamento e o direito fundamental de acesso à informação, corolários para o pleno exercício da cidadania, fundamento da República (art. 1º, II, da CF/88).

A bem da verdade, o impacto advindo do intenso processo de desinformação verificado nos últimos anos no país, aliado ao fortalecimento de discursos extremistas de cunho essencialmente de ódio, interfere, inclusive, no desenvolvimento do processo eleitoral, cada vez mais marcado por manifestações e discursos que atentam contra os ideais democráticos. Acerca do referido tema, o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, Luiz Fux, destacou que “*países com democracias sólidas e textos constitucionais robustos conseguem garantir a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, um jornalismo político-eleitoral combativo, crítico e investigativo.*”³⁰ E continua ponderando que:

A imprensa é vital a qualquer democracia. Tem a nobre função, entre outras tantas, de qualificar o debate público, indicando dados corretos e informações contextualizadas e precisas. Investigar e expor inverdades, com base em apurações isentas e fontes de dados legítimas, não pode resultar em hostilidade.³¹

Ora, é inegável que o debate público promovido pelos mais diversos meios de imprensa figura como elemento de extrema relevância para a manifestação de pensamento, permitindo

²⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy**: a internet contra a democracia constitucional. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 44.

³⁰ FUX, Luiz. **Contra notícia falsa, mais jornalismo** (2018). Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/luiz-fux-contra-noticia-falsa-mais-jornalismo.ghtml>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

³¹ Ibidem.

a divulgação de informações que facilitam o engajamento democrático da população, notadamente no espaço político. O problema ocorre quando discursos sensacionalistas e as fake news ocupam tal espaço de debate, alcançando, por vezes, parcela considerável da população que sequer checa a fonte ou a veracidade do conteúdo. E o pior: normalmente, esse processo de desinformação se opera de maneira massiva, isto é, numa escala progressiva e desmedida.

Nesse cenário, há de se destacar que a internet e as redes sociais facilitam sobremaneira o processo de desinformação. Ao mesmo tempo em que assumem papel fundamental no seio social, promovendo a democratização do acesso à informação e fomentando o debate político, eliminando barreiras de comunicação locais, regionais e até nacionais, potencializam a prática de discursos de ódio e abrem espaço para as fake news, gerando impactos incomensuráveis para as democracias, especialmente diante de democracias ainda não consolidadas do ponto de vista fático.

Atento ao contexto ora debatido, o professor Ingo Sarlet destaca, inclusive, que o ambiente digital criado pela internet, profundamente marcado pelas mídias sociais, rompeu com as dimensões espacial e temporal, eliminando barreiras outrora existentes e facilitando a propagação de discursos e informações. A grande questão realçada pelo autor diz respeito aos perigos e riscos gerados pelo discurso de ódio, circunstância que gera preocupação para o poder público, assim como para os denominados (na linguagem do autor) gigantes da internet (Google, Facebook etc.).³² Apesar de todos os esforços envidados no combate à disseminação de fake news e de discursos de ódio, a internet, ao mesmo tempo em que facilita a comunicação global, potencializa a prática da desinformação, afetando o pleno desenvolvimento do regime democrático.

Para que se tenha ideia da importância da informação e do diálogo em uma democracia constitucional, Pierpaolo Cruz Bottini, ao tecer considerações acerca dos limites da liberdade de expressão, aduz que o próprio STF, na qualidade de guardião da constituição, tomou decisões relevantes com vistas a garantir e efetivar o direito de manifestação e de comunicação através da declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, da liberação para publicação de biografias não autorizadas, além de proteger, em inúmeras ocasiões, o sigilo de fonte dos jornalistas.³³

Ora, se o acesso à informação e a própria comunicação compreendem elementos basilares no fortalecimento da democracia, é evidente que a face inversa (fake news, desinformação, discursos de ódio) provocam o enfraquecimento desse regime político e, por conseguinte, geram uma instabilidade político-institucional que vem à tona a partir de discursos e práticas extremistas e de intolerância. Não por outro motivo, a imprensa assume relevante

32 SARLET, I. W. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais*, Brasil, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019, p. 1211.

33 BOTTINI, P. C. **Os limites à liberdade de expressão**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->>. Acesso em: 14 jul. 2022

papel no processo de estabilização democrática, na medida em que assume um compromisso no combate às inverdades e na promoção de acesso a informações legítimas.

Outrossim, cumpre ressaltar que, segundo aponta Jónatas Machado, a liberdade de expressão enquanto direito fundamental expressivo na manutenção do regime democrático apresenta diversos objetivos, dentre os quais é possível destacar: (I) a autodeterminação democrática, (II) o controle da atividade governativa e do exercício do poder, (III) o estabelecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público, (IV) a garantia da diversidade de opiniões, (V) a promoção e expressão da autonomia individual, bem como (VI) a formação de concepção multifuncional das liberdades de comunicação.³⁴

Com efeito, a liberdade de expressão guarda relação direta com a efetivação de diversas garantias fundamentais, figurando, inclusive, como limitação à atuação do próprio Poder Público, a quem é vedado censurar ou atentar deliberadamente contra a livre manifestação de opiniões e de pensamento, sob pena de atentado ao próprio Estado Democrático de Direito.

Observe-se nesse ponto que os objetivos precípuos dessa liberdade fundamental desaguam necessariamente em elementos intrinsecamente ligados à democracia, seja na preservação da autodeterminação democrática (valendo-se da expressão cunhada pelo autor supracitado), seja no controle das instituições que exercem de fato o poder estatal.

Sem maiores esforços hermenêuticos, é possível conceber que a afronta à liberdade de expressão, considerados os seus múltiplos desdobramentos, enfraquece a democracia, na medida em que dificulta, inclusive, o controle sobre a atividade estatal por parte da população, refém, por vezes, de discursos de ódio que incitam a violência contra instituições fundamentais para o pleno exercício democrático.

E é exatamente nesse contexto que surgem os primeiros sinais do processo de erosão democrática, fenômeno que mina a estrutura do regime democrático e compromete o funcionamento das instituições, bem como o equilíbrio entre os Poderes da República, uma vez que afeta a independência e harmonia preconizadas no art. 2º da Constituição da República³⁵.

Ao tecer considerações acerca dos riscos de erosão do regime democrático na realidade política de Portugal, Jorge Miranda aponta alguns sinais de erosão democrática que afetam o funcionamento do sistema político, aspectos que podem muito bem ser igualmente identificados na democracia do Brasil, dentre os quais citamos: (I) o número elevadíssimo de abstenções em todas as eleições; (II) a pouca renovação da chamada classe política, com perpetuação de muitas pessoas nos mesmos cargos ou em sucessivos cargos a todos os níveis; (III) o desvio da representação política, transformada em representação só dos partidos, com total ou quase total sublaternização dos Deputados, os únicos eleitos pelos

³⁴ MACHADO, J. E. M. *apud* LUNA, N. M. P. A. F.; SANTOS, G. F. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. **Revista Gênero e Direito**, Brasil, v. 3, n. 2, p. 177-193, 2014, p. 179.

³⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

cidadãos; (IV) as dificuldades de chegada ao Parlamento de novos partidos, mantendo-se o quadripartidarismo de há quarenta anos; (V) o déficit democrático, com afastamento e alheamento dos cidadãos e dos Parlamentares nacionais das grandes decisões económicas, sociais e políticas dos órgãos da União.³⁶

Ora, merece destaque a carência de renovação política aventada pelo autor acima citado, uma vez que, no Brasil, a representatividade política de grupos minoritários ainda é muito tímida, o que dificulta o pleno exercício de suas pretensões e enfraquece o processo político-democrático.

Tal carência potencializa o preconceito e a intolerância através de manifestações de ódio, uma vez que as minorias não contam com a devida representação democrática de que efetivamente necessitam, evidenciando, desse modo, um sintoma de erosão democrática.

No mesmo sentido, o distanciamento da população de seus representantes, notadamente no âmbito do Poder Legislativo, provoca o denominado “déficit democrático”, haja vista que dificulta a efetiva participação social nas principais decisões de cunho político, económico e social que norteiam o funcionamento da democracia no Brasil, esvaziando, por assim dizer, a própria liberdade de expressão enquanto direito fundamental no exercício da cidadania.

Os impactos decorrentes desse processo de erosão democrática são sutis e ocorrem de maneira gradual e paulatina, afetando diversos setores sociais que a todo tempo são bombardeados com a desinformação e com discursos extremistas de natureza antidemocrática, acompanhados com resquícios de intolerância e de ódio, elementos sempre presentes em regimes autoritários.

Por tais razões, em um país marcado por profundas desigualdades regionais, com déficit nos níveis de educação básica, a desinformação figura como uma verdadeira inimiga na busca pelo fortalecimento do regime democrático, ao passo que fragiliza a participação política da população, desencadeando uma verdadeira crise no exercício da democracia.

Não se pode olvidar que “[...] *as garantias relacionadas com a comunicação, tais como a liberdade de expressão, o direito à informação e a liberdade de imprensa, estão entre os direitos mais importantes para a democracia.*”³⁷

No tocante aos impactos e repercussões das manifestações de ódio no seio democrático, destaca Gustavo Ferreira Santos, *in verbis*:

O discurso que fomenta o ódio é perigoso para a democracia, por ser um discurso que estigmatiza indivíduos e grupos, reduzindo suas capacidades de intervenção no debate político e que pode contribuir para viabilizar situações de violência física. É uma palavra-ação, pois instiga, incentiva a violência. Não pode uma democracia constitucional ficar indiferente ao impacto que tal discurso pode provocar.³⁸

³⁶ MIRANDA, J. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 62, p. 81-89, out./dez. 2016, p. 84-85.

³⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy**: a internet contra a democracia constitucional. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 45.

³⁸ Ibidem, p. 59-60.

A partir do trecho supramencionado é possível extrair valiosos ensinamentos acerca dos impactos (negativos, por óbvio) dos discursos de ódio para a democracia. Primeiramente por serem as manifestações de ódio mecanismos de estigmatização social, sobretudo para grupos minoritários e vulneráveis, posto que limitam ou restringem o pleno acesso desses grupos ao debate público e político.

Para além dessa problemática, discursos fundados na intolerância e no preconceito não raro extrapolam a esfera comunicacional e atingem a integridade física de pessoas e grupos, revelando a face mais sombria desse cenário: a violência. Não por outro motivo, o autor citado afirma que o discurso que fomenta o ódio figura como uma palavra-ação, isto é, busca legitimar o uso da violência e até a defende.

E é exatamente por isso que manifestações dessa natureza, ainda que aparentem inofensividade, devem ser fortemente combatidas pelos cidadãos e pelas instituições democráticas, sob pena de acelerarem o processo de erosão democrática verificado nos últimos anos no país, sobretudo no contexto do debate político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações tecidas ao longo do presente estudo é possível conceber o direito fundamental à liberdade de expressão muito mais como uma prática democrática de exercício da cidadania, do que como um mero discurso ou manifestação de pensamento.

Com efeito, o processo de erosão democrática implica num verdadeiro panorama de enfraquecimento dos sistemas político e eleitoral, criando um ambiente marcado por constantes atritos institucionais e por ataques à democracia constitucional, cenário que acaba se agravando diante da intensa pulverização de fake news e de manifestações de ódio no seio social, sobretudo através da internet, conforme amplamente pontuado no presente estudo.

A democracia não comporta excessos, extremismos, tampouco censura ou desinformação, posto que, enquanto regime político, protege inclusive as minorias e os grupos sociais vulneráveis, figurando a liberdade de expressão como elemento basilar da estabilidade democrático-institucional no país.

O intenso processo de erosão democrática verificado nos últimos anos no Brasil agride constantemente os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, provocando erupções de ódio e de violência no corpo social e resultando no enfraquecimento do debate público, sem o qual não sobrevive o regime democrático.

Pode-se afirmar, inclusive, que a democracia respira e sobrevive através do contínuo exercício de múltiplas liberdades, inclusive da livre, porém responsável, manifestação de pensamento, que permite o pleno debate e a coexistência de ideias pluralistas, assim como de opiniões antagônicas e divergentes entre si.

Enquanto direito fundamental que se manifesta através de diversas possibilidades

de manifestação de pensamento, a liberdade de expressão está para a democracia, assim como a democracia está para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, inc. I).

Sendo assim, a desinformação e as manifestações de ódio figuram como verdadeiros cânceres no corpo social, interferindo negativamente no funcionamento de todo o sistema democrático, prejudicando, sobretudo, os setores mais vulneráveis da sociedade.

A liberdade de expressão não é somente um direito fundamental, é manifestação precípua do próprio regime democrático, incompatível com mecanismos de desinformação e com manifestações de ódio e de intolerância. Por tais motivos, fake news e discursos de ódio devem ser combatidos e aliçados do debate político e social, sob pena facilitar o processo de corrosão da democracia.

Por fim, cumpre destacar que as presentes considerações não se prestam a exaurir o debate sobre a matéria, tampouco expressam conclusões finalísticas sobre o conteúdo ora debatido, posto que funcionam como elementos de reflexão para a potencialização do debate público e de fortalecimento da democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Projeto do Senado de combate a notícias falsas chega à Câmara**. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/673694-projeto-do-senado-de-combate-a-noticias-falsas-chega-a-camara/>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

AgRg no HC n. 691.897/DF, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 26/5/2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da caverna à internet: evolução e desafios da liberdade de expressão. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-12, 2020. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/350704000_Da_caverna_a_internet_evolucao_e_desafios_da_liberdade_de_expressao >. Acesso em: 29 jul. 2022.

BOTTINI, P. C. **Os limites à liberdade de expressão**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. **Cartilha Aristeu Guida da Silva**: padrões internacionais de proteção de direitos humanos de jornalistas e de outros comunicadores e comunicadoras (2018). Disponível em: < https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/cartilha-governamental-sobre-a-protecao-de-jornalistas-e-outros-comunicadores-sera-lancada-nesta-quarta-feira-12/copy2_of_v5_CartilhaAristeuGuida.pdf >. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**:

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. STF. **Inquérito 3.817**, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso, de 07.04.2015 (2015).

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. **ADI 4451/DF**, rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018 (2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**, rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. 06.10.2020 (2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 1.044/DF**, rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, j. 20.04.2022 (2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424/RS**, rel. Min. Moreira Alves, redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, j. 17.09.2003 (2003).

BRASIL. TSE. **Reclamação 0600543-76.2022.6.00.0000**, decisão do presidente em exercício Min. Alexandre de Moraes, em 17/07/2022 (2022).

CIDH, **Relatório No. 7/16, Caso 12.213**. Mérito (PUBLICAÇÃO). Aristeu Guida da Silva e família. Brasil. 13 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/BRPU12213PO.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

FAVERO, Sabrina. Liberdade de expressão e o efeito resfriador das indenizações por dano moral. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Santa Catarina, v. 6, n. 1, p. 67-100, 2018. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/308/161>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

FUX, Luiz. **Contra notícia falsa, mais jornalismo (2018)**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/luiz-fux-contr-noticia-falsa-mais-jornalismo.ghtml>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

GOMES, Sheila Freitas, PENNA, Juliana Coelho Braga de Oliveira e ARROIO, Agnaldo. Fake News Científicas: Percepção, Persuasão e Letramento. **Ciência & Educação**, Bauru, v. 26, e20018, p. 1-13, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1516-731320200018>>. Acesso em: 19 jul 2022.

LUNA, N. M. P. A. F.; SANTOS, G. F. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. **Revista Gênero e Direito, Brasil**, v. 3, n. 2, p. 177-193, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472/11800>>. Acesso em 15 jul. 2022.

MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, p. 81-89, out./dez. 2016. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Jorge_Miranda.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito fundamental à comunicação e princípio democrático**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/046.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Fake democracy: a internet contra a democracia constitucional**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, Brasil, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443> >. Acesso em: 10 jun. 2022.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017.

Jorge Luís de Arruda Pedrôso

O USO ADEQUADO DE TERMOS DE TECNOLOGIA E
LINGUAGEM NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA
DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E BIG DATA
NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O USO ADEQUADO DE TERMOS DE TECNOLOGIA E LINGUAGEM NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E BIG DATA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

The Proper Use of Technology and Language Terms in Law: The Importance of Data Science, Artificial Intelligence, and Big Data Brazilian System of Justice.

Jorge Luís de Arruda Pedrôso

Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco, linha Cidadania Digital. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito da Proteção e Uso de Dados pela PUC-Minas, *Master of Business Administration* – MBA em Tecnologia para Negócios: AI, Data Science e Big Data pela PUC-RS. Servidor do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

RESUMO

Este artigo aborda a importância da linguagem de programação como elo de ligação entre o ser humano e a tecnologia, destacando sua utilização no mundo 4.0 e nas áreas da Justiça. O texto aponta a dissociação epistemológica dos termos utilizados nessas áreas e ressalta a importância de escolher cuidadosamente os conceitos e termos adequados para embasar a Justiça na era 4.0 em uma base científica sólida.

Palavras-chave: Linguagem tecnológica. Justiça 4.0. Epistemologia.

ABSTRACT

This article addresses the importance of programming language as a link between humans and technology, highlighting its use in the 4.0 world and in the field of justice. The text points out the epistemological dissociation of the terms used in these areas and emphasizes the importance of carefully choosing the appropriate concepts and terms to underpin justice in the 4.0 era on a solid scientific basis.

Keywords: Technological language. Justice 4.0. Epistemology.

INTRODUÇÃO

Uma característica comum nas discussões fundamentais na área jurídica é perceber que o Direito é fortemente dependente da linguagem. Embora muitas vezes essa questão não seja aprofundada, o debate em torno da linguagem e seus contornos só começou a ser enfrentado há pouco mais de 200 anos.

Embora seja uma questão comum em obras de antropologia, estética, psicologia e filosofia, a temática não era abordada de forma explícita, mas sim de forma tangencial e subliminar, e não como um problema central em si ou como uma característica humana importante. Apesar de existir em obras eruditas, a abordagem explícita da linguagem não ocorria necessariamente por causa da sua recorrência.

A origem da linguagem é objeto de estudo e debate há muito tempo. Segundo relatos históricos, há diferentes perspectivas sobre como a linguagem surgiu. Para alguns, ela pode ter surgido a partir de um sistema pré-linguístico anterior aos nossos ancestrais, enquanto outros acreditam que seja uma faculdade inata, ou seja, codificada geneticamente na essência humana. Há também aqueles que a veem como um sistema cultural, cujo aprendizado e desenvolvimento se dá por meio da interação social.

De uma forma ou de outra, o que se costumou classificar como sendo um instrumento à disposição do ser humano para compartilhar pensamentos, a linguagem acaba de tomar uma nova roupagem, muito derivado de dispensa dos aspectos científicos que o termo merece. Confundir linguagem com língua não é nada se comparado aos termos utilizados para conceituar linguagem de programação em tecnologia.

O desafio estampado neste artigo é tentar, em poucas e pretenciosas palavras, clarificar que a linguagem, na sua origem, conceito e classificações, é lançada, no mundo pós-moderno, como termo para atender a uma satisfação normativa, porque não se tem outro.

Utiliza-se linguagem de programação, por exemplo, para se conceder a mensagem de que aquela seria o elo de ligação do ser humano com a máquina (tecnológica). Como se as outras máquinas não tivessem como se comunicar com o ser humano, a mesma forma de tratamento se dar com diversos termos do mundo 4.0, com os quais as esferas estão a se deparar.

Este trabalho procura apontar a dissociação epistemológica dos termos hoje usados no âmbito da Justiça do mundo 4.0, cujos resultados confundem mais que ajudam, quando se deparam com os temas das áreas tecnológicas. Linguagem de programação, inteligência artificial, big data, ciência de dados, automação, jurimetria são palavras de muitos usos, consideradas “*hypes*” da modernidade.

O objetivo deste trabalho não é esgotar os conceitos mencionados ou adentrar em um debate acalorado e multidisciplinar que envolve diferentes perspectivas filosóficas, escolas linguísticas ou aplicações práticas de ferramentas tecnológicas. Em vez disso, enfatiza-se a

importância de selecionar cuidadosamente os conceitos e termos apropriados para assegurar que a Justiça que emerge na era 4.0 esteja fundamentada em uma base científica sólida.

1 ORIGEM, CONCEITO E APLICAÇÃO DA LINGUAGEM PARA O DIREITO. LINHAS GERAIS

É possível começar o debate com a primeira das quatro revoluções midiáticas da civilização de João Maurício Adeodato. A linguagem se confunde com a existência do próprio ser humano, caracterizando-o como um animal que fala (ADEODATO, 2019, 2min30s). É o que o diferencia dos demais seres vivos, o que não é o mesmo que dizer um ser racional.

Existem diferentes teorias sobre a origem da linguagem, as quais podem ser divididas de acordo com algumas premissas básicas. Alguns estudiosos acreditam que a linguagem é tão complexa que não pode ter surgido do nada em sua forma final, mas sim que deve ter evoluído a partir de um sistema pré-linguístico existente entre nossos ancestrais pré-humanos. Essas teorias são conhecidas como teorias baseadas na continuidade (HURFORD; STUDDERT-KENNEDY; KNIGHT, 1998).

Por outro lado, há quem afirme que a linguagem é um traço exclusivamente humano, que não pode ser comparado a nada encontrado entre os animais e deve ter aparecido repentinamente na transição entre os pré-hominídeos e o homem primitivo. Essas teorias são chamadas de teoria da descontinuidade (KIRBY, 2012).

Algumas teorias veem a linguagem como uma faculdade inata, principalmente geneticamente codificada, enquanto outras a veem como um sistema cultural que é aprendido através da interação social. Noam Chomsky é o principal defensor da teoria da descontinuidade (CHOMSKY, 2008), enquanto a grande maioria defende a teoria da continuidade (BOWER, 2010). Uma vez que o surgimento da linguagem está localizado no início da pré-história do homem, parece ser mais razoável avançar para além desse aspecto.

Em obra póstuma, Rousseau crava uma importante distinção: A linguagem é um elemento que distingue os seres humanos dos outros seres vivos, enquanto a diversidade linguística é o que os diferencia uns dos outros. "Não se sabe de onde é um homem antes de ter falado"(ROUSSEAU, 2008, p.251).

Para Rousseau, não existe outra alternativa aos seres humanos a não ser recorrer à palavra para se comunicar, o que não se confunde com a racionalidade, outra característica própria da espécie. Por suas lições, não há necessidade de uma comunicação ser verbal. Através de gestos também é possível haver comunicação, ou sinais mudos, símbolos que não estão ligados a palavras, mas que são muito pertinentes ao propósito. Diz Rousseau: "Assim se fala aos olhos muito melhor do que aos ouvidos" (ROUSSEAU, 2008). Mas que isso, se houvessem tão somente "necessidades físicas", o ser humano poderia prescindir da fala.

Nesse contexto, os seres humanos falam, não por serem mais capazes que os demais seres, nem para expressar suas necessidades comuns a eles e outros animais. Isso por que, os demais seres vivos se comunicam em certo grau de relação, mas “a linguagem de convenção pertence apenas ao homem, e esta é a razão por que o homem progride, seja para o bem ou para o mal, e por que os animais não o conseguem” (ROUSSEAU, 2008, p.251).

Na linha mais abrangente e aceita da Teoria da Continuidade, coube a Ferdinand de Saussure, linguista e filósofo suíço, a vanguarda e criação de uma teoria da linguística. Saussure teoriza a separação entre a Língua (*langue*) da Fala (*parole*), cuja teoria dá à língua um sistema de valores que se opõem uns aos outros (SAUSSURE, 2006). A língua passa a ser considerada um produto social da mente de cada falante, enquanto a fala é um ato individual, sujeita a fatores externos (não linguísticos).

Por definir bem língua e fala, posicionando a linguística como ciência autônoma, Saussure dá passagem para as (posteriores) teorias da comunicação e outras, o que reforça o sentido cognoscível da linguagem defendido até agora neste trabalho (SAUSSURE, 2002).

Para José Medina, “muitos progressos na Linguística, Teoria da Comunicação e na Teoria dos Atos de Fala, contribuíram para enriquecer compreensão da natureza de comunicação da linguagem” (MEDINA, 2007, p.09), ou seja, a sua finalidade. Simplificações exacerbadas acerca das funções da comunicação, bem como “uma luta para superar o legado de concepções unilaterais” (MEDINA, 2007, p.09), fez da Teoria da Linguagem de Karl Bühler a mais importante obra até então.

Para Bühler, a linguagem é um meio (ou um “Organon”, segundo ele) que serve, simultaneamente, a três funções de comunicação que são diferentes, mas são internamente relacionadas. Todo ato de comunicação, na medida em que deve ter os três elementos necessários à comunicação, deve envolver, de algum modo, todas as três funções da comunicação. No entanto, cada uma dessas três funções torna-se algumas vezes o foco explícito da comunicação. (MEDINA, 2007, p.11)

Considerado por alguns como o pai da teoria da comunicação, Karl Bühler, utilizando-se dos avanços científicos da linguística, bem como as teorias da psicologia, na qual era mestre, apresentou de forma precisa o modelo tradicional de comunicação, composto por três elementos distintos: o falante, o ouvinte e o mundo ou domínio do objeto.

Vista como uma relação entre esses aqueles três elementos (emissor, receptor e tema), a Comunicação desempenha três funções distintas, correspondentes a cada um daqueles. São chamadas por Bühler de expressão, chamamento e representação, cada uma delas com uma orientação em direção a um dos três pólos da estrutura tripartite da comunicação (BUHLER, 2020).

Habermas baseia-se na classificação de Bühler das funções comunicativas para desenvolver sua própria teoria dos atos de fala. Ele propõe "uma interpretação teórica da validade do esquema funcional de Bühler". A intuição central do desenvolvimento habermasiano do marco teórico de Bühler é a de que falar é uma questão de fazer demandas: ao falarmos fazemos uma demanda (em verdade, várias) quanto à validade do que estamos dizendo. Sob este ponto de vista, os atos de fala são essencial e fundamentalmente demandas de validade (MEDINA, 2007, p.11).

Segundo Habermas, as nossas ações linguísticas são interações comunicativas que abrangem três áreas ontológicas diferentes. Ele argumenta que os atos de fala assertivos, emotivos e normativos apresentam modos distintos de se referir (MEDINA, 2007)

Em apertada síntese, na busca de um simples recorte no alcance do conceito de linguagem, a função da linguística como ciência e o instrumento da fala como aspecto necessário na interação do ser humano, é possível, por fim, utilizar das mesmas ideias que as doutrinas dominantes usam para catalogar as “espécies” de linguagem.

Para muitos, a união da língua e da fala que formaria a linguagem, como única e distinta capacidade humana de comunicar-se, utiliza de um conjunto sistematizado de signos ordenados de acordo com as regras gramaticais necessárias para a comunicação (TOMÉ, 2017). Nesse contexto, embora toda linguagem seja composta por signos, eles devem ser organizados de forma que possam servir à comunicação para receber a denominação de linguagem.

A análise combinatória da língua e da fala possibilita a identificação de diferentes tipos e funções linguísticas, classificando os principais tipos de linguagem em (TOMÉ, 2017):

- a) Linguagem natural ou ordinária: utilizada na comunicação cotidiana, não se prende a esquemas rígidos de formação sintática e pode lidar com significados imprecisos;
- b) Linguagem técnica: acrescenta à linguagem natural palavras e expressões pertinentes ao âmbito científico, apresentando maior grau de determinação;
- c) Linguagem científica: tem origem na linguagem natural, mas passa por um processo de depuração, especificando os sentidos próprios a cada termo e reduzindo as imprecisões significativas;
- d) Linguagem filosófica: saturada de valores e terminologia própria, tem por objeto o processo de conhecimento, a realidade circundante e o universo interior, com a pretensão de refletir e explicar o mundo;
- e) Linguagem formalizada: utiliza simbologia artificialmente criada para abstrair os conteúdos de significação da linguagem idiomática e reduzir a imprecisão terminológica;
- f) Linguagem artística: utilizada para expressar valores estéticos.

A teoria da comunicação do direito busca compreender o fenômeno jurídico como parte integrante do sistema de comunicações, considerando-o um elemento com caráter comunicativo. Sendo assim, o direito é considerado um sistema comunicativo que se expressa através da linguagem (TOMÉ, 2017).

Com isso, percebe-se o cuidado que deve tomar com os novos termos forçosamente incluídos no “mundo” do direito, no contexto 4.0 de mundo “hiper complexo” (ADEODATO, 2019). Assim como o termo inteligência artificial passa a ser usado sem nenhum critério

científico, por não se tratar de uma “inteligência”, outros termos podem ser evitados, senão por falta da cientificidade, mas por falta de lógica na sua acepção linguística, como exemplo a “linguagem de programação” (MELO, SILVA, 2003).

2 JUSTIÇA 4.0: O DÉFICIT EMPÍRICO NO USO DE TERMOS COMO INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CIÊNCIA DE DADOS COMO FERRAMENTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

A expressão "Justiça 4.0" tem sido utilizada de forma imprecisa e sem embasamento científico, evidenciando um déficit empírico. Tércio Sampaio Ferraz Jr. destaca a falta de delimitação clara dos instrumentos metodológicos e objeto dessa abordagem, especialmente no âmbito pragmático linguístico do direito.

A própria noção de pragmática é deveras imprecisa, tratando-se de disciplina que, através da contribuição cruzada de diversos ramos do saber, como as teorias filosóficas da linguagem e da comunicação, da lógica formal, da psicologia, da sociologia, da retórica, da cibernética, da teoria da organização, da teoria dos sistemas, vem ocupando cada vez mais o espaço vazio entre as análises semânticas e sintáticas da comunicação verbal. (FERRAZ JR, 2016, p.3).

É neste contexto em que se insere o conceito de Acesso à Justiça do CNJ – Conselho Nacional de Justiça. É para ele, também, que se deve cuidar dos conceitos com o zelo que a ciência requer. O CNJ cuidou em categorizar o Acesso à Justiça, criando estratégias, metas, programas e índices, trazendo para a Justiça um mundo de dados, transformando os casos que transitam pelos tribunais em dados estatísticos. Estaria aferindo o Acesso à Justiça por números.

A criação de um índice de acesso à justiça é iniciativa importante para a mensuração da evolução do direito em questão, mas sua construção não é nada simples, uma vez que se trata de tentativa de traduzir um conceito que envolve múltiplas dimensões (CNJ, 2021).

Frequentemente, ouvimos termos como "Big Data", "Robô", "Chat-Bot", "Automação", "Metodologias de Gestão", "Banco de Dados", "Disrupção" e "Inteligência Artificial", entre outros, que vão além dos termos da tecnologia da informação. No entanto, esses conceitos geralmente são mencionados sem uma compreensão precisa de seu significado. Este capítulo tem como objetivo posicionar cada peça do quebra-cabeça em seu devido lugar, sem a pretensão de esgotar o assunto.

Com relação aos termos “Inteligência Artificial”, a depender do enfoque que se dê e objetivos que são pretendidos, cada autor aborda descrevendo as várias técnicas utilizadas. Navarro destaca que a definição de “Inteligência Artificial” pode ser centrada em processos mentais, raciocínio ou comportamento humano que se busca emular por meio dos seus sistemas. (NAVARRO, 2017. p. 23)

A preferência aqui é adotar o conceito dos seus criadores. Um grupo de cientistas da computação participaram de um workshop do Dartmouth College, uma Universidade particular da Ivy League, em New Hampshire, Estados Unidos e, junto a John McCarthy, formularam um conceito para “Inteligência Artificial”, de acordo com seus enfoques específicos de tecnologia de informática.

Inteligência Artificial (IA) é a capacidade de um sistema de interpretar corretamente os dados externos, de aprender com esses dados e de usar esses aprendizados para atingir objetivos e tarefas específicas por meio de adaptação flexível (HAENLEIN, KAPLAN, 2019).

O erro conceitual no uso dos termos “Inteligência Artificial” está em atribuir a eles a função cognoscível que só o ser humano tem. Não que esta função que, para uns, a máquina não tenha hoje, um dia terá, mas porque o enquadramento genérico passa uma ideia de utilização forçada da semiótica, uma representação distorcida dos signos da linguagem.

De acordo com Floridi (2022, em entrevista concedida a Bianucci), “a inteligência artificial se comporta como se fosse inteligente, mas funciona justamente porque o seu agir está separado do entender”. E vai além: “A inteligência artificial não diz respeito à capacidade de reproduzir o pensamento humano, mas sim à capacidade de abrir mão dele”. A inteligência artificial não detém a inteligência humana, nem tem a capacidade tê-la no futuro.

A cognição é da natureza humana, assim como a linguagem.

Colocando os termos nos seus devidos lugares, assim como Norbert Wiener fundou a cibernética (WIENER, 2017) e Alan Turing (COPELAND, 2000), a informática, o enquadramento da inteligência artificial de acordo com os mais recentes desenvolvimentos tecnológicos parece ser uma forma coerente de encarar os conceitos do ponto de vista científico.

Defende-se, aqui, a visão de que a inteligência artificial é: “uma forma de agir que não precisa ser inteligente para ter sucesso” (Floridi, em entrevista concedida a Bianucci, 2022). Não é desmerecer o conceito, ao afirmar que a inteligência artificial é uma técnica de engenharia que busca a “reprodução” e não a “cognição”.

Na inteligência artificial, é o resultado que importa, não se o agente ou o seu comportamento é inteligente. Por isso, a inteligência artificial não concerne à capacidade de reproduzir a inteligência humana, mas sim à capacidade de abrir mão dela. (Floridi, em entrevista concedida a Bianucci, 2022).

“A linguagem constitui a realidade” (ADEODATO, 2019). O mesmo fenômeno de erro de conhecimento com relação aos termos “Inteligência Artificial” acontece com “Linguagem de Programação”. Para Adeodato, reduzir tudo à linguagem (pragmática), pode nos incorrer em erro (ADEODATO, 2019).

Ainda no nascedouro dos conceitos, Dijkstra tomou a frente para afirmar que via “uma linguagem de programação principalmente como um veículo para a descrição (potencialmente muito sofisticada) de mecanismos abstratos” (DIJKSTRA, 1976).

Sem volta ao tema já enfrentado nos linhas anteriores, podemos delimitar o conceito de “linguagem” de programação a um sistema normatizado, de regras sintáticas e de semânticas que, através de um código-fonte, pode ser compilado e convertido em software de computador, interpretado por métodos de máquinas e processado por um algoritmo (FISCHER, GRODZINSKY, 2014).

Desde que Ada Lovelace (GNIPPER, 2023) criou o primeiro algoritmo para ser processado em calculadora, uma máquina analítica, a comunidade da tecnologia da informação passou a ver a “linguagem de programação” como um processo concatenado de execução de um texto de programa, com tradução e interpretação por outros programas. O cenário sempre foi o da máquina e não o do humano.

Por fim, termos novos utilizados no âmbito da Justiça 4.0 estão inundando, literalmente, o oceano jurídico. Para não incorrer nos mesmos erros metodológicos com os quais “Inteligência Artificial” e “Linguagem de Programação” são tratados, o próximo tópico enfrenta em breve linhas o sentido que se deve ser considerado para cada “*buzzword*” (palavra da moda).

3 O O PAPEL DA TECNOLOGIA NA GERAÇÃO EFICIENTE DE INFORMAÇÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS DO JUDICIÁRIO: UMA ABORDAGEM COERENTE PARA A JUSTIÇA 4.0

Os debates em torno de vários temas jurídicos recepcionaram de forma rápida diversas palavras ou expressões antes utilizadas por outras áreas distintas do jargão normativo. De tanto uso em massa e de fácil compreensão, tais expressões foram absorvidas e fazem parte do dia-a-dia do mundo do judiciário, mas nem sempre estão sendo utilizadas com o sentido que seus conceitos propõem. São as “*buzzwords*” (palavra da moda) (CAMBRIDGE, 2023).

No âmbito dos temas voltados às políticas públicas do judiciário, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça vem evoluindo no oferecimento de informações através de relatórios, ano após ano. O enfoque, desde os primeiros relatórios, é a gestão do judiciário através dos dados processuais.

Neste cenário, vale o destaque para a publicação “Justiça em Números”, com a qual, seguindo metodologias empíricas, o CNJ traz à tona “dados estatísticos e indicadores do Poder Judiciário nacional” (CNJ, 2022).

Uma gestão baseada em dados é, segundo o CNJ, um:

[...] arranjo normativo e estratégico judicial que coloca como meta a construção de uma cultura institucional baseada em dados (data-driven administration), que é um dos atributos cruciais para mensuração do grau de maturidade institucional de instituições públicas e privadas do século XXI a partir de indicadores estratégicos de governança (CNJ, 2022).

Nestes novos ares, bem como depois que a Lei nº 11.364 de 2006 possibilitou a criação do “Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) no âmbito da estrutura do CNJ, a

formulação de políticas judiciárias passou a usar termos “da moda”, fortalecendo o direito de acesso à Justiça, com programas como o “Justiça 100% Digital, o Balcão Virtual, a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), os Núcleos de Justiça 4.0 e a plataforma CODEX, com a qual se fornece insumos para aplicação de modelos de inteligência artificial” (CNJ, 2022).

Neste contexto, é bom destacar que “Big Data” faz parte dessas “*buzzwords*”, assim como “Gestão de Dados”, “Machine Learning” e “Ciência de Dados”. Estes termos são tratados de forma natural pelos “Nativos Digitais”, aquelas pessoas já nascidas na era em que a tecnologia parece estar dominando tudo e que transitam facilmente entre as tecnologias, que são fluentes na web e tem facilidade para se adaptarem e novas mudanças tecnológicas (PRENSKY, 2008), cujo uso dará à gestão judiciária otimização e geração de oportunidades, por meio de tecnologias digitais disruptivas acessíveis ao público maior.

Inovar o Judiciário com eficiência significa permitir fazer mais com menos recursos. Este seria o propósito da utilização da “Ciência de Dados” nas políticas públicas. Mas o que é “Ciência de Dados”?

Ciência de Dados é uma área interdisciplinar que se utiliza de diversas técnicas oriundas de outras grandes áreas, como Matemática, Estatística, Programação computacional, Mineração de Dados e Gestão e Descoberta de Dados. Identifica padrões e soluções através de uma grande quantidade de dados considerados “brutos”.

Para DONOHO, este campo “abrange análise, preparação de dados para análise e apresentação de descobertas para informar decisões de alto nível em uma organização. Como tal, incorpora habilidades de ciência da computação, matemática, estatística, visualização de informações, gráficos e negócios” (DONOHO, 2017).

Para aqueles que desejam seguir a carreira em Ciência de Dados, é importante compreender a diversidade de aplicações dessa área para extrair conhecimento de conjuntos de dados e aplicá-los na resolução de problemas práticos. Isso inclui habilidades como análise de dados, detecção de padrões e formulação de problemas por meio de técnicas específicas.

Com o objetivo de alcançar soluções disruptivas, o Judiciário vem incorporando as expertises da “ciência da computação, estatística, ciência da informação, matemática, visualização de dados, visualização de informações, sonorização de dados, integração de dados, design gráfico, sistemas complexos, comunicação e negócios”.

Termo cunhado em 2001 por William S. Cleveland como um plano de ação para ampliar as áreas técnicas do campo de estatística, Ciência de Dados ganhou popularidade nos programas acadêmicos e das organizações com as funções de descrever, diagnosticar, prever e prescrever resultados, revolucionando a cultura organizacional em analítica (CLEVELAND, 2001).

Assim, Ciência de Dados analisa dados, estruturados ou não, com vistas à extração de conhecimento para as tomadas de decisão, alinhando as técnicas das áreas interdisciplinares como já esposadas. Para tudo isso, usa com ênfase da estrutura do “Big Data”.

“Big Data” pode ser considerado como armazenamento de grandes quantidades de dados multivariados, geralmente captados em múltiplas fontes e em tempo real, com grande fluxo crescente de forma exponencial, aos quais se dão o nome de “megadados” (ASSIS, 2019).

Sob o aumento explosivo de dados globais, o prazo de “Big Data” é usado principalmente para descrever enormes conjuntos de dados. Em comparação com conjuntos de dados tradicionais, “Big Data” geralmente inclui massas de dados não estruturados que precisam de mais análises em tempo real. Além disso, “Big Data” também traz novas oportunidades para descobrir novos valores, ajuda-nos a aprofundar compreensão dos valores ocultos, e também incorre em novos desafios, por exemplo, como organizar e gerir eficazmente tais conjuntos de dados” (CHEN, MAO, LIU, 2014).

Jurimetria é outro termo talhado de concepções duvidosas quando do seu uso. Inaugurado por Lee Loevinger, o termo ganhou feições de ciência, passando a ser apontado como método adotado que envolve a identificação de padrões decisórios. Para Loevinger, com a jurimetria, era possível analisar a atividade jurídica e os resultados do processo judicial, tornando-o mais justo e eficiente, com decisões mais informadas e baseadas em dados (LOEVINGER, 1961).

É, em suma, a doutrina de que os métodos de investigação científica devem ser estendidos a todas as fases da atividade humana que preocupa a sociedade. É baseada em a premissa de que a democracia inclui o direito dos cidadãos de serem informados sobre os assuntos que, em última análise, podem ser obtidos pela investigação livre e competitiva com os métodos da ciência (LOEVINGER, 1961).

Com a Resolução 65 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2009), o Judiciário Brasileiro demonstra a adoção, por Política Pública, da jurimetria como ferramenta de análise e tomada de decisões. Com a utilização de tecnologias e métodos estatísticos para análise de dados judiciais, sua aplicação se mostra útil para auxiliar juízes e tribunais na identificação de tendências e padrões, com transparência e eficiência da gestão do Judiciário.

Como ferramenta de conhecimento que combina métodos estatísticos a unidades amostrais, o Judiciário tem implementado diversas iniciativas como desenvolvimento de sistemas de processamento eletrônico de dados e processos, a disponibilização de estatísticas e indicadores da atividade judicial, por relatórios, além de uma trilha de políticas públicas de identificação de demandas sociais relevantes, o que contribui sobremaneira para o sistema como um todo.

Trazendo maior objetividade e precisão ao estudo do direito, desde que surgiu na década de 1940, no Estados Unidos, a jurimetria vem ganhando campo como método de análise de decisões judiciais que permite analisar a quantidade de decisões favoráveis e desfavoráveis em terminado tipo de processo, identificar argumentos utilizados e eficácia das decisões, suas previsões de resultados e análise de legislação. E, assim, se bem aplicada, continuará sendo útil para a tomada de decisões estratégicas do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, foi discutida a importância de escolher cuidadosamente os conceitos e termos adequados no âmbito da Justiça do mundo 4.0. Como afirmado confundir linguagem com língua não é nada se comparado aos termos utilizados para conceituar linguagem de programação em tecnologia. De fato, a utilização de termos equivocados pode levar a resultados confusos e pouco úteis, especialmente quando se trata de temas das áreas tecnológicas.

No entanto, é preciso destacar que a escolha dos conceitos e termos adequados não é uma tarefa fácil, como ressaltado no presente trabalho, a questão da linguagem é complexa e controversa, exigindo dos operadores do Direito um esforço constante de compreensão e atualização. Ainda assim, é fundamental que os operadores do Direito se mantenham atualizados e capacitados para lidar com as novas tecnologias que estão surgindo, a fim de garantir uma Justiça embasada em uma base científica sólida.

O uso da expressão "Justiça 4.0" tem sido feito de forma imprecisa e sem fundamentação científica, evidenciando um déficit empírico. Citando Tércio Sampaio Ferraz Jr., o texto destaca a falta de delimitação clara dos instrumentos metodológicos e objeto dessa abordagem, especialmente no âmbito pragmático linguístico do direito. O conceito de Acesso à Justiça do CNJ é importante nesse contexto e deve ser cuidadosamente categorizado e medido com dados estatísticos, transformando os casos em indicadores mensuráveis.

O texto fala sobre a falta de compreensão precisa de termos relacionados à tecnologia da informação, como "Inteligência Artificial", e busca posicionar cada peça do quebra-cabeça em seu devido lugar. Apesar da definição de "Inteligência Artificial" poder variar dependendo do enfoque e objetivos pretendidos, optou-se por adotar o conceito formulado por cientistas da computação em um workshop no Dartmouth College, nos Estados Unidos.

O uso impreciso dos termos "Inteligência Artificial" ocorre devido à atribuição de uma função cognoscível que somente os seres humanos possuem. A inteligência artificial não detém a inteligência humana e não tem a capacidade de tê-la no futuro. A visão defendida aqui é que a inteligência artificial é uma técnica de engenharia que busca a reprodução e não a cognição. A inteligência artificial se comporta como se fosse inteligente, mas funciona justamente porque o seu agir está separado do entender.

Para além disso, o presente artigo destaca a evolução da tecnologia da informação desde Ada Lovelace e como a linguagem de programação sempre foi vista como um processo para a máquina, e não para o humano. Alerta para a necessidade de compreender os novos termos da Justiça 4.0 de forma precisa, para evitar erros metodológicos.

No contexto do Judiciário Nacional, ressalte-se que o Conselho Nacional de Justiça tem evoluído na gestão do judiciário por meio de dados processuais, como mostra a publicação "Justiça em Números". Para tanto, utiliza dos termos chamados de "*buzzwords*", dos quais se

destacam "Big Data", "Gestão de Dados", "Machine Learning" e "Ciência de Dados". Tais termos são comuns para as pessoas que já nasceram na era digital e podem otimizar a gestão do judiciário por meio de tecnologias disruptivas.

Com relação à Ciência de Dados, reforça-se se tratar de uma área interdisciplinar que utiliza técnicas de Matemática, Estatística, Programação, Mineração e Gestão de Dados para identificar padrões e soluções em grandes quantidades de dados brutos. Engloba a análise, preparação e apresentação de dados para auxiliar decisões em organizações.

A importância da tecnologia e dos métodos estatísticos para a análise de dados judiciais, com o objetivo de otimizar a gestão do Judiciário e auxiliar juízes e tribunais na tomada de decisões permeia todo trabalho. Aqueles que desejam atuar na área devem ter habilidades em análise de dados, detecção de padrões e formulação de problemas.

A Resolução 65 do CNJ, de 2009, representou um marco na adoção da jurimetria como ferramenta de análise de dados judiciais pelo Judiciário brasileiro. A partir dela, o Judiciário vem implementando diversas iniciativas com o objetivo de tornar a gestão mais transparente e eficiente, tais como o desenvolvimento de sistemas de processamento eletrônico de dados e processos, a disponibilização de estatísticas e indicadores da atividade judicial por meio de relatórios, e a identificação de demandas sociais relevantes por meio de políticas públicas.

A utilização dessas tecnologias e métodos estatísticos para análise de dados judiciais tem auxiliado juízes e tribunais na identificação de tendências e padrões, o que permite uma tomada de decisões mais objetiva e precisa.

Por fim, reforçando a ausência de interesse em esgotar o tema, fez-se alusão à jurimetria, que surgiu nos Estados Unidos na década de 1940, e vem sendo utilizada como método de análise de decisões judiciais para identificar tendências e padrões, além de analisar a quantidade de decisões favoráveis e desfavoráveis em determinado tipo de processo, identificar argumentos utilizados, eficácia das decisões, previsões de resultados e análise de legislação.

Portanto, é crucial que os operadores do direito entendam e usem de forma correta os termos relacionados à tecnologia e à ciência de dados, como a jurimetria, para aproveitar ao máximo suas potencialidades. Com o apoio de várias ações do CNJ, o Judiciário vem avançando na adoção de políticas públicas que estimulam o uso dessas ferramentas e métodos estatísticos, o que tem se mostrado eficiente na gestão dos processos judiciais e na tomada de decisões. Dessa forma, a compreensão e aplicação adequada desses termos contribui para aprimorar a qualidade do serviço prestado pelo Poder Judiciário e para atender às demandas da sociedade de forma mais transparente e eficiente.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **As quatro sobrecargas do direito na Sociedade Hipercomplexa**. [Palestra]. 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/>

watch?v=kFNqxxz2og. Acesso em: 3 Abr 2023.

ADEODATO, João Maurício. Resposta ao artigo: uma crítica ao conceito de abismo gnoseológico na teoria retórica de João Maurício Adeodato (de Torquato Da Silva Castro Jr., Victor Lacerda e João Amadeus Alves dos Santos). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v.91, n.1, p.8-14, ago. 2020. ISSN 2448-2307.

ASSIS, Janilson Pinheiro de. Glossário de estatística. Mossoró: Ed. UFERSA, 2019.

BOWER, Bruce. **Language In Us and Animals**. Online. Caitlin Clancy; 7 Nov 2010. Disponível em: <https://www.buquad.com/2010/11/07/14405/>. Acesso em: 3 Abr 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.364, de 26 de outubro de 2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 2006.

BUHLER, Karl. **Teoria da Linguagem**. Campinas, SP: Ed. Kírion, 2020.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. **Cambridge Dictionary**. Inglês. Cambridge Academic Content Dictionary ©. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/buzzword>. Acesso em: 04 abr. 2023.

CHEN, Min; MAO, Shiwen; LIU, Yunhao. Big Data: **A Survey. Mobile Networks and Applications**, v. 19, n. 2, p. 171-209, 2014. ISSN 1383-469X. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11036-013-0489-0>. Acesso em: 04 Abr 2023.

CHOMSKY, Noam. **Arquitetura da linguagem**. Bauru, SP: Edusc, 2008.

CLEVELAND, William S. Data science: An action plan for expanding the technical areas of the field of statistics. **International Statistical Review**, v. 69, n. 1, p. 21-26, 2001. Disponível em: <https://zhanksun.github.io/files/DataScience.pdf>. Acesso em: Abr 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ nº 65, de 16 de dezembro de 2008**. Dispõe sobre a uniformização do número dos processos nos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 09 jan. 2009. Seção 1, p. 2-27.
Conselho Nacional de Justiça. **Índice de Acesso à Justiça**. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

COPELAND, Jack. **A brief history of computing**. Online, 2000. Disponível em: <http://www.alanturing.net>. Acesso em: 04 abr. 2023.

DIJKSTRA, Edsger W. **A Discipline of Programming**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1976.

DONOHU, David. 50 years of data science. **Journal of Computational and Graphical Statistics**, v. 26, n. 4, p. 745-766, 2017. DOI: 10.1080/10618600.2017.1384734. Acesso em: 04 Abr 2023.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. São Paulo: Atlas, 2016.

FISCHER, Alice E.; GRODZINSKY, Frances S. **The Anatomy of Programming Languages**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1993. 2014 update (C) Alice Fischer.

FLORIDI, Luciano. **A inteligência artificial não precisa de inteligência**. Entrevista concedida a Bianucci, Piero. Tradução de Sbardelotto, Moisés. Instituto Humanitas Unisinos, 11 mar. 2022. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/617554-a-inteligencia-artificial-nao-precisa-de-inteligencia-o-pensamento-de-luciano-floridi>. Acesso em: 04 abr. 2023.

GNIPPER, Patrícia. **Mulheres Históricas: Ada Lovelace, a primeira programadora de todos os tempos**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/curiosidades/mulheres-historicas-ada-lovelace-a-primeira-programadora-de-todos-os-tempos-71395/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

HAENLEIN, Michael; KAPLAN, Andreas; TAN, Chee-Wee; PENG, Zhang. Artificial Intelligence (AI) and Management Analytics. **Journal of Management Analytics**, online, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/23270012.2019.1699876>. Acesso em: 04 Abr 2023.

HURFORD, James R; STUDDERT-KENNEDY, Michael; KNIGHT, Chris. **Approaches to the Evolution of Language: Social and Cognitive Bases**. Cambridge UK: Cambridge University Press; 1998.

KIRBY, Simon. Language is an adaptive system: the role of cultural evolution in the origins of structure. In: **The Oxford Handbook of Language Evolution**. [S.l.]: Oxford Academic, 2012. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199541119.001.0001/oxfordhb-9780199541119-e-61. Consultado em: 3 Abr 2023.

LOEVINGER, Lee. "Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law". **Minnesota Law Review**, v. 46, n. 6, p. 649-677, 1962. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/vol46/iss6/1>. Acesso em: 04 Abr 2023.

MEDINA, José. **Linguagem: conceitos-chave em filosofia**. Tradução Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MELO, Ana Cristina Vieira de; SILVA, Flávio Soares Corrêa da. **Princípios de linguagens de programação**. São Paulo: Edgard Blucher, 2003.

NAVARRO, Susana Navas. **Derecho e Inteligencia Artificial desde el Diseño: Aproximaciones**. In: NAVARRO, Susana Navas (dir.). **Inteligencia Artificial: Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

PRENSKY, Marc. **Digital Natives Digital Immigrants**. *On the Horizon*, v. 9, n. 5, p. 1-6, Oct. 2001. Disponível em: <http://www.marcprensky.com/writing/>. Acesso em: 04 Abr 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Ensaio sobre a origem das línguas**. Tradução de Fúlvio M. L. Moretto. Campinas: Ed. da Unicamp, 2008.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística Geral**. Organizado e editado por Charles Bally e Albert Sechehaye. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ª edição. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. (2002) **Escritos de linguística Geral**. Organizado e editado por Simon Bouquet e Rudolf Engler. São Paulo: Cultrix; 1970.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito**. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Coordenação de tomo de Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>

WIENER, Norbert. **Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva

CONCURSO DE CRIMES E OS INSTITUTOS
DESPENALIZADORES DA LEI FEDERAL Nº 9.099/1995.
UMA REANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO
DA ADI Nº 5264/DF

CONCURSO DE CRIMES E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI FEDERAL Nº 9.099/1995. UMA REANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI Nº 5264/DF

CRIMINAL COMPETITION AND THE INSTITUTES DEPENALIZING FEDERAL LAW Nº 9.099/1995. A REANALYSIS FROM THE JUDGMENT OF ADI Nº 5264/DF

Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco (MPPE).

RESUMO

Após a alteração promovida pela Lei Federal nº 11.313/2006 no artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, alterando o seu *caput* e incluindo um parágrafo único, houve a determinação da observação dos institutos da transação penal e da composição civil dos danos nos casos de conexão e continência. Com o julgamento da ADI nº 5264/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 2020, houve a declaração de constitucionalidade da citada alteração, a partir do julgamento improcedente, com efeito vinculante. E, ainda assim, não se tem observado, em regra, a aplicação de tais institutos despenalizadores, tanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto nos demais tribunais pátrios, por entenderem que, no caso de concurso de crimes que superem a pena máxima de dois anos prevista em abstrato, não deve ocorrer a transação penal e a composição civil dos danos. Contudo, dada a relevância desses institutos, há necessidade de uma reanálise das ações penais que envolvam crimes de menor potencial ofensivo e da efetiva aplicação dessa garantia legal.

Palavras-Chave: Transação penal. Composição civil de danos. Concurso de crimes.

ABSTRACT

After the alteration promoted by Federal Law nº 11.313/2006 in article 60 of Federal Law nº 9.099/1995, changing its *caput* and including a single paragraph, there was a determination to observe the institutes of criminal transaction and the civil composition of damages in cases of connection and salience. With the judgment of ADI nº 5264/DF by the Federal Supreme Court, in 2020, there was a declaration of constitutionality of the aforementioned amendment,

from the unfounded judgment, with binding effect. And yet, as a rule, the application of such decriminalizing institutes has not been observed, both in the Superior Court of Justice (STJ) and in other national courts, as they understand that, in the case of concurrence of crimes that exceed the maximum penalty of two years foreseen in the abstract, the criminal transaction and the civil composition of the damages must not occur. However, given the relevance of these institutes, there is a need for a reanalysis of criminal actions involving crimes of lesser offensive potential and the effective application of this legal guarantee.

Keywords: Criminal transaction. Civil composition of damages. Crime Contest.

INTRODUÇÃO

A conexão e a continência processual penal, previstas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, têm como pressuposto a ocorrência de, pelo menos, duas infrações penais, segundo um dos requisitos listados em seus incisos. Sendo assim, há a incidência do instituto de concurso de crimes, previsto entre os artigos 69 a 71 do Código Penal.

A inclusão da observância da transação penal e da composição civil de danos, nos casos de conexão e continência, no parágrafo único do artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, pela Lei Federal nº 11.313/2006, trouxe ao ordenamento jurídico uma nova feição aos crimes de menor potencial ofensivo, determinando-se a incidência de institutos despenalizadores em detrimento das regras de cúmulo ou exasperação do concurso de crimes.

Embora o início de vigência da alteração legal tenha ocorrido em 28/06/2006, tal comando normativo não é observado até hoje pelos tribunais pátrios, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5264/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito vinculante, faz-se necessária uma reanálise do entendimento jurisprudencial para se adequar à legislação vigente, buscando uma reafirmação dos institutos despenalizadores.

Nas linhas seguintes se exteriorizará a análise da alteração legal citada, o julgamento proferido pela Excelsa Corte e o entendimento atualmente majoritário nos tribunais pátrios. Ao fim, apresentar-se-á o que se entende pela interpretação da lei adequada e o procedimento a ser seguido no caso de concurso de crimes envolvendo infração penal de menor potencial ofensivo.

1 A LEI FEDERAL Nº 9.099/1995 E A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI FEDERAL Nº 11.313/2006

O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988 previu que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

No âmbito criminal, o mencionado dispositivo trouxe a previsão de competência dos juizados especiais para o julgamento e execução de infrações de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação. Além de tais disposições, para o âmbito processual, há ainda a busca da conciliação e da celeridade processual, através de procedimento oral e sumaríssimo.

Regulamentando tal dispositivo constitucional, foi editada a Lei Federal nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, em seu artigo 62 preceituou que, na seara criminal “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Com a redação dada pela Lei Federal nº 13.603/2018, foi incluída a simplicidade entre os critérios elencados.

Como se observa, buscou-se um procedimento célere e menos formalista, que prezasse pela oralidade e economia processual, evitando-se o trâmite processual ritualístico adotado pelo Código de Processo Penal, originalmente. Tais previsões buscaram pôr fim à prescrição dos crimes, por um lado, e a solução negociada na responsabilização do autor do delito, com a participação da vítima, em contrapartida, dando ao processo um caráter mais efetivo e ressocializante.

A previsão da reparação dos danos da vítima, deve-se ressaltar, foi um pioneirismo da citada lei, trazendo como finalidade que a vítima seja visualizada na ocorrência de uma infração penal não somente como fonte de prova, mas sim como alguém que deve ter o seu patrimônio recomposto, buscando tão logo a mitigação do que tenha sofrido. Posteriormente, através da Lei Federal nº 11.719/2008, foi alterada a redação do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal para incluir a fixação do valor mínimo dos danos sofridos pelo ofendido para reparação pelo réu, visando assegurar o *minus* na reparação dos prejuízos sofridos.

A busca de aplicação de pena não privativa de liberdade, outra das orientações contidas no art. 62 da Lei nº 9.099/1995, tem o intuito de evitar o encarceramento de pessoas no caso

de cometimento de crimes de menor potencial ofensivo e, com isso, evitar o reflexo de tal ato e toda a gama de estigmatizações que decorrem da pena de prisão. Em reforço, após a Lei Federal nº 9.099/1995, foi editada a Lei Federal nº 9.714/1998 que, alterando os artigos 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal, buscou a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e previu a possibilidade de suspensão condicional da pena, trazendo alternativas à pena de prisão, até então meio único previsto para cumprimento de pena.

É como parte indissociável desses objetivos positivados na legislação penal que foram previstos os institutos despenalizadores da composição civil de danos e da transação penal, respectivamente, nos artigos 74 e 76 da Lei Federal nº 9.099/1995.

A composição civil dos danos é um acordo firmado no Juízo criminal, com reflexos civis, entre a vítima (ou seu representante legal) e o autor do fato que, quando firmado e sendo homologado pelo juiz, terá natureza de título a ser executado no Juízo cível competente, caso tenha efeitos patrimoniais ou de obrigação de fazer ou não fazer, acarretando a renúncia do direito de queixa ou representação, respectivamente, nos crimes de ação de penal privada ou condicionada à representação. Nos casos de ação penal pública incondicionada, pode ser considerado para efeitos de suficiência da tutela penal pelo Ministério Público, ou arrependimento posterior, nas hipóteses em que haja reparação material ou restituição da coisa em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A transação penal, instituto que mitigou a obrigatoriedade da ação penal pública prevista no artigo 42 do Código de Processo Penal, trouxe a possibilidade de uma justiça penal negociada, sendo possível a aplicação de pena restritiva de direito ou multa ao autor do fato que preencha os requisitos do §2º do artigo 76 da Lei Federal nº 9.099/1995. Sendo a proposta apresentada pelo Ministério Público aceita pelo autor do fato e seu defensor, será então firmado o acordo e, posteriormente, submetido à homologação pelo Juízo. E, uma vez cumpridos os termos do acordo, será extinta a punibilidade do crime, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir novo benefício no prazo de 05 anos.

Como definição e critério do crime de menor potencial ofensivo, ficou estabelecido no artigo 61 da Lei Federal nº 9.099/1995 que “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Após a alteração promovida pela Lei Federal nº 11.313/2006, ficou definido que “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. Com essa alteração, foi elevado o patamar máximo de pena prevista em abstrato para competência do Juizado Especial Criminal, e foi afastada a alteração dos procedimentos especiais, passando esses a serem também regidos pela Lei dos Juizados Especiais.

Citada acima, a Lei Federal nº 11.313/2006 também alterou o artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, passando a prever no *caput* a ressalva do respeito às regras de conexão e continência, e incluiu um parágrafo único para que, nas hipóteses de reunião de processos, perante o Juízo comum ou Tribunal do Júri, em decorrência de conexão ou continência, sejam observados os institutos da transação penal e composição civil dos danos. Essa é a redação do dispositivo vigente:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Interpretando-se tal dispositivo, a doutrina e os tribunais pátrios passaram a divergir se a competência do Juizado Especial Criminal seria absoluta, de acordo com a previsão do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e, nesse caso, se a alteração promovida não seria inconstitucional, por prever a possibilidade de através da conexão e continência, institutos previstos no Código de Processo Penal, serem alteradas competências constitucionalmente estabelecidas. Também objetaram sobre a alteração da competência do Juizado Especial Criminal para o juízo comum ou o Tribunal do Júri, no caso de concurso de crimes, em que as penas máximas previstas em abstrato somadas ou exasperadas ultrapassassem o patamar de 02 anos, perquirindo adicionalmente se seria possível a incidência da Lei Federal nº 9.099/1995 e os institutos da composição civil dos danos e da transação penal no âmbito desses juízos.

2 O JULGAMENTO DA ADI 5264/DF

Contra tal alteração promovida pela Lei Federal nº 11.313/2006 no artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, e contra a idêntica alteração promovida no artigo 2º da Lei Federal nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5264/DF pelo Procurador-Geral da República.

No pedido, foi requerida a declaração de inconstitucionalidade total do parágrafo único do artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, e inconstitucionalidade parcial do *caput* do artigo 60 para afastar a interpretação constitucional da possibilidade de deslocamento de processos do Juizado Especial Criminal para órgãos jurisdicionais diversos como a Justiça Comum e o Tribunal do Júri.

Por unanimidade, foi julgada improcedente a ação, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ARTS. 1º E 2º DA LEI N. 11.313/2006. ALTERAÇÕES NO CAPUT

E NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 60 DA LEI N. 9.099/1995 E NO ART. 2º DA LEI N. 10.259/2001. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS PROCESSUAIS DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA. VIGÊNCIA DE OUTRAS PREVISÕES LEGAIS DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. GARANTIA DE APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL E DA COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS NO JUÍZO COMUM. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. É relativa a competência dos Juizados Especiais Criminais, pela qual se admite o deslocamento da competência, por regras de conexão ou continência, para o Juízo Comum ou Tribunal do Júri, no concurso de infrações penais de menor potencial ofensivo e comum.

2. Os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995 constituem garantia individual do acusado e têm de ser assegurados, quando cabíveis, independente do juízo no qual tramitam os processos.

3. No § 2º do art. 77 e no parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/1995, normas não impugnadas, também se estabelecem hipóteses que resultam na modificação da competência do Juizado Especial para o Juízo Comum.

Ação direta julgada improcedente.

(ADI 5264, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021)

No ponto 1 da ementa vê-se que, no entendimento da Corte, a competência prevista no art. 60 da Lei Federal nº 9.099/1995 é relativa, não tendo a Carta Magna previsto uma competência absoluta para o Juizado Especial Criminal.

Quanto aos institutos despenalizadores, no ponto 9 do voto da relatora, ficou fundamentado que:

(...)

Se praticada infração penal de menor potencial ofensivo em concurso com outra infração penal comum e deslocada a competência para a Justiça Comum ou Tribunal do Júri, não há óbice, senão determinação constitucional, à aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição civil dos danos quanto à infração de menor potencial ofensivo, em respeito ao devido processo legal. Se praticada infração penal de menor potencial ofensivo em concurso com outra infração penal comum e deslocada a competência para a Justiça Comum ou Tribunal do Júri, não há óbice, senão determinação constitucional, à aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição civil dos danos quanto à infração de menor potencial ofensivo, em respeito ao devido processo legal.

Não se deve somar à pena máxima da infração de menor potencial ofensivo com a da infração conexa (de maior gravidade) para excluir a incidência da fase consensual e ser invocada como fator impeditivo da transação penal ou composição civil dos danos. (grifo nosso)

(...)

Como se observa, consta na fundamentação expressamente que não se deve cumular as penas máximas da infração de menor potencial ofensivo com a infração conexa para impedir a transação penal ou composição civil dos danos. E não se trata de fundamentação em *obter dictum*, mas sim da *ratio decidendi*, já que a questão posta era sobre o deslocamento dos institutos despenalizadores do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum nos casos de conexão ou continência.

Segundo o artigo 24 da Lei Federal nº 9.868/1999: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. Dessa forma, o julgamento improcedente da ação declarou a constitucionalidade dos dispositivos legais e, conforme o artigo 102, §2º, da Constituição Federal vigente, possui efeito vinculante e *erga omnes*, o que ocasiona a necessária observância pelos demais tribunais pátrios.

A não observância, por previsão do art. 102, inciso I, alínea “I”, da CF/1988, enfatize-se, poderá ensejar reclamação ao próprio STF, para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Dada a natureza vinculante da decisão proferida na ADI 5264/DF e a relevância do tema objeto dessa ação, torna-se imprescindível a mudança de entendimento da jurisprudência pátria para refletir o comando exarado da Corte constitucional e garantir a incidência do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, como direito do acusado e também da vítima do crime de menor potencial ofensivo.

3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL VIGENTE

O artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995 cita a aplicação dos institutos despenalizadores mesmo no caso de deslocamento de competência por conexão ou continência.

Segundo a doutrina:

A conexão pode ser compreendida como o nexo, a dependência recíproca que dois ou mais fatos delituosos guardam entre si, recomendando a reunião de todos eles em um mesmo processo penal, perante o mesmo órgão jurisdicional, a fim de que este tenha uma perfeita visão do quadro probatório.¹

Dentre as hipóteses legais previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal, os incisos II e III abarcam as hipóteses de conexão teleológica, quando uma infração penal é praticada para facilitar ou ocultar outras, ou para assegurar a impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas, e a conexão instrumental, quando a prova da infração, ou de qualquer das suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Quando ocorre um concurso material de crimes, ou seja, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, segundo a definição legal do artigo 69 do Código Penal, embora cada crime devesse ser tratado individualmente, sendo objeto da ação penal correspondente, e eventual cúmulo das penas devesse ser tratado no Juízo da execução penal, o que ocorre geralmente é que a prova de uma infração penal influi na prova de outra infração penal, ou a prática de um crime é instrumento para a prática de outro crime,

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 11.ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 557.

havendo a conexão, cuja competência para julgamento deverá ser definida segundo o artigo 78 do Código de Processo Penal.

Nesses casos, segundo a previsão do artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.099/1995, ainda que alguma (s) das infrações penais cometidas se insiram dentro da competência do Juizado Especial Criminal, haverá deslocamento de competência para outro juízo, sem que disso decorra prejuízo para aplicação da composição civil dos danos e da transação penal.

No caso de concurso material de infrações penais, caso não exista conexão, não há razão para a imputação conjunta e de forma cumulativa de penas, não havendo fundamento para impedir a aplicação dos institutos despenalizadores.

Por sua vez, para o concurso formal de crimes, previsto no artigo 70 do Código Penal, há a previsão do artigo 77, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo estabelecida a continência, sem prejuízo para, de acordo com o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, serem propostas alternativas à aplicação da pena previstas para o (s) crime (s) de menor potencial ofensivo.

A continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, é uma forma de concurso material que, por política criminal, adotou a ficção de crime único, segundo a teoria objetiva exposta no item 59 da Exposição de motivos do Código Penal, ou objetivo-subjetiva, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (RHC, 043601/DF). Dessa forma, as infrações penais cometidas de forma dolosa em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes devem ser tratados como crime único.

Contudo, o fato de dois crimes serem descobertos e apurados na mesma oportunidade não implica, por si só, a existência de conexão entre eles de forma a serem imputados cumulativamente na denúncia. Tal situação é tratada de forma mais específica pelo Superior Tribunal de Justiça nas análises de competência atrativa da Justiça Federal em detrimento da Justiça Estadual. Seguem abaixo ementas sobre tais hipóteses:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO PENAL. MANUTENÇÃO DE DROGAS EM DEPÓSITO E CONTRABANDO DE CIGARROS ESTRANGEIROS DESCOBERTOS NA MESMA DILIGÊNCIA POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE TRANSNACIONALIDADE DA DROGA E DE CONEXÃO ENTRE OS DELITOS. DESMEMBRAMENTO DO FEITO.

1. Não há conexão a justificar o julgamento unificado, pela Justiça Federal, dos delitos de manutenção de drogas em depósito (33, caput, da Lei 11.343/2006) e de contrabando de mercadorias estrangeiras (334-A, § 1º, IV, do CP) se as investigações e a denúncia não apontaram a existência de liame circunstancial algum, seja material ou instrumental entre eles.

2. O simples fato de a apuração dos delitos investigados ter tido início a partir da mesma diligência policial não implica, necessariamente, a existência de conexão entre eles. Precedentes desta Terceira Seção.

3. Conflito conhecido, para declarar competente para o julgamento da ação penal, no que se refere ao delito de manutenção de drogas em depósito, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto/SP, o suscitante.

(CC n. 145.514/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção,

julgado em 10/8/2016, DJe de 16/8/2016.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONTRABANDO E RECEPÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O SEGUNDO CRIME. AUSÊNCIA DE CONEXÃO PROCESSUAL. CONCURSO DE CRIMES QUE NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE EM CONEXÃO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA APURAÇÃO DO DELITO DE RECEPÇÃO.

1. A Juíza da 1º Vara Criminal de Foz do Iguaçu suscitou conflito por não concordar com a decisão do Juízo Federal da 4ª Vara Federal no sentido de que inexistente conexão probatória entre o crime apurado na seara federal (contrabando) e o crime de receptação.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que, inexistindo conexão probatória, não é da Justiça Federal a competência para processar e julgar crimes de competência da Justiça Estadual, ainda que os delitos tenham sido descobertos em um mesmo contexto fático.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente para processar e julgar o crime de receptação o JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU - PR, o suscitante.

(CC n. 143.576/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe de 17/6/2016.)

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE CONTRABANDO. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENOR. INVESTIGAÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM OUTROS DELITOS DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 122/STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO.

1. No processo penal, a conexão ocorre quando dois ou mais crimes possuem uma relação entre si, sendo recomendável que sejam julgados pelo mesmo juiz ou tribunal.

2. Em uma mesma circunstância, houve a apreensão, em um "bar", de 6 (seis) maços de cigarros supostamente advindos do Paraguai, a constatação de duas menores consumindo bebida alcóolica no local e a averiguação de prostituição.

3. Não há qualquer tipo de conexão entre o crime de contrabando de competência da Justiça Federal e os previstos nos arts. 229 do CP e 243 do ECA de competência da Justiça estadual, não havendo como justificar a conexão entre os crimes e o julgamento deles no mesmo processo, assim, não há que falar em aplicação da Súmula 122/STJ.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Campo Bom/RS, ora suscitante, para processar e julgar os crimes do art. 229 do CP e o delito de fornecer bebida alcóolica a menor de idade, tipificado no art. 243 do ECA, e o Juízo Federal da 5ª Vara de Novo Hamburgo SJ/RS, ora suscitado, competente para julgar o crime de contrabando, incurso no art. 334, § 1º, III.

(CC n. 135.884/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe de 23/11/2015.)

Como se observa, mesmo tendo sido descobertos no mesmo contexto fático, se não há liame entre as infrações penais, não há conexão. E, caso evidenciada a conexão, devem ser observados os institutos da composição civil de danos e da transação penal nos casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Mesmo após a alteração promovida pela Lei Federal nº 11.313/2006 no artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi de que as penas máximas previstas em abstrato dos crimes imputados devem ser somadas ou exasperadas para fins de fixação de competência do Juizado Especial Criminal e para incidência da

transação penal. Seguem abaixo ementas de precedentes que deram origem à tese 8 da Edição 23 do Jurisprudência em Teses:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. INJÚRIA, CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. CONCURSO DE CRIMES. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELA SOMA DAS PENAS MÁXIMAS COMINADAS AOS DELITOS. JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ. PENAS SUPERIORES A 2 ANOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA CAUSA.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.

2. No caso dos autos imputa-se ao paciente a prática de crimes de calúnia, injúria e difamação cuja soma das penas ultrapassa o limite apto a determinar a competência do Juizado Especial Criminal.

3. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida.

(HC n. 143.500/PE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 31/5/2011, DJe de 27/6/2011.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA MÁXIMA EM ABSTRATO, MAJORADA PELA CONTINUIDADE DELITIVA, ACIMA DE DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM.

1. A Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, traz em seu art. 2º, parágrafo único, que devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei nº 9.099/95, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.

Entretanto, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, se em virtude da exasperação a pena máxima for superior a 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial Criminal.

2. No caso, o delito previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, tem como pena máxima dois anos de detenção, devendo ser considerada, ainda, a majoração pela continuidade delitativa, conforme o art. 71 do CP. Assim, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, compete ao Juízo Comum processar e julgar os crimes apurados nestes autos, pois somadas as penas, estas ultrapassam o limite estabelecido como parâmetro para fins de fixação da competência para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo cometidas em concurso de crimes.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 27.068/SP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 31/8/2010, DJe de 27/9/2010.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA.

I - Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada ou virtual da pena, que tem como referencial condenação hipotética (Precedentes).

II - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório

resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes).
Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag n. 1.141.224/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4/12/2009, DJe de 29/3/2010.)

Mesmo após o julgamento da ADI 5264/DF em 07/12/2020, e publicado em 04/02/2021, o Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento acima, conforme se observa na ementa do caso julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. INCOMPETÊNCIA. REITERAÇÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. TRANSAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. CONVENIÊNCIA DO CONCURSO MATERIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Constatada a reiteração de pedidos, ainda que o writ anterior não tenha sido conhecido pela ausência de flagrante ilegalidade, há evidente óbice à sua reanálise em novo habeas corpus.

2. Conforme jurisprudência desta Corte, "[a] proposta de transação penal deve observar o resultado da soma das penas máximas cominadas, no caso de concurso de crimes, sendo incabível quando o resultado superar 2 anos." (AgRg no AREsp 759.307/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 10/8/2020).

3. A ausência de debate na origem acerca da conveniência ou não da imputação dos crimes na mesma denúncia impede a discussão de forma inaugural perante este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instâncias.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 676.005/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)

Nota-se, assim, que desde sua origem as alterações promovidas pela Lei Federal nº 11.313/2006 no artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995 não vêm sendo observadas no ordenamento jurídico pátrio, o que impede que seja promovido o adequado tratamento da vítima e do acusado nas infrações de menor potencial ofensivo, especialmente quanto à opção legislativa pelo desencarceramento e reparação civil à vítima.

4 O PROCEDIMENTO ADEQUADO

O espírito da mudança legislativa promovida pela Lei Federal nº 11.313/2006 está sintetizado nas precisas palavras do professor Antonio Henrique Graciano Suxberger, transcritas abaixo:

A mudança legislativa, portanto, guarda sentido compatível com a Constituição justamente por conta da ressalva veiculada no parágrafo único do art. 60 da Lei n. 9.099, com a redação estabelecida pela Lei n. 11.313/2006. Ao afirmar a possibilidade de aplicação dos institutos próprios do JECRIM no juízo criminal comum, o legislador resguardou a maior preocupação estabelecida no texto constitucional: dar ao crime

de menor potencial ofensivo o tratamento que permita a conciliação dos envolvidos e, especialmente, a possibilidade de incidência do benefício da transação penal. Se tais benefícios podem ser aplicados mesmo diante do juízo criminal comum, não há razão maior que justifique a não incidência das regras de conexão e continência. Essas regras, aliás, prestam-se para assegurar não só a segurança jurídica como também a resposta estatal adequada a fatos que guardem razão jurídica para tratamento conjunto num único feito e perante um mesmo Juízo.²

E isto porque a intenção legislativa impressa nas regras do parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.099/1995, na redação dada pela Lei nº 11.313/2006, não poderiam ser afastadas durante o trâmite processual para dificultar ou impedir o tratamento legal mais vantajoso, garantido por essa especial lei penal ao autor do ilícito caracterizado como infração de menor potencial ofensivo.

Como preceito inafastável, os crimes de menor potencial ofensivo devem receber tratamento diferenciado com a finalidade de reparar a vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, conforme previsão contida no artigo 62 da Lei Federal nº 9.099/1995. Dentro dessa interpretação, a interpretação da norma não pode se dar no sentido de negar a própria finalidade traçada pela lei, para entender possível a cumulação ou exasperação das penas quando dentre as infrações conste um ou mais crimes de menor potencial ofensivo, devendo ser eles tratados de forma isolada para permitir a aplicação dos institutos despenalizadores, especialmente previstos para essa espécie de infração penal.

Dentro dessa compreensão, tendo como moldura interpretativa o próprio sentido da norma assinalada, propõe-se nos parágrafos seguintes a adoção de procedimentos para os casos previstos no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995.

No caso de uma ou várias infrações penais de menor potencial ofensivo contra a mesma vítima, mesmo que de forma cumulativa ou exasperada o total das penas abstratamente previstas ultrapasse o patamar legal de 02 anos do artigo 61 da Lei Federal nº 9.099/1995, deve ser lavrado o termo circunstanciado de ocorrência, instrumento previsto no artigo 69 da Lei Federal nº 9.099/1995 para registro de infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando que cada infração penal isoladamente é de menor potencial ofensivo e são relativas à mesma vítima.

Em caso de existência de vítimas diferentes, no mesmo contexto fático, devem ser lavrados quantos termos circunstanciados de ocorrência forem as vítimas, buscando a individualização do fato para a reparação necessária e suficiente.

No caso de crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação da vítima, em caso de composição civil dos danos, haverá a renúncia do direito de queixa e da representação, nos termos do artigo 74, parágrafo único, do Código Penal.

Tal acordo na composição civil de danos pode ser de qualquer natureza, desde que não ofenda a ordem pública, a moral e os bons costumes. Em caso de previsão de reparação financeira ou de obrigação de fazer ou não fazer, havendo homologação, terá natureza de **2** SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Leis penais especiais comentadas**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 846.

título a ser executado no juízo cível competente, de acordo com o artigo 74 da Lei Federal nº 9.099/1995.

Nos casos de ação penal pública incondicionada, preenchidos os pressupostos e requisitos do artigo 76 da Lei Federal nº 9.099/1995, pode ser ofertada a transação penal pelo Ministério Público, caso entenda que a reparação à vítima não foi suficiente para retribuição e prevenção da infração penal praticada, ou nos casos de crime vago.

Sobre a vedação da possibilidade de transação penal nos casos em que o agente foi beneficiado anteriormente, no prazo de 05 anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, entende-se que a prática de várias infrações penais de menor potencial ofensivo na mesma oportunidade não deve implicar na impossibilidade de serem ofertadas várias transações penais, mesmo que a aceitação e homologação ocorram em datas distintas. Deve ser considerada a data da sua ocorrência, segundo o artigo 4º do Código Penal, para fins de verificação da existência de transação penal anterior no prazo de 05 anos.

Nos casos de concurso material de infração penal de menor potencial ofensivo com outro crime que possua pena máxima em abstrato superior a 02 anos, deve ser adotado o rito ordinário ou sumário previsto no Código de Processo Penal. Nesse caso, aplicando-se o artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.099/1995, devem ser observados os institutos da composição civil de danos e da transação penal para a infração penal de menor potencial ofensivo.

No caso de concurso formal próprio, previsto no artigo 70, *caput*, do Código Penal, seja homogêneo ou heterogêneo, considerando a pena máxima prevista em abstrato da infração penal culposa a ser imputada, caso seja da competência do juizado especial criminal, deve-se observar os institutos despenalizadores. No caso de concurso formal impróprio, previsto no parágrafo único do artigo mencionado acima, diante de desígnios autônomos, deve ser avaliado se os crimes imputáveis são ou não da competência do juizado especial criminal para a possibilidade de composição civil de danos e transação penal.

Em relação à continuidade delitiva, deve ser avaliado o crime imputado. No caso de a pena máxima prevista em abstrato ter no máximo 02 anos, não se pode utilizar a exasperação dos crimes subsequentes para impedir a incidência dos institutos despenalizadores em detrimento do agente, considerando que são vários crimes de menor potencial ofensivo, sendo apenas por ficção considerado crime único. Tal entendimento também é aplicável ao crime continuado específico previsto no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal.

Nessas hipóteses de conexão entre infração penal de menor potencial ofensivo e infração penal sujeita a rito processual diverso, o procedimento a ser adotado, com o qual se concorda, é especificado pela doutrina abaixo:

Nessa hipótese, o juízo com força atrativa – juízo comum ou Tribunal do Júri – deve, pelo menos em regra, designar uma audiência preliminar para fins de composição dos danos civis ou transação penal quanto à infração penal de menor

potencial ofensivo. Efetivada a composição civil ou a transação penal, o Ministério Público oferecerá denúncia apenas em relação ao crime que exerceu a *vis atractiva*. Frustrada a composição civil ou a transação penal, a denúncia também irá abranger a infração de menor potencial ofensivo. Se, no entanto, mesmo antes da realização da audiência preliminar, o Ministério Público oferecer denúncia em face do acusado pela prática de ambos os delitos, manifestando-se contrariamente à concessão da proposta de transação penal, estará prejudicada a realização da audiência preliminar, devendo o juiz determinar o prosseguimento do feito de acordo com o procedimento de maior amplitude.³

Um exemplo ilustra bem essa previsão do parágrafo único do art. 60 a Lei n. 9.099. Havendo conexão de um crime de lesão corporal leve, que é infração de menor potencial ofensivo e cuja persecução se dá por ação penal pública condicionada à representação do ofendido, e um crime de furto qualificado, ambos os fatos serão processados perante o juízo criminal singular. É o que determina o *caput* do art. 60 da Lei 9.099. No entanto, deve-se assegurar a oportunidade de composição dos danos civis entre ofendido e autor do fato. Se alcançada a composição, a persecução penal do crime de lesões leves não se aperfeiçoará, pois a composição implicará renúncia ao direito de representação do ofendido e, por consequência, o Ministério Público carecerá da necessária condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pelo crime de lesão corporal leve. O caso, então, será de arquivamento da investigação em relação ao crime de lesão corporal leve, na forma do inciso II do art. 295 do CPP, e regular oferecimento da ação penal pelo crime de furto qualificado.⁴

Como se observa, antes do oferecimento de denúncia, ou acordo de não persecução penal, em relação ao crime de maior gravidade e que exerceu a *vis atractiva*, deve ser oportunizada a composição civil de danos e/ou o oferecimento de transação penal. Em uma ou outra hipótese, haverá renúncia da representação e ausência de condição de procedibilidade, ou pactuação de acordo de justiça negociada que, caso cumprida, restará extinta a punibilidade da infração penal de menor potencial ofensivo.

Nos casos em que o acusado estiver preso cautelarmente, ainda assim é possível a composição civil de danos, pelo menos na reparação pecuniária, já que terceiro a seu pedido poderia efetuar o pagamento ou ser feito às custas do seu próprio patrimônio, quando existente. Também seria possível o pagamento de multa, nos moldes anteriormente indicados. Ressalta-se que deve ser preponderantemente consideradas tais possibilidades buscando, principalmente, a reparação de danos à vítima, já que tal solução é mais efetiva para o sujeito passivo da infração do que aguardar uma sentença penal condenatória ou ter como solução do processo penal o encarceramento do acusado, meramente.

Com o afastamento das regras previstas na Lei n° 9.099/1995, restaria frustrada a hipótese de cumprimento de pena restritiva de direito em transação penal, já que não haveria voluntariedade do acusado em cumprir, já que privado temporariamente de liberdade.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de legislação criminal especial comentada**: volume único. 10.ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 871.

⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Leis penais especiais comentadas**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 847.

Quanto ao acusado em cumprimento de pena definitiva, estaria frustrada a transação penal pela hipótese do inciso I do §2º do artigo 76 da Lei Federal nº 9.099/1995. Mas seria possível a composição civil de danos, a ser cumprida mediante o pagamento pecuniário de reparação de danos à vítima.

Adotando-se uma das alternativas procedimentais aqui apresentadas, de acordo com a situação concreta a ser apreciada no âmbito do processo penal, entende-se que os objetivos previstos na Lei nº 9.099/1995 pelo legislador serão atendidos, que é a reparação de danos à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade,

CONCLUSÃO

Urge uma mudança no entendimento dos tribunais pátrios sobre a incidência da composição civil de danos e transação penal nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo conexos a crimes da justiça comum.

A não observância pelos tribunais do parágrafo único do artigo 60 da Lei Federal nº 9.099/1995, após as mudanças promovidas pela Lei Federal nº 11.313/2006, resultam por frustrar o objetivo do legislador, exposto no artigo 62 da mesma lei, que é o da preservação das garantias inerentes aos crimes de menor potencial ofensivo, mesmo nos casos em que haja reunião dos processos decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência.

Após o julgamento da ADI 5264/DF, a não observância pode acarretar o ajuizamento de reclamação constitucional, diante do efeito vinculante.

A racionalização do processo penal passa pela observância dos seus institutos despenalizadores, dentre eles os pioneiros na composição civil de danos e transação penal. A reparação dos danos à vítima deve ser buscada como forma principal, e a justiça negociada atende a esses fins, devendo os seus atores estarem dispostos a isso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF. Presidência da República, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm#art1. Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Decreto-Lei nº 2.848**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de legislação criminal especial comentada**: volume único. 10.ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Leis penais especiais comentadas**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022,

Isabella Cristina Guilherme de Araújo

A AUTONOMIA PRIVADA E A TESE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL SOBRE A FAMÍLIA PARALELA

A AUTONOMIA PRIVADA E A TESE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A FAMÍLIA PARALELA

PRIVATE AUTONOMY AND THE THESIS OF THE SUPREME FEDERAL COURT ABOUT THE PARALLEL FAMILY

Isabella Cristina Guilherme de Araújo

Advogada. Tem formação em Mediação Judicial pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) e atuação como Conciliadora Judicial Voluntária no TJPE. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Pan Americano de Educação, Ciências e Cultura - Faculdade Novo Horizonte. Foi Membro da Comissão de Mediação, Arbitragem, Conciliação e Direito Sistêmico da OAB/PE Subsecção Olinda. Conciliadora Judicial – CNJ. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário UniDomBosco em parceria com Meu Curso. Tutora Digital de ensino superior.

RESUMO

O presente artigo vem tratar da existência da família paralela e os efeitos jurídicos que surgem dessas relações. Sabe-se que existem barreiras do senso comum a aceitação e aprovação das relações paralelas e que tais barreiras culminaram no recente entendimento da Suprema Corte sobre o tema e as consequências que decorreram dessa decisão. A pesquisa pelo tema encontrou na doutrina e na jurisprudência a base para que este trabalho pudesse ser escrito. Com o estudo do tema, foi observado que apesar do entendimento do STF que gerou repercussão geral, muitos doutrinadores entenderam que foi um retrocesso ao restringir o que reza a Constituição Federal. Na verdade, ainda há muito que ser estudado sobre o tema, mas também há muitas barreiras sociais e morais que precisam evoluir para que haja, de fato, um reconhecimento jurídico para as relações convivências paralelas.

Palavras-chave: Família paralela. Concubinato impuro. União estável. Autonomia privada.

ABSTRACT

This article deals with the existence of the parallel family and the legal effects that arise from these relationships. It is known that there are common sense barriers to the acceptance and approval of parallel relationships and that such barriers culminated in the recent understanding of the Supreme Court on the subject and the consequences that resulted from this decision. The research on the subject found in the doctrine and jurisprudence the basis for this work to be written. With the study of the subject, it was observed that despite the understanding of the STF that generated general repercussion, many scholars understand that it was a setback

to restrict what the federal Constitution says. In fact, there is still much to be studied on the subject, but there are also many social and moral barriers that need to evolve so that there is, in fact, a legal recognition for parallel coexistence relationships.

Keywords: Parallel family. Impure concubinage. Stable union. Private autonomy.

INTRODUÇÃO

As famílias paralelas existem há muito tempo no seio da sociedade e ainda são vistas como relações impuras, que ferem a ética do senso comum.

Tal enlace vem ganhando cada vez mais atenção diante das mudanças de pensamentos críticos e da necessidade de se verificar os efeitos jurídicos que tais relações ocasionalmente fazem surgir.

Quando se trata de famílias paralelas ou simultâneas, existe uma diversidade de enlances que podem surgir: desde a pluralidade pública, à pluralidades que uma núcleo familiar não tem conhecimento do outro, a não ser o indivíduo em comum; e que dentro desses núcleos familiares pode advir filhos ou não.

Essa temática ganha contornos mais asseverados quando tratamos dos limites jurídicos impostos a essas relações. Para tanto, a atribuição de eficácia a situações de tal natureza implica, necessariamente, numa análise que permeia o universo principiológico dentro desse ramo do direito.

Assim, no presente trabalho iremos tratar sobre a origem da família, sua evolução histórica, até a contemporaneidade. Outrossim, falaremos da autonomia privada dentro do direito de família, a qual repercute na origem e escolha das diversas formas de relacionamentos que hoje verificamos a existência.

Além disso, focaremos na distinção entre União Estável e Família Paralela e faremos uma comparação entre o concubinato puro e impuro e como hoje esses termos são tratados. Por fim, trataremos da decisão judicial em tese de repercussão geral emitida pelo Supremo Tribunal de Justiça quando este não reconheceu a Família Paralela como entidade familiar em razão da monogamia e da fidelidade.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta metodologia indutiva, onde pretende fazer uma análise de entendimentos da doutrina sobre o tema em apreço, culminando na recente decisão do Supremo Tribunal Federal que veio impor limites aos efeitos jurídicos que estão entrelaçados à existência da família paralela.

1 A HISTORICIDADE DA FAMÍLIA

A família existe desde tempos remotos e sua configuração e conceitos foram alterados diversas vezes ao longo da história. Isso se deu porque a humanidade está em constante mudanças, não sendo, assim, uma formação estanque de vínculos.

Para tratar da historicidade da família, Fustel de Coulanges traz ensinamentos em seu livro “A cidade antiga” as experiências vivenciadas pelas gerações antigas.

Ora, Fustel¹ já indicava que em cada casa existia um altar no qual a família se reunia dia e noite para fazer suas preces que eram passadas de pai para filho.

Quando se tratava do princípio da família, não era o afeto que as unia. “O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados”².

Quando passamos para a Roma antiga, vemos que o casamento era mais um tipo de sujeição da mulher. A cerimônia ocorria em casa, presidida pelo Deus doméstico. A marcha nupcial era uma forma de dar publicidade ao ato, a qual tocava no caminho até a casa do casal. Esse trajeto era feito com uma ritualidade que mais se parecia um rapto, onde mostrava que a mulher, ao entrar em sua nova casa, estava submissa ao senhor do lugar e do deus que lá a introduziu à força.³

Era certo que a união se assentava sobre um acordo realizado entre o noivo e o pai da noiva, não levando em consideração a vontade da mulher, incluindo o pagamento de um dote por parte do pai. Essa união significava que dois seres passavam a fazer parte do mesmo culto, ou seja, o que existia era uma religião doméstica e perpetuação da família.

Há muitos detalhes que configuraram o seio familiar e tais configurações duraram até que podemos citar pontos de inflexão na história, quando, na Idade Média, por exemplo, a Igreja Católica passou a impor sua doutrinação, sendo a matrimonialização e a patrimonialização unidos à sacralização.⁴

Após a Revolução Francesa foi que as pessoas passaram a dar mais atenção aos seus sentimentos, subtraindo o caráter religioso e caracterizada por um regime liberal e igualitário, ou seja, as relações deixaram de existir por conveniência e passaram a existir por amor.⁵

1 COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 2006. Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.p 34.

2 Op. Cit., p. 35.

3 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8.ed.rev.ampl.e atual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. p. 29.

4 Op. Cit., p. 32.

5 Op. Cit., p. 40.

Com a Constituição Federal de 1988, no Brasil, uma nova visão foi criada a respeito das relações de direito privado. Conforme ensina Rodrigo da Cunha⁶:

A partir de uma despatrimonialização e de ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e, conseqüentemente, das relações jurídicas. Nesse sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares.

Como vemos, a história foi marcada diretamente pela forma como a família existia e se caracterizava. Grandes mudanças de comportamento fizeram com que a caracterização da família fosse alterada constantemente ao longo dos anos.

Foram muitas as mudanças e, assim, vemos que as estruturas rígidas deram lugar à vínculos mais maleáveis, o que resultou nas diversas configurações de famílias que existem atualmente na sociedade brasileira.

2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E A AUTONOMIA PRIVADA

Essas mudanças podem ser vistas mais claramente nas famílias contemporâneas, pois a mentalidade da sociedade mudou, enxergando os laços familiares como forma de buscar a felicidade.

Assim, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves⁷ “Família é uma realidade sociológica, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”. Como não há identidade de conceitos nem no direito nem na sociologia, tanto a Carta Magna como o Código Civil a ela se referem e estabelece sua estrutura, sem, todavia, defini-la. Afirma ainda que o termo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, assim, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção.

A família clássica era uma família matrimonializada, ou seja, o direito só reconhecia esse tipo de família. Os outros tipos de famílias existiam, mas não eram reconhecidas pelo direito. A família clássica era indissolúvel, pois somente a morte podia extinguir a família. Havia diferença entre os filhos, sendo os que os filhos oriundos do casamento são legítimos, os advindos de duas pessoas solteiras eram os naturais, adulterinos quando uma das pessoas é casada, impedida de casar, desquite, e a outra não; espúrios eram os incestuosos.

Não havia a possibilidade de Ação no período do CC/16, pois era vedada a ação de paternidade contra o homem casado. A família clássica era patrimonialista, pois era uma união de pessoas e patrimônio. Era natural querer manter o patrimônio dentro da própria família, havendo muitos casamentos entre primos. O paradigma era de produção e não o de consumo como o é hoje.

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 154.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

Havia na família clássica o dever de fidelidade, família transpessoal; os desejos e anseios pessoais não tinham muito sentido, os desejos pessoais não importavam. O que interessava era preservar o casamento.

O código de 16 não conseguia dissociar a conjugalidade da parentalidade, o que hoje entendemos que são coisas distintas e podem existir separadamente. Nele só havia legitimidade para aqueles que estavam na família legítima, aqueles que escolhessem outra entidade não seriam legitimados perante a ordem jurídica.

Com a CF/88 temos um vínculo de conjugalidade e o vínculo de parentalidade. A maioria das questões contemporâneas que se põe em “xeque” se trata de vínculos autônomos.

Com a mudança de paradigma e humanização passamos a ter mudanças significativas nas características das famílias contemporâneas.

A família contemporânea passou a ser plural quando a CF/88⁸ em seu art. 226 passou a ampliar o rol de entidades familiares, abrangendo, além da entidade matrimonial pelo casamento civil ou religioso, a união estável, a monoparental, e, conforme Conrado Paulino⁹, o termo “também” tem suas peculiaridades, senão vejamos:

O vocábulo “também” previsto no artigo 226, § 4o da Constituição Federal é considerado uma cláusula geral de inclusão, a permitir que outros modelos de entidades, além das demais previstas no mesmo dispositivo, sejam protegidos enquanto família.

Acrescente-se a isto que a partir da decisão do STF que fixou entendimento dessa pluralidade a partir da ADI nº4277¹⁰ e ADPF nº 132¹¹ que, por unanimidade, decidiu que nenhum direito assegurado aos casais heterossexuais no país deveria ser omitido, se tornando marco histórico para o pluralismo das entidades familiares.

E com isso, trazemos o pensamento de Sérgio Mendes¹²: “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”.

8 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 19/10/2021

9 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família**. 7.ed.rev.ampl.eatual.Salvador: JusPDIVM, 2020. P. 173.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 / DF**, Relator(a): MIN. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 19 out.2021.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 / DF**, Relator(a): MIN. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 19 out.2021

12 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF.

A família que antigamente era numerosa passou a ser uma família nuclear, pequena, principalmente em razão do fator “consumismos”. A distinção entre os filhos já não existe mais, passando a existir a igualdade entre eles. A família deixa de ser hierarquizada para ser uma família cooperativa e afetiva, onde todos contribuem.

A família passa a ter o livre desenvolvimento, ou seja, liberdade de planejamento familiar e liberdade de escolher se quer procriar ou não, se vai procriar com vínculo de conjugalidade ou não, qual o vínculo familiar quer a pessoa quer ter, qual tipo de entidade familiar que ela quer formar, tudo dentro da autonomia da vontade dos indivíduos, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Em relação a autonomia privada, podemos destacar que com CC/02, ela se tornou um princípio que deve ser observado pelo Estado para que haja uma intervenção mínima, não podendo o Estado intervir no planejamento familiar, mas tão somente para garantir um mínimo de sustento para essas famílias.

Com relação ao mencionado, podemos alegar que, conforme Rodrigues da Cunha¹³, “do Código Civil atual pode-se extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família”. Dimas Carvalho¹⁴ traz em suas elucidações a importância dos dizeres do código civil alegando que “[...] a liberdade é um dos mais importantes princípios do Direito de Família e realçada no atual Código Civil ao vedar qualquer forma de imposição ou restrição na constituição da família (art. 1.513) [...]”.

Nos dizeres de Tartuce¹⁵ devemos ter bastante cuidado ao analisarmos a questão da não intervenção Estatal, uma vez que o Estado tem sim alguns deveres para com as pessoas de garantir um existencial mínimo, que chamamos de Direito de Família Mínimo, senão vejamos:

Retornando ao art. 1.513, do Código Civil em vigor, é importante frisar que se deve ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Entretanto, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88). Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88). Tudo isso consagra o princípio da não-intervenção [...]

13 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 158.

14 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2. ed. atual., rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 13.

15 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p.45-46.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁶ entendem que:

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade da autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre foi lhe estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se, inclusive, que venha, em futuro próximo, a cuidar, com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação). Nas relações familiares, a regra é a autonomia privada, com a liberdade da atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Vale ressaltar que quando a Magna Carta decidiu trazer numa de suas proteções a Dignidade da Pessoa Humana, o Estado buscou tutelar a “Pessoa” em detrimento ao patrimônio e suas relações, sendo tal fenômeno conhecido como despatrimonialização do direito.

No direito de família, como percebe-se do que foi dito anteriormente, esse princípio da dignidade da pessoa humana se faz muito presente na medida em que, devido a pluralidade de entidades familiares que existe em nosso ordenamento, permite que cada pessoa busque seu pleno desenvolvimento pessoal e social, e, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, não cabe ao Estado dar tratamento diferenciado aos diversos arranjos familiares existentes.

Hoje falamos na família eudemonista que age em direção a felicidade, ou seja, na busca pela felicidade. Podemos considerar que é a prática de ação em direção a felicidade por cada um dos indivíduos da entidade familiar. Assim, a família patrimonialista cedeu espaço para a família afetiva, ou seja, um conjunto de comportamento de solidariedade.

Para Thacio Moreira¹⁷, o que mais representa a família contemporânea é a afetividade:

A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é elemento formador e estruturador da entidade familiar. Sendo assim, tudo o que for vinculado a ele terá proteção do Estado. O afeto é o resultado de todas as mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos nas famílias brasileiras e tem como base muitos dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Podemos dizer aqui que a afetividade é vínculo jurídico pelo qual é reconhecida a existência dos diversos arranjos familiares da contemporaneidade, haja vista que as pessoas se unem constituindo laços familiares com base no afeto, e esse sentimento não é exclusivo em relação a afeição de um pelo outro, mas sim compreendendo valores jurídicos baseados

16 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Apud* LANFREDI, Eduarda Schilling. LIMA, Rodrigo Rosa de. **O Princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <http://www.brauliopinto.com.br/artigos/11/o-principio-da-autonomia-privada-e-da-minima-intervencao-estatal-a-luz-do-direito-de-familia-contemporaneo>. Acessado em: 22 out.2021.

17 MOREIRA, Thacio Fortunato. Poliamorismo nos Tribunais. **Revista Síntese**. Direito de Família. Ed. Simone Costa Oliveira. RDF Nº 93 – Dez/Jan/2016. p. 19..p. 21-22

na solidariedade, na compreensão, na paciência, no perdão, enfim, atributos que definem a convivência familiar.

Apesar de ter se alcançado essa limitação da atuação estatal na seara do direito de família e na constituição familiar, ainda há nuances previstas no CC/02 que limitam as pessoas em relação ao Direito de Família. Tomada tal informação, é salutar informar exemplos dessa intervenção legal. Um deles é a previsão do artigo 1.641, inciso II, do CC/02, que tornou obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos, aniquilando a possibilidade de escolha de um regime de bens que melhor lhe sirva.

Por outro lado, o casamento é o instituto do direito de família onde mais se vislumbra a autonomia privada, tanto na esfera patrimonial, quanto no pessoal, podendo as partes escolher o regime de bens que melhor lhes convier, conforme suas vontades.

O fato é que existem grandes discussões a respeito dos regimes de casamentos e suas nuances em relação às obrigatoriedades, casos de suspensão, dentre outros, que acabam dividindo a doutrina com relação à intervenção estatal.

Certo é que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família passou a ter um viés muito mais afetivo do que propriamente patrimonial. Assim, o objetivo anterior focado no patrimônio e na reprodução, agora passou a ter como referência a solidariedade, havendo, assim, uma modificação das bases familiares, que, conforme explica Paulo Lôbo¹⁸:

O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988.

Conforme leciona o professor Conrado¹⁹:

O conceito de família para realização de fins estatais foi substituído pelas realizações de fins da pessoa humana. A pessoa constitui família para sua própria felicidade, e não para a felicidade do Estado.

Dessa forma, o Estado tem o dever de proporcionar, no âmbito familiar, um ambiente equilibrado, harmonioso e principalmente saudável, que comine em maior interação familiar.

Diante de tudo, hoje, podemos ter diversos arranjos familiares. A despeito disso, podemos citar: a família matrimonial, a união estável, a família monoparental, a família anaparental, a família mosaica, a família homoafetiva, além das diversas outras configurações que podemos observar, como a família virtual (i-family), a família coparental, a família poliafetiva, a família multe espécie e a família simultânea.

Como se vê, diversas são as configurações de família que podem existir atualmente no direito brasileiro, resguardadas pela própria Constituição Federal. Mas, neste trabalho, vamos nos ater a diferenciar a União Estável da Família Paralela.

¹⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 268.

¹⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8. ed.rev., ampl.eatual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. p. 69.

3 DA UNIÃO ESTÁVEL

A União Estável somente foi inserida no ordenamento pátrio a partir da Constituição Federal de 1988. Até então, esse enlace convivencial não era reconhecido pela sociedade, sofrendo preconceitos sociais.

Era tratado como “concubinato” e precisava de intervenção judicial para terem seus direitos reconhecidos. Assim, uma das providências tomadas pelo STF²⁰ foi a criação das Súmulas 380 e 382, visando evitar o enriquecimento sem causa:

Súmula 380, STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382, STF: A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Essas relações eram classificadas ainda como puras e impuras. Conrado Paulino²¹ afirma que:

O concubinato puro era o relacionamento em que, apesar de ausente qualquer proibição para a celebração do casamento, o casal fazia a opção de manter a união convivencial. Já o impuro caracterizava a ligação onde um ou ambos não tinham outra escolha em razão de algum impedimento absoluto para o enlace matrimonial, por exemplo, os desquitados que - anteriormente a 1977 - apesar de afastados dos deveres conjugais em relação à primeira relação, não poderiam casar novamente.

A Carta Magna²² traz em seu bojo o reconhecimento da União Estável em seu § 3º do artigo 226: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Conforme, Conrado²³ leciona, a CF/88 trouxe novos paradigmas a respeito das instituições familiares: “A Constituição veio romper com o preconceito legal, instalado no texto jurídico, uma nova concepção de família, pois, além de inaugurar a igualdade entre homem e mulher, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável e as famílias monoparentais”.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acessado em: 21 jun.2022.

²¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. P. 127.

²² BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 jun.2022.

²³ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8.ed.rev.ampl.eatual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. p. 128.

Com o reconhecimento das uniões convivências, o termo para designar esse instituto passou a ser “União Estável”, sendo que tal instituto foi regulado pelo Código Civil²⁴ no seu artigo 1.723 ao 1.727.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

O legislador, ao tratar da União Estável no Código Civil, estabeleceu que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Além disso, estipulou como regra geral de regime de bens o regime da comunhão parcial de bens.

Ademais, deixou explícito seu entendimento de que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves²⁵, uma das características que são atribuídas à união estável é a ausência do formalismo para que ela exista, pois, o fator principal para essa caracterização é a vida em comum, ao contrário de como ocorre no casamento.

Maria Helena Diniz²⁶ estabelece os requisitos para que seja configurado a União Estável:

- Continuidade das relações sexuais, que é diferente da simples relação transitória;
- A ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, de acordo com o artigo 1.723, §1º, do Código Civil, não se aplicando o artigo 1.521, VI, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente;
- A notoriedade de afeições entre os companheiros, ou seja, a convivência more uxório deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se socialmente, como marido e mulher, com a intenção de constituir família, trazida por uma comunhão de vida e interesses comuns, mesmo que não haja prole;
- Fidelidade ou lealdade entre o casal, conforme estabelece o artigo 1.724, do Código Civil.

A jurisprudência²⁷ também já tem declarado que os requisitos configuradores da união estável devem ser cumulativos:

24 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: 22 jun.2022.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

26 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: direito de família. 19. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.336

27 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: 70081398042/RS.** Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, DJe: 31/07/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 02/08/2019). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935968496/apelacao-civel-ac-70081398042-rs> . Acessado em: 21 jun.2022.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. O relacionamento que ostenta apenas contornos de um namoro, sem atender aos requisitos do art. 1.725, não caracteriza união estável. Apelação desprovida.

Vale salientar que, conforme o artigo 1.723, §1º, CC/02, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos absolutos para o casamento, que são elencados no artigo 1.521²⁸.

Por outro lado, o próprio Código Civil ressalva, em seu artigo 1.723, §1º, que se a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente, não se aplica o artigo 1.521, VI, podendo ser estabelecida uma união estável.

Vale ressaltar que, caso estejam impedidos de casar-se, a união dos conviventes será considerada como concubinato, conforme determina o artigo 1.727, CC/02.

4 DO CONCUBINATO E AS FAMÍLIAS PARALELAS

Assim, quando falamos de concubinato, nos remetemos a esse termo que é trazido no Código Civil²⁹, em seu artigo 1.727:” Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Maria Berenice Dias³⁰ traz em seus estudos diversos termos que podem ser utilizados pelos defensores da monogamia para nomear as famílias paralelas:

(...) São muitas, todas pejorativas. O concubinato, chamado de adúlterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem, é alvo do repúdio social, legal e judicial. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala.

Para uma boa parte dos estudiosos do Direito de Família, por mais que seja uma relação não reconhecida pelo direito, ela é reconhecida pela doutrina como um formato de família.

²⁸ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

²⁹ 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: 22 jun.2022.

³⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Famílias. 4. ed. em e-book, baseada na 11ª edição impressa, edição 2016, Revista dos Tribunais. p. 475.

Como o professor Conrado Paulino³¹ menciona:

Trata-se do modelo familiar decorrente do denominado fenômeno “duplicidade de células familiares”, ou seja, a manutenção simultânea de mais de um relacionamento afetivo estável, podendo ser uma união estável paralela ao casamento, bem como uma duplicidade de famílias convivenciais.

Ora, não estamos aqui falando de um simples relacionamento eventual extraconjugal. Trata-se de um relacionamento duradouro.

Conforme entendimento de Pianovski³², uma pessoa se coloca concomitante em mais de uma entidade familiar, ou seja, é uma conjugalidade em múltiplos núcleos familiares, que possuem um membro em comum.

Assevera Carlos Bencke³³ que “situações de fato existem que justificam considerar-se que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adulterinas, e podem gerar consequências jurídicas”.

Outrossim, Carlos Pianovski³⁴ analisa a aplicação de efeito éticos à existência da simultaneidade de relações familiares:

Atribuir efeitos à simultaneidade na perspectiva da conjugalidade implica, porém, trazer à tona regras de sentido ético que impliquem, em última instância, o atendimento do objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana que constitui relação de coexistencialidade afetiva. Vale dizer: a simultaneidade atentatória à dignidade da pessoa não terá efeitos chancelados”.

Apesar de ser um fato a existência das famílias constituídas como entidades paralelas, existe uma barreira do senso comum, que em sua historicidade, aplicados a uma moralidade cristã, não dá aprovação a essas relações.

Por outro lado, uma parcela da doutrina filiada a Maria Berenice Dias defende a posição de que nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, as quais merecem proteção do Estado diante do respeito à dignidade da pessoa humana que é um direito constitucional.

Nesse sentido, o IBDFAM³⁵ criou o enunciado 04 que trata justamente da atribuição de efeitos jurídicos a entidades paralelas: “**Enunciado 04** - A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico”.

Observando os posicionamentos doutrinários e a realidade nos Tribunais Superiores,

31 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8.ed.rev.ampl.eatual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. p. 211-212.

32 PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf>. Acessado em: 02 jun.2022.p. 7.

33 BENCKE, Carlos Alberto. Partilha de bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. N° 14, jul./set, 2002, p. 20-42. (p. 27).

34 PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf>. Acesso em: 02 ju. 2022. p. 7.

35 BRASIL. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam> . Acessado em: 06/06/2022.

pode-se dizer que o entendimento majoritário da jurisprudência é no sentido de não reconhecer as uniões estáveis paralelas.

5 DA FAMÍLIA PARALELA E OS EFEITOS DA TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dessa forma, quando tratamos de família paralela, logo vem em mente as questões jurídicas que envolvem tal enlace. Não é de hoje que se discute a pertinência do tema e sua legalidade. As pessoas têm a liberdade de escolher como vão querer se relacionar e conceber seus laços de família.

No entanto, ao analisar a legalidade a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal³⁶ fixou a seguinte tese relacionada ao tema nº 529 que foi estabelecida no Recurso Extraordinário nº 1.045.273:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o conseqüente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas.

2. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato).(grifo nosso)**

3. **É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida.** Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, **subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil).(grifo nosso)**

4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que **o artigo 226, § 3o, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos.(grifo nosso)**

5. Tese para fins de repercussão geral: **“A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1o, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo**

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, DJe de 21/12/2020. Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 e 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em: 12/05/2022.

período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.(grifo nosso)

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Ora, ao analisarmos a referida decisão, a tese então defendida tem como fundamento o artigo 1.727 do Código Civil³⁷ o qual determina que: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Apesar de ter se fixado a referida tese, muitos doutrinadores são contra tal entendimento, pois limita interpretação constitucional, além de não dar a oportunidade do reconhecimento da boa-fé que permeia a criação da família paralela.

Em análise apartada, o Desembargador do TRF2, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, e a Juíza Federal, Marcella Araújo da Nova Brandão³⁸, fazem breve consideração sobre o tema, trazendo contornos da realidade que muitas famílias enfrentam:

Infelizmente em razão do machismo estrutural que ainda rege muitas relações afetivas, alguns homens “se acham no direito” – ou, tecnicamente, se consideram titulares da faculdade jurídica – de manterem múltiplas uniões, sem que haja por parte das companheiras a ciência dessa vida dúplice (referimo-nos a homens no sentido literal do termo pois em vários anos de exercício da magistratura nunca vimos a situação inversa). **Não se trata aqui de tolerância à amante ou aos casos eventuais do marido.** Aqui nessas hipóteses a companheira não sabe que seu companheiro mantém ativamente outra união paralela. Em ambas as hipóteses, **ele se comporta com intenção de constituir/manter família e “jura” fidelidade a ambas.** Obviamente a questão vai depender das provas efetivamente produzidas em juízo, mas o companheiro de boa-fé merece do Estado a tutela com o reconhecimento de efeitos benéficos da união estável, tal como o cônjuge de boa-fé no casamento putativo. (grifo nosso)

O professor Conrado³⁹ tem entendimento que colocaria uma conclusão, para muitos, mais aceitável que a justificativa trazida pelo Supremo:

Seja para efeitos previdenciários ou familiares, o Direito precisa se afastar dos argumentos da moralidade, reconhecendo direitos aos integrantes das uniões paralelas. Afinal, a quem tal modelo não for aceitável, resta uma simples opção: não manter relações que se afastem da lógica da monogamia.

Fato é que, apesar dos entendimentos doutrinários a respeito da possibilidade do reconhecimento dessas uniões paralelas, a tese firmada pelo Supremo, como repercussão geral, impede que, nos casos da existência de relações simultâneas, haja rateio do benefício previdenciário.

³⁷ 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: 22 jun.2022.

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **Efeitos da tese fixada pelo STF acerca das relações simultâneas, em especial sobre o regime previdenciário das pensões.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/23/tese-stf-acerca-relacoes-simultaneas/> . Acessado em: 12 maio 2022.

³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 8.ed.rev.ampl.e atual. São Paulo: JusPDIVM, 2021. p. 224.

Assim, não só os efeitos patrimoniais e familiares deixam de existir, como também os previdenciários, quando se trata de partilha de bens deixados pelo falecido. Dessa forma, a companheira advinda da relação paralela não terá direito de reivindicar bens e a pensão por morte.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebemos que a família existe antes mesmo da criação do direito e vem se perpetuando ao longo da história. Podemos considerar que o instituto da família foi um dos primeiros direitos existentes na história da humanidade.

Sabe-se que ao longo de sua história, a família passou por diversas mudanças, passando de laços ligados para uma religião familiar, para laços ligados em razão do patrimônio e até pelo sacramento divino, seguindo a doutrinação da igreja, culminando no que hoje chamamos de laços de afeto.

A afetividade se tornou o princípio que fundamenta a família, e, assim, tendo a Constituição Federal garantido a pluralidade de laços familiares, percebemos que o afeto vem ligando as pessoas nos mais diversos enlaces que podemos imaginar.

Muito se foi questionado a respeito das consequências jurídicas de certos enlaces, tendo algumas formas de entidades familiares sendo reconhecidas judicialmente, como a família homossexual, mas também tivemos outra forma de entidade familiar que não teve o seu reconhecimento jurídico, inclusive com recente tese da Suprema Corte afirmando que não havia a possibilidade do reconhecimento da família paralela, seja para efeitos patrimoniais, seja para direitos previdenciários.

Percebe-se que a Suprema Corte criou a presente tese na contramão da esteira de evolução do direito de família, deixando a família paralela desprotegida e pondo de lado a dignidade da pessoa humana, além de pôr em xeque a autonomia privada em relação a escolha de viver uniões paralelas.

Em poucas palavras, hoje o que se tem determinado é que, se a pessoa quer ter uma família, ela não pode querer criar diversos laços de afeto, pois vai contra os deveres de fidelidade e da monogamia, além de não serem reconhecidos na ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BENCKE, Carlos Alberto. **Partilha de bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. N° 14, jul./set. 2002, p. 20-42.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 22 jun.2022.

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: 22 jun.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE,** Relator(a): **Min. Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, DJe de 21/12/2020. Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 e 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp> . Acesso em: 21 jun.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível: 70081398042/RS.** Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, DJe: 31/07/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 02/08/2019). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935968496/apelacao-civel-ac-70081398042-rs> . Acesso em: 21/06/2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar. In: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais.** Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 2006. Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual das Famílias.** 4. ed. em e-book, baseada na 11. ed. impressa, Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: direito de família. 19. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **Efeitos da tese fixada pelo STF acerca das relações simultâneas, em especial sobre o regime previdenciário das pensões.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/23/tese-stf-acerca-relacoes-simultaneas/> . Acesso em: 12/05/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam#:~:text=Enunciado%204%20%2D%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de,prevalecer%20sobre%20a%20fam%C3%ADlia%20extensa>. Acessado em: 02/06/2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf>. Acesso em: 02 jun.2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 8.ed. JusPODIVM, 2021.

Leonardo de Amorim Carneiro
Raphael Arlen Cordeiro dos Santos

A CONTUMÁCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
E SEUS REFLEXOS NA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA: UMA
ABORDAGEM SOBRE A PEREMPÇÃO ADMINISTRATIVA

A CONTUMÁCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E SEUS REFLEXOS NA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA: UMA ABORDAGEM SOBRE A PEREMPÇÃO ADMINISTRATIVA

CONTINUITY IN THE TAX ADMINISTRATIVE PROCESS AND ITS REFLECTIONS ON TAX REQUIREMENT: AN APPROACH ON ADMINISTRATIVE PERFORMANCE

Leonardo de Amorim Carneiro

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduado em Direito Público. Defensor Público do Estado de Pernambuco.

Raphael Arlen Cordeiro dos Santos

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduado em Direito Público. Pós-graduado em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª região. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região (TRT 6).

RESUMO

Esta pesquisa promove a investigação dos reflexos da inercia do fisco no processo administrativo fiscal partindo do trabalho teórico do conceito de perempção em diferentes ramos do direito e sua aplicação na esfera exacional. O problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: É possível a aplicação do instituto da perempção no processo administrativo fiscal? O objetivo do estudo é perquirir os impactos da contumácia administrativa nos processos administrativos fiscais. Além disso, buscam-se analisar a mora administrativa, bem como examinar em conjunto a perempção administrativa com os institutos da prescrição e decadência e considerando os reflexos na exigibilidade do tributo. A investigação do objeto de estudo foi realizada preponderantemente por meio da pesquisa bibliográfica, através de consulta a literaturas do ramo fiscal, além de artigos científicos de periódicos especializados.

Palavras-Chave: Processo Administrativo fiscal; Inercia Administrativa; Perempção.

ABSTRACT

This research promotes the investigation of the reflexes of the tax authorities' inertia in the fiscal administrative process, starting from the theoretical work of the concept of peremption in different branches of law and its application in the enforcement sphere. The research problem rests on the following question: Is it possible to apply the peremption institute in the tax administrative process? The aim of the study is to inquire into the impacts of administrative default on tax administrative processes. In addition, an attempt is made to analyze the administrative delay, as well as to jointly examine the administrative peremption with the institutes of prescription and decay and considering the reflections on the enforceability of the tax. The investigation of the object of study was predominantly carried out through bibliographical research, through consultation with literature in the tax field, in addition to scientific articles from specialized journals.

Keywords: Tax Administrative Process; Administrative Inertia; Peremption.

INTRODUÇÃO

Este trabalho promove a investigação dos reflexos da inercia do fisco no processo administrativo fiscal partindo do trabalho teórico do conceito de perempção em diferentes ramos do direito e sua aplicação na esfera exacional. O problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: É possível a aplicação do instituto da perempção no processo administrativo fiscal?

O objetivo do estudo é perquirir os impactos da contumácia administrativa nos processos administrativos fiscais. Além disso, buscam-se analisar a mora administrativa, bem como examinar em conjunto a perempção administrativa com os institutos da prescrição e decadência e considerando os reflexos na exigibilidade do tributo.

Inicialmente, serão apresentados os conceitos de perempção nas diversas searas do direito, como direito civil, direito penal e direito do trabalho e seus efeitos perante o processo. Em seguida, o trabalho investiga a exigibilidade do crédito tributário, expondo a diferença entre a existência e a exigibilidade do tributo. Posteriormente será examinada o processo administrativo fiscal, sob a perspectiva federal, expondo suas funções, peculiaridades e as fases do procedimento. Na parte final do artigo, são expostas reflexões sobre a perempção no campo administrativo fiscal à luz da legislação tributaria e dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

A investigação do objeto de estudo foi realizada preponderantemente por meio da pesquisa bibliográfica, através de consulta a literaturas do ramo fiscal, além de artigos científicos de periódicos especializados.

1 A ANÁLISE DA PEREMPÇÃO NOS DIFERENTES RAMOS DO DIREITO

A Perempção é um instituto jurídico estabelecido em diversas searas do direito, como direito civil, direito penal e direito do trabalho, regulado pelos respectivos diplomas legais, como CPC, CLT e CPP.

Apesar de a terminologia ser a mesma, cada campo do direito atribui diferentes sentidos e características acerca desse instituto. É relevante, portanto, conceituar e definir suas distinções.

No Código de Processo Civil (CPC)¹, o termo Perempção se define como “a perda do direito ao exercício de um ato processual por absoluta negligência reiterada do agente constante no polo ativo do feito” (RUBIN, 2014, p.55). Em outras palavras, trata-se de uma sanção processual aplicada ao autor que, por três sucessivas, der causa a extinção do processo por abandono, desaparecendo o respectivo direito de ação, impedindo, assim, de repropor a mesma ação (JORGE NETO, 2009). Trata-se, portanto, de uma penalidade aplicada ao autor por ter exercido o direito de ação de modo irregular.

No campo trabalhista, por sua vez, o sentido do termo perempção ganha uma abordagem diversa do CPC, apesar de a CLT prevê a aplicação subsidiária do processo civil em caso de omissão legislativa.

Para Leone Pereira (2017, p.17), a perempção trabalhista (provisória ou temporária) “consiste na perda do direito de ação pelo período de seis meses, sem mover reclamação trabalhista, contra o mesmo reclamado envolvendo o mesmo objeto da demanda”. Destarte, a CLT prevê a perempção em duas hipóteses: I) Na hipótese do reclamante por 2 (duas) vezes sucessivas der causa ao arquivamento da ação por não comparecimento a audiência inicial, nos termos do art. 732²; II) Aquele que distribuir a reclamação verbal, não apresentou em cinco dias, ao cartório ou secretaria, para reduzir a termo, conforme art. 731³. Em suma, a perempção trabalhista consiste em um caráter sancionatório, diante a inércia quanto a um ato proveniente de um indivíduo titular de direitos (GARCIA, 2013).

Por fim, no processo penal, o instituto da perempção possui uma significação diversa do contido no CPC. Rogério Grego (2017, p.436) explica, de forma completa, sobre a preempção penal:

¹ Art. 486 CPC. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

² Art. 732 CLT - Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o [art. 844](#).

³ Art. 731 CLT - Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do [art. 786](#), à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho.

Perempção é instituto jurídico aplicável às ações penais de iniciativa privada propriamente ditas ou personalíssimas, não se destinando, contudo, àquela considerada como privada subsidiária da pública. Não tem aplicação, portanto, nas ações penais de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, uma vez que o art. 60 do Código de Processo Penal determina que, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos; II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Melhor dizendo, a perempção penal é considerada uma sanção imposta ao autor da ação penal privada, decorrente de sua inércia em movimentar a ação, consistente em conduta processual omissiva. É a desídia, o descuido ou abandono de causa pelo querelante (CARNEIRO JR, et al, 2014). Sendo assim, a perempção no âmbito penal nada mais é do a perda do direito de prosseguir na ação penal privada por conta de inércia do particular.

Diante do exposto, em que pese a perempção possuir características peculiares nos diversos ramos do direito, percebe-se que o instituto jurídico, numa visão geral, é visto como uma espécie de sanção processual imposta ao autor, caso este deixe de promover atos necessários ao prosseguimento processual.

2 DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Antes de ingressar no tema da exigibilidade, é imperioso tecer breves considerações sobre a existência do crédito tributário.

O Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que a obrigação tributária é resultante da situação definida em lei como fato gerador. Tal obrigação compreende numa relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor). Para alguns, com base no art.139 do CTN⁴, o fato de existir credor e devedor já configura o nascimento ou a existência do crédito tributário.

Para Fabiana Del Padre Tomé (2010, p.3), somente há existência do crédito tributário quando efetuado o lançamento tributário, previsto no artigo 142 do CTN⁵, mediante ato de notificação do sujeito passivo.

Ressalta-se, portanto, que na obrigação tributária há uma situação jurídica incerta e que

⁴ Art. 139 CTN. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

⁵ Art. 142 CTN. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

será definitivamente definida e individualizada com o lançamento, convertendo a obrigação tributária em crédito tributário (MARTINS, 2011, pg.172).

Assim, com a ciência do ato de lançamento pelo sujeito passivo ou quando a fazenda pública tenha o conhecimento do “lançamento por homologação”⁶, reputam-se existente o crédito tributário.

Em momento ulterior à existência do crédito tributário, surge o atributo da exigibilidade do crédito.

Pode-se dizer que a exigibilidade é meramente a possibilidade de a autoridade administrativa exercer de modo coercitivo o direito de cobrar o crédito tributário perante o Poder Judiciário (MERÇON-VARGAS, 2013, p.84).

Quanto ao momento do surgimento da exigibilidade do crédito tributário, Fabiana Del Padre Tomé (2010, p.374), assevera que:

[...] a exigibilidade não surge lógicamente e cronologicamente no mesmo instante em que o ato administrativo passa a existir no ordenamento: para que o sujeito ativo possa tomar as providências necessárias à cobrança do crédito tributário **é imprescindível que se tenha operado o vencimento da prestação tributária**. Somente quando concretizado esse fato estará o Fisco habilitado a cobrar o crédito tributário, mediante a inscrição do débito na Dívida Ativa e o consequente ajuizamento da execução fiscal (grifo nosso).

No mesmo sentido, José Souto Maior Borges (1999, p. 170) afirma que “sendo a obrigação tributária uma obrigação a prazo, é este e não o lançamento, que determina sua exigibilidade”.

Percebe-se que a exigibilidade, diferente da existência do crédito tributário, não surge com a constituição do crédito tributário, e sim tão somente com o vencimento da obrigação. Quer dizer, que a autoridade administrativa somente pode exigir judicialmente o tributo devido pelo sujeito passivo após a data do vencimento da obrigação tributária e não após o lançamento tributário.

Diante disso, constata-se que para que o crédito tributário tenha exigibilidade, antes de tudo, é fundamental que primeiramente o crédito tributário exista, com o aperfeiçoamento do ato de lançamento, mediante notificação do sujeito passivo ou, sendo o caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, editada a norma individual e concreta pelo contribuinte e comunicada ao órgão público.

3 BREVE ANÁLISE ESTRUTURAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF)

O processo administrativo fiscal (PAF) é regido pelo decreto n. 70.235 de 1972, que ora foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária.

⁶ Denominada também de “autolancamento” ocorre quando o sujeito passivo antecipa o pagamento dos tributos sem prévio exame da autoridade administrativa.

Conceitualmente, Hugo de Brito Machado (2009, p.30) ensina que a expressão “Processo Administrativo fiscal” pode ser entendida tanto no sentido amplo quanto no sentido estrito:

Em sentido amplo traduz a unidade de atos administrativos inclinados ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma situação jurídica pertencente à relação fisco-contribuinte. Em sentido restrito, a expressão processo administrativo fiscal significa a espécie do processo administrativo voltado à determinação e exigência do crédito tributário.

Sob essa perspectiva, percebe-se que o Processo Administrativo Fiscal, como espécie do processo administrativo, não só possui o objetivo de exigir do contribuinte o crédito tributário, mas também de controlar os atos administrativos com finalidade de aplicar o princípio da legalidade administrativa em face das violações aos direitos dos contribuintes (CARNEIRO, 2019, p.58).

Melhor dizendo, o PAF possui duas funções essenciais, sendo a primeira orientar o contribuinte a constituir o crédito tributário, especialmente nos tributos lançados de ofício e a segunda evitar utilizar o Poder Judiciário para discutir ou refutar lançamentos incorretos ou em desacordo com a legislação efetuados pelo fisco (LACERDA, 2019, p.36).

O processo administrativo fiscal possui fases não litigiosa e litigiosa. A primeira, também denominada de não contenciosa, advém de ato praticado pela autoridade fiscal de cobrar um tributo não recolhido, ao passo que a segunda, a contenciosa, surge em função do ato praticado pelo contribuinte que discorda da cobrança do crédito tributário. O objetivo desse trabalho é a fase litigiosa ou contenciosa do processo administrativo fiscal com ênfase no lapso de tempo do fisco ao impulsionar tal processo.

Acerca da fase litigiosa do PAF, James Marins (2018, p.39) elucida que:

A etapa contenciosa (processual) caracteriza-se pelo aparecimento formalizado do conflito de interesses, isto é, transmuda-se a atividade administrativa de procedimento para processo no momento em que o contribuinte registra seu inconformismo com o ato praticado pela administração, seja ato de lançamento de tributo ou qualquer outro ato que, no seu entender, lhe cause gravame, como a aplicação de multa por suposto incumprimento de dever instrumental. A mera bilateralidade do procedimento não é suficiente para caracterizá-lo como processo. Pode haver participação do contribuinte na atividade formalizadora do tributo e isso se dá, por exemplo, quando este junta documentos contábeis que lhe foram solicitados ou quando comparece ao procedimento para esclarecer esta ou aquela conduta ou procedimento fiscal que tenha adotado na sua atividade privada. Até esse ponto não se fala em litigiosidade ou em conflito de interesse, até porque o Estado ainda não formalizou sua pretensão tributária.

Cabe destacar que não é qualquer bilateralidade que caracteriza o PAF, pois há condutas no procedimento fiscal, como apresentação documental ou prestação de esclarecimentos, que são desprovidas de litigiosidade. Desse modo, a presença do conflito de interesse entre o contribuinte e a administração fiscal é a chave que caracteriza a fase contenciosa. Tal conflito se deflagra quando o contribuinte manifesta seu inconformismo contra o ato exacional

formalizado oferecendo sua defesa, por meio da impugnação⁷ de forma tempestiva⁸. Nesse momento, instaura-se o processo administrativo fiscal, de rito litigioso.

Durante a análise administrativa fiscal da cobrança do tributo e da impugnação, o contribuinte terá o benefício da suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151, III do CTN⁹.

Mas, a pergunta que se faz é: A Lei n. 11.457/07¹⁰ dispõe em seu artigo 24 o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que seja proferida a decisão administrativa. Caso a administração fiscal não cumpra esse prazo, por omissão ou letargia, a suspensão da exigibilidade do tributo se prolongará até quando?

Relevante observar que no “curso do processo administrativo não correm prazos prescricionais e decadenciais já que esses institutos pressupõem a inercia do poder publico e o credito está com exigibilidade suspensa” (Lacerda, 2019, p.36).

Por esses motivos e, sobretudo, por não existir norma que obrigue a administração a concluir o processo administrativo num prazo razoável, é imperioso se estudar a perempção e seus efeitos no processo administrativo fiscal.

4 A PEREMPÇÃO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conforme visto no primeiro capítulo, quando foi abordado a análise da perempção nos diferentes ramos do direito, percebe-se uma unidade ontológica quanto ao conceito desse instituto, ou seja, a extinção do processo em razão da omissão do autor em promover os atos necessários ao prosseguimento processual. Melhor dizendo, uma sanção pela não observância do prazo para conclusão de um procedimento.

Nesse sentido, a perempção na seara do processo administrativo é pautada pelo não atendimento, por parte do exequente, dos atos indispensáveis a marcha do processo. Assim, a perempção, portanto, se apresenta como um instituto jurídico útil para que o Fisco opere suas decisões em prazo razoável.

Outrossim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 407) utiliza o termo inercia administrativa para qualificar as hipóteses em que a Administração “não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que possua interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão”.

7 Art. 14 DL 70235/1972 - A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

8 Art. 15 DL 70235/1972 - A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

9 Art. 151 CTN - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

10 Que rege a administração tributaria federal.

Cabe destacar que há no ordenamento jurídico brasileiro alguns diplomas que apresentam um prazo máximo para realização de certas condutas no âmbito administrativo.

Como exemplos, pode-se mencionar: a Lei n. 11.457/07, que rege a administração tributária federal, dispõe em seu artigo 24 o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que seja proferida a decisão administrativa. A lei n. 9.784/99, por sua vez, que trata do processo administrativo federal, em seu artigo 49 determina o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, após concluída a instrução. E, por fim, o artigo 4º do Decreto n. 70.235/72 dispõe que, salvo disposição em contrário, o servidor executará os atos processuais no prazo de 8 (oito) dias.

Entretanto, o principal problema é que até então não se tem qualquer norma específica que determine sanção, penalidades e consequências negativas para conduta do fisco em caso de extrema demora na decisão/conclusão do processo administrativo.

A ausência de penalidades no seio do processo administrativo tributário e, principalmente, o descumprimento de prazos referentes as etapas processuais, podem não só afrontar os direitos do contribuinte, mas também violar o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Quanto ao contribuinte, um dos eventos que comprometem tais direitos seria os riscos da letargia por parte do fisco. A morosidade dos processos administrativos fiscais, que muitas vezes ultrapassam cinco anos, traz uma imagem negativa para os pequenos empresários, ora sujeito passivo da relação tributária, colocando, portanto, em risco a segurança jurídica (LACERDA, 2019).

O princípio da duração razoável do processo, por seu turno, que só passou a ser expresso após a Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ensina Leandro Paulsen (2018, p. 26) que a razoável duração do processo é “direito subjetivo público¹¹, autônomo (não depende do direito material tutelado para a sua existência) e prestacional (exige a implementação de conduta estatal positiva para a sua concreção)”.

Nessa senda, Carraza (2011, pag. 488) leciona que:

A garantia da celeridade processual, inclusive na esfera administrativa, ao adquirir o status de norma fundamental expressa, ficou investida de eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição. (...) a injustificada inobservância, nesta espécie de processo, da garantia da duração razoável não pode deixar de gerar consequências para o Estado, a quem cabe assegurar seu andamento. Tal consequência há de traduzir-se na perda do direito de arrecadar o crédito tributário. Não se perca de vista que a paralisação imotivada da tramitação do processo administrativo é defeito que não guarda relação com as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Trata-se, ao revés, de patologia que, longe de ser sanada pelo artigo 151, III, do CTN, nele não encontra remissão.

¹¹ Pode ser demandar do Estado, que será obrigado a prestar jurisdição administrativa em tempo razoável.

Percebe-se que é interesse do Estado, ora do Fisco, de exercer sua atribuição com celeridade, levando em conta não só o atendimento do princípio constitucional da razoável duração - direito de efetividade imediata, mas também do ganho a ser obtido na arrecadação do crédito tributário. De fato, esse cenário não ocorre na prática. O que se percebe é uma letargia procedimental.

Relevante registrar que há no Direito Tributário três prazos: o prazo peremptório para concluir o processo administrativo fiscal, o prazo decadencial para constituir o crédito tributário mediante o lançamento, e prazo prescricional para exercer o direito de ação fiscal.

No tocante a procrastinação e o não atendimento a limites temporais, Machado Segundo (2008, p. 184) possui o seguinte posicionamento:

A necessidade de uma delimitação temporal ao processo administrativo fiscal levou doutrinadores de respeito a vislumbrarem, nessa situação de abandono, a ocorrência da chamada prescrição intercorrente. A tese é consistente, e, a nosso ver, apenas adota outra nomenclatura para uma mesma realidade jurídica. **Preferimos o termo perempção, apenas, por conta dos já transcritos pronunciamentos do STF**, nos quais se afirma que o termo inicial do prazo prescricional é a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, a data da conclusão do processo administrativo correspondente. Pode-se, porém, afirmar que os citados julgados laboraram – neste ponto – em equívoco, ou em imprecisão, justificável exatamente porque não era o prazo para a conclusão do processo administrativo o problema que se lhe estava sendo submetido. Assim, poder-se-ia admitir o emprego do termo prescrição intercorrente, principalmente porque, no caso, o crédito já foi constituído, e há a extinção apenas do direito de propor a ação de execução fiscal (prescrição), por inércia do exequente (precisamente o abandono do processo administrativo). É certo que o oferecimento da impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário, suspendendo também o curso da prescrição. Mas se o Fisco abandona o processo por mais de cinco anos, já não se pode dizer que é o simples oferecimento de uma impugnação que o está impedindo de propor a execução fiscal: é o abandono do processo – que implica a indevida não-apreciação da impugnação – que enseja a demora na propositura da execução, sendo plenamente cabível falar-se, sim em prescrição intercorrente (grifo nosso).

Portanto, a qualificação do escoamento do tempo processual como perempção, todavia, mostra-se mais segura e adequada para denominar a fase intermediária entre a decadência e a prescrição (MACHADO SEGUNDO, 2008, p.102)

É relevante destacar o entendimento de Marco Aurelio Greco (1988, p.502) de que o parágrafo único do art. 173¹² definiu o prazo peremptório e estabeleceu que após a instauração do procedimento administrativo, o Fisco possui o prazo de cinco anos para concluir o exercício do direito, sob pena de seu exaurimento.

¹² Art. 173 CTN - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Andrade Filho (2007, p.69) corrobora com o posicionamento anterior afirmando que após a instauração do processo administrativo, o prazo a ser considerado não é o decadencial e sim o peremptório de modo que a pretensão arrecadatória será fulminada, caso o seu termo não chegue ao prazo quinquenal.

Dentro desse contexto, à luz da necessidade de existência de penalidade que garanta a aplicação deste dispositivo, emerge o debate afirmativo quanto a aplicação do instituto da perempção no processo administrativo fiscal. Sob esta perspectiva, o fisco detém a obrigação de impulsionar o processo administrativo, respeitando o prazo de cinco anos, sob pena de extinção pela perempção.

CONCLUSÃO

Ao final dessas considerações, observa-se que o objeto do presente artigo foi alcançado, conclui-se pela possibilidade de aplicação do instituto da perempção no processo administrativo fiscal.

Foi apresentado no capítulo inicial que a perempção possui aplicabilidade nos diversos ramos do direito. E, mais, numa visão geral é compreendido como uma espécie de sanção processual imposta ao autor, caso este deixe de promover atos necessários ao prosseguimento processual.

No capítulo seguinte, foi explicitado que a exigibilidade do crédito tributário, diferente da existência do crédito tributário, não surge com a constituição do crédito tributário, e sim tão somente com o vencimento da obrigação. Quer dizer, que a autoridade administrativa somente pode exigir judicialmente o tributo devido pelo sujeito passivo após a data do vencimento da obrigação tributária e não após o lançamento tributário.

A seguir, foi abordado uma breve síntese do procedimento administrativo fiscal, regido pelo decreto-lei Decreto nº 70.235/1972, recepcionado como lei ordinária pela carta magna. Foram apresentados que tal procedimento possuem duas funções essenciais, sendo a primeira orientar o contribuinte a constituir o crédito tributário, especialmente nos tributos lançados de ofício e a segunda evitar utilizar o Poder Judiciário para discutir ou refutar lançamentos incorretos ou em desacordo com a legislação efetuados pelo Fisco. Assim, a fase litigiosa desse procedimento é iniciada com a impugnação da exação pelo contribuinte e com a apresentação desse instrumento, há a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. E, no fim, surgiu a seguinte indagação: Caso a administração fiscal não cumpra o prazo legal de 360 (dias) previsto na Lei 11.457/07, por omissão ou letargia, a suspensão da exigibilidade do tributo se prolongará até quando?

Por fim, o ultimo capítulo, vem a defender a aplicação da perempção no campo administrativo fiscal, levando em consideração que a administração pública tributaria possui,

indubitavelmente, o dever de prolatar decisões nos processos administrativos dentro de um período razoável, em obediência aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da segurança jurídica aplicada aos contribuintes.

Importante destacar as doutrinas de Hugo Machado Segundo, Marco Aurélio Greco e Edmar Oliveira de Andrade Filho pelo qual defendem que a perempção encontra seu fundamento do parágrafo único do artigo 173 do CTN. Além disso, sustentam que o Fisco possui o prazo de cinco anos para concluir o exercício do direito, sob pena de extinção do crédito tributário.

Apesar de ser habitual a letargia excessiva do fisco na realização de julgamentos fiscais, não se tem no processo administrativo fiscal nenhuma sanção para esse tipo de conduta. Isso tudo, dá azo para que o processo administrativo fiscal perca por períodos intermináveis, em desalinho com o que perfilha o texto constitucional.

Diante disso, surge o instituto da perempção como uma resposta processual não só para estabilizar as situações jurídicas, mas também na proteção dos direitos dos contribuintes, tornando, assim, o procedimento fiscal mais ágil e seguro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Decadência e o tempo máximo de duração do processo administrativo tributário. In: PIZOILLO, Reinaldo (coord.) **Processo Administrativo tributário**. São Paulo. Quartier Latin, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.105, 17 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**., Brasília, DF, 25 de out. de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de out. de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966. **Consolidação das Leis do Trabalho**., Brasília, DF, 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 70.235, 06 de março de 1972. **Diário Oficial da União** Brasília, DF, 06 de mar. de 1972. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.874 de 29 de janeiro de 1999, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 de jan. de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.457 de 16 de março de 2007, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de mar. de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm Acesso em: 19 dez. 2022.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes ; LASCANE NETO, Felipe . A razoável duração do processo-administrativo tributário e sua eficiência: morosidade x decadência, prescrição intercorrente ou preempção. **Revista Jurídica- Unicuritiba** , v. 1, p. 204-234, 2017.

CARNEIRO, Cláudio. **Processo tributário**: administrativo e judicial. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNEIRO JUNIOR, A. A.; et al. **Código Penal comentado: e sua interpretação pelos tribunais**. Campo Grande: contemplar, 2014.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Bruno Domingues Ribeiro. **A Aplicabilidade da Prescrição Intercorrente na Esfera Trabalhista**. 2012. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Integrada Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2012.

GRECO, Marco Aurélio. Perempção no lançamento tributário. In: VÁRIOS AUTORES. **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**: estudos jurídicos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LACERDA, Juliana Nunes. **O processo administrativo tributário e a possibilidade de preempção**. 2019. 48 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial**. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MERÇON-VARGAS, Luís Carlos. **Suspensão da exigibilidade do crédito trabalhista**. 2013. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

PAULSEN, Leandro, **Leis de processo tributário comentadas: processo administrativo fiscal, protesto extrajudicial de títulos e execução fiscal**/Leandro Paulsen, René Bergemann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, 9 ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Exigibilidade do crédito tributário: amplitude e efeitos de sua suspensão. In: Priscila de Souza (coord.). **VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito Tributário e os conceitos de direito privado**. São Paulo: Noeses, 2010.

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

LEGAL NATURE OF ARBITRATION

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

Doutor em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho-Braga/Portugal. Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Ciência Política pelo Instituto Prominas. Especialista em Direito Público (Administrativo, Constitucional e Tributário) pela ESMAPE. Professor Efetivo de Ciências Jurídica do IFPE. Defensor Público Federal.

RESUMO

Não há uma unanimidade quanto à natureza jurídica da arbitragem. Alguns autores defendem a tese de se tratar de um equivalente jurisdicional, enquanto outros defendem se tratar de um contrato. Assim, procuramos demonstrar neste artigo, por meio de uma metodologia exploratória e quantitativa, que a arbitragem é, ao menos em sua função, uma espécie de jurisdição, pois o árbitro efetivamente diz o Direito com força de coisa julgada, uma vez que a decisão forma um título executivo, ainda que se precise do Poder Judiciário para garantir a execução, de modo que o processo arbitral se equivale a um processo judicial de conhecimento.

Palavras-Chave: Arbitragem Jurídica.

ABSTRACT

There is no unanimity as to the legal nature of arbitration. Some authors defend the thesis that it is a jurisdictional equivalent, while others defend that it is a contract. Thus, we seek to demonstrate in this article, through an exploratory and quantitative methodology, that arbitration is, at least in its function, a kind of jurisdiction, since the authority effectively says the Law with the force of res judicata, since the decision forms an enforceable title, even if the Judiciary is needed to guarantee the execution, so that the arbitration process is equivalent to a process judicial knowledge.

Keywords: Legal Arbitration.

INTROITO

Saber a natureza jurídica de algo é delimitar em que local ele se encontra no mundo jurídico¹ ou, como afirma Luiz Fernando Guilherme, é definir qual é a essência de um instituto,² ou, ainda, “é uma forma de localizar o instituto topograficamente e determinar a qual gênero pertence uma espécie de figura jurídica”.³ Sendo assim, importante se faz saber em que local encontraremos a arbitragem, tal como será feito no presente artigo.

1 DA IMPORTÂNCIA DO TEMA

A temática aqui estudada representa uma das mais importantes deste estudo, pois definir a natureza jurídica da arbitragem é essencial para se concluir acerca da importância e da possibilidade do uso do instituto, principalmente por parte do Poder Público, uma vez que, quando se opta pela arbitragem, as pessoas envolvidas renunciam da decisão a ser dada pelo Poder Judiciário e a Constituição Brasileira⁴ prevê o acesso ao Poder Judiciário como um direito fundamental de todo cidadão.

No mais, a discussão em questão, tal como lembra Bruno Lopes Megna, é uma controvérsia já existente há séculos⁵, não havendo unanimidade sobre a natureza jurídica da arbitragem, existindo, basicamente, duas correntes, quais sejam: privatista ou contratualista, que a trata como um mero acordo entre as partes envolvidas e a publicista ou processualista, que considera a arbitragem uma espécie de jurisdição⁶, existindo, ainda, os que afirmam existir uma natureza mista⁷, considerando que a arbitragem seria ao mesmo tempo “contratual e jurisdicional, privatista e publicista”⁸.

Desse modo, a discussão em testilha passa pelo conceito de contrato e pelo conceito de jurisdição, terminologias que serão abordadas nos parágrafos que se seguem, tendo em vista existir uma diferença entre a natureza jurídica da convenção da arbitragem e a natureza jurídica da atividade realidade pelo árbitro, bem como da decisão proferida⁹.

1 ROCHA, José de Albuquerque. **Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica**, São Paulo: Atlas, 2008. p.12.

2 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação**, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.142.

3 CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler - O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, **Rev. Fac. Direito**, n. 59 (2011), p.367-404. p.371.

4 Constituição Brasileira de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

5 MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.45.

6 BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2.ed, São Paulo: Saraiva, 2016.p.133.

7 JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Ridel, 2012. p.19.

8 SÉLLOS-KNOERR, Viviane. A responsabilidade social dos tribunais arbitrais como meio de efetivação do acesso ao direito fundamental à justiça e à ampla cidadania, **Revista Jurídica (FIC)**, V1. (2011), p.220-237. p.222.

9 CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, **Rev. Fac. Direito**, n. 59 (2011), p.367-404. p.372.

2 CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Jurisdição significa “Dizer o Direito”. Assim, ao que parece, não há como negar que a arbitragem seria uma espécie de jurisdição no seu aspecto terminológico, pois o árbitro efetivamente diz o Direito, uma vez que, conforme afirma JORGE MIRANDA, “tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial”¹⁰, sendo essa última a tutela jurisdicional realizada por intermédio do Poder Judiciário, sendo o termo “tutela jurisdicional” um gênero que abrange mais de uma espécie de tutela, quais sejam: a realizada pelo juiz, que seria a judicial e a realizada pelo árbitro, que seria a arbitral, sendo esse também o entendimento de Francisco Rezek ao afirmar ser o árbitro um verdadeiro juiz, o que faz a arbitragem ser jurisdicional mesmo não sendo judicial¹¹.

Outrossim, como afirmam Cândido Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Carrilho Lopes, jurisdição é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade¹².

É um poder porque é efetivamente um imperativo do Estado de resolver os conflitos entre as pessoas por intermédio do Poder Judiciário, que é um dos três poderes da República. É uma função justamente porque é um encargo do Poder Público, tal como outros serviços públicos prestados por ele. É uma atividade porque é uma complexidade de atos, uma sucessão de atos processuais,¹³ onde, diga-se, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa¹⁴ sob pena de nulidade.

Desse modo, poderíamos afirmar que a função da arbitragem é a mesma função do Poder Judiciário, sendo a arbitragem também um poder dado pelas partes e também a realização de uma atividade, uma vez que o processo arbitral também é uma sucessão de atos, tendo em vista que nele existe a ordem de citação das partes pelo árbitro, a ouvida das mesmas, a colheita de provas e também a prolação de uma sentença arbitral após todo um procedimento onde também deve ser assegurado contraditório e a ampla defesa para a decisão do árbitro não ser passível de nulidade.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2.ed, Coimbra: Almedina, 2018. p.398.

¹¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10.ed, Saraiva: São Paulo, 2005.p.349.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32.ed. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.257.

¹³ *Idem, ibidem*. p.147.

¹⁴ FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra. Globalização e meios adequados de solução de conflitos: da importância da arbitragem para as empresas transnacionais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 14, v. 21, n. 1 (2020), p.335-367. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44545/31778>. p.354.

3 CONCEITO DE CONTRATO

Um contrato é um negócio jurídico regulador da manifestação de vontade de duas pessoas¹⁵, gerando obrigações recíprocas e que deverão ser cumpridas conforme foi pactuado, possuindo caráter bilateral e sinalagmático.

Desse modo, a convenção de arbitragem é, de fato, um contrato, seja na modalidade cláusula compromissória, seja na modalidade compromisso arbitral, pois são as próprias partes envolvidas no conflito quem decide em comum acordo que ele será resolvido pela arbitragem, não havendo, caso não exista vício de vontade, a possibilidade de unilateralmente alguma das partes envolvidas desistir do uso da arbitragem e optar pela solução por intermédio do Poder Judiciário.

Nesse sentido, SÉRGIO MOURA CORRÊA LIMA afirma ser o compromisso arbitral um “contrato, por resultar de atos negociais onde as vontades dos agentes estão acordadas com o propósito de criar ou modificar direito”¹⁶. No caso, cria-se um direito e uma obrigação para ambos os pactuantes do litígio vir a ser resolvido por meio da arbitragem.

Em verdade, a cláusula compromissória é uma cláusula de um contrato maior, diferentemente do compromisso arbitral, que é propriamente um contrato prevendo a resolução do conflito por intermédio da arbitragem.

Desse modo, ao que parece, a convenção de arbitragem teria natureza de contrato, sujeita, assim, à obrigatoriedade de cumprimento, enquanto a arbitragem em si, a arbitragem no momento da sua aplicação, seria, ao lado do Poder Judiciário, uma espécie de jurisdição.

Nesse sentido, SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE afirma que a “arbitragem é convencional por sua origem e jurisdicional por sua função”¹⁷, adotando, desse modo, entendimento semelhante ao cá exposto, sendo esse também o entendimento de PIERRE MEYER, que se utiliza, no entanto, da expressão “missão” e não função, tendo em vista se tratar de algo confiado pelas próprias partes envolvidas¹⁸, da mesma forma como faz MARIANA FRANÇA GOUVEIA que, também optando pelo uso de outra terminologia, prefere a expressão “efeitos”¹⁹.

O entendimento dos autores acima também está em consonância com de JOÃO BOSCO LEE e CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO²⁰, bem como se alinha ao de FRANCISCO JOSÉ CAHALI²¹, também caminhando no mesmo JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA ao afirmar ser a arbitragem uma

¹⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e atos unilaterais**. v.3, 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.21.

¹⁶ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.103

¹⁷ ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem: a solução viável**. 2.ed, São Paulo: Ícone, 2009. p.16.

¹⁸ MEYER, Pierre. **OHADA - Droit de l'arbitrage**, Bruxelles: Bruylant, 2002.p.26.

¹⁹ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Conflitos**. 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.119.

²⁰ LEE, João Bosco; FILHO, Clávio de Melo Valença Filho. **A arbitragem no Brasil**. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002. p.21.

²¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas**. 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.138.

instituição complexa justamente por ser privada na sua origem e pública em seus efeitos²², sendo esse o entendimento também de MANUEL PEREIRA BARROCAS, que defende uma natureza mista para a arbitragem ao afirmar que ela possui caráter de contrato, pois sem a convenção de arbitragem ela sequer vai existir, bem como possui natureza de jurisdição, uma vez que dificilmente a arbitragem será eficaz se não possuir elementos de direito público²³.

ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, resumindo todos os entendimentos acima mencionados, afirmam que a arbitragem é contratual na sua origem, jurisdicional na sua função e privada em sua natureza²⁴.

Entretanto, ao que parece, a arbitragem não é exatamente convencional em sua origem tal como afirmam os autores supracitados, mas sim a sua previsão é convencional, diferentemente do Poder Judiciário, cujo previsão é legal, constitucional, uma vez que a terminologia “origem” dá uma conotação mais ampla, mais relacionada com o surgimento histórico do instituto. Concordamos, no entanto, com os autores quando afirmam ser a arbitragem jurisdicional na sua função.

Em sentido similar, ELISA RANGEL NUNES, analisando a legislação de Angola, afirma que a jurisdição é uma função do Estado que pode ser exercida pelo árbitro²⁵. Entretanto, apesar de, na prática, o entendimento da referida autora coincidir com o nosso por reconhecer a natureza jurídica de jurisdição, entendemos ser a arbitragem uma função tanto do Estado como dos árbitros.

DIOGO ALBANEZE RIBEIRO chega a afirmar que “a arbitragem seria uma verdadeira substituta da jurisdição, faltando-lhe, apenas, o poder coercitivo para fazer valer as suas decisões em caso de descumprimento”²⁶. Entretanto, não concordamos com o referido autor quando afirma ser a arbitragem uma substituta da jurisdição, porque, em verdade, entendemos ser a arbitragem, ao menos em sua função, uma espécie de jurisdição, podendo, no máximo, ser considerada uma substituta do Poder Judiciário.

No mais, no caso especificamente da convenção da arbitragem realizada com a presença da Administração Pública, a referida convenção, assim como lembra BRUNO LOPES MEGNA, não é apenas um negócio processual, tal como um contrato realizado entre os particulares, mas sim também um “negócio administrativo”²⁷.

²² ROCHA, José de Albuquerque. **Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008. p.15.

²³ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2.ed, Coimbra: Almedina, 2013. p.46.

²⁴ MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p.59.

²⁵ NUNES, Elisa Rangel. Panorâmica e extensão da arbitragem voluntária nos domínios administrativo e tributário em Angola. **Revista do Direito**, v. 3, n. 53 (2017), p.153-180. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. p.153-180. p.173.

²⁶ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no Setor de Energia Elétrica**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p.50.

²⁷ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.179.

4 SERIA A ARBITRAGEM UM VERDADEIRO TRIBUNAL?

Em Portugal existe uma discussão se o Tribunal Arbitral seria um tribunal integrante da organização interna do Poder Judiciário Português²⁸. A discussão se dá porque a Constituição da República Portuguesa, na parte em que fala da organização dos tribunais no âmbito local, afirma que podem ser criados tribunais arbitrais²⁹. Dessa discussão surge ainda mais duas discussões, quais sejam: se os tribunais arbitrais seriam efetivamente tribunais³⁰ e se eles teriam as mesmas prerrogativas do Poder Judiciário no momento de proferir as duas decisões.

Essas duas últimas discussões são extremamente importantes também no Brasil, nos parecendo que só não haverá uma ofensa ao princípio de acesso ao Poder Judiciário caso a atividade arbitral seja igual ou, ao menos, equivalente à atividade realizada pelo referido poder estatal.

Enfim, no respeitante a topologia da arbitragem na Constituição Portuguesa, importante mencionar que essa última não afirma que os tribunais serão criados dentro da própria estrutura Poder Judiciário português, até mesmo por se tratarem de tribunais facultativos tal como lembra WLADIMIR BRITO³¹, o que nos faz entender que a previsão em questão tem como finalidade apenas dirimir qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da criação de tribunais arbitrais autônomos ou, como afirma MANUEL PEREIRA BARROCAS, para dar uma maior “dignidade constitucional”³² ao procedimento arbitral.

Entendimento em sentido contrário aproximaria em demasiado os tribunais arbitrais dos tribunais jurisdicionais, perdendo o sentido na diferenciação dos institutos em questão, sendo por essa razão que o próprio Tribunal Constitucional Português reconheceu não integrarem os tribunais arbitrais o Poder Judiciário Lusitano, porém a referida realidade não impede que eles sejam também considerados uma espécie autônoma de tribunal³³.

Nesse sentido, ISABEL CELESTE FONSECA afirma não ter dúvida de que os tribunais arbitrais são, de fato, tribunais e, ainda, com dignidade constitucional, sendo, dessa forma, tribunais “ad hoc”³⁴.

No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL já afirmavam, em parecer publicado em 2002, que a Constituição Portuguesa traz a existência de tribunais arbitrais que

28 BORGES, Maria Catarina. **Aplicação da sanção pecuniária compulsória por tribunais arbitrais portugueses**, 2017. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa. p.43.

29 Constituição Portuguesa de 1976: CAPÍTULO II Organização dos tribunais Artigo 209.º Categorias de tribunais. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. (Grifos Nossos).

30 PALHARES, Ana. Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado, In FONSECA, Isabel Celeste. **A arbitragem administrativa e tributária**, Almedina: Coimbra, 2013. p.41-56. p.49.

31 BRITO, Wladimir. **Lições de Direito Processual Administrativo**, 3.ed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.39.

32 BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**, 2.ed, Coimbra: Almedina, 2013.p.53.

33 ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 230/2013, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html?impressao=>

34 FONSECA, Isabel Celeste. Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste. **A arbitragem administrativa e tributária**. Almedina: Coimbra, 2013. p.159-178. p.162.

não estão integradas à organização judiciária do Estado³⁵, bem como ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE defendem que os tribunais arbitrais são efetivamente tribunais ainda que não sejam “tribunais como os outros”³⁶ e no mesmo sentido PEDRO GONÇALVES afirma que os tribunais arbitrais “São Tribunais”³⁷.

No mais, o termo “tribunal” é oriundo do latim “tribunale”, que é um conceito passível de ser aplicado a qualquer órgão existente de deliberação coletiva, podendo ele ser judicial ou não³⁸, não existindo um monopólio estatal para o uso da referida terminologia, o que não quer dizer que o tribunal arbitral seja igual ao tribunal estatal, existindo, assim como afirma MARIANA MELO EGÍGIO ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, o reconhecimento por parte deste último da existência de mais de uma espécie de tribunal³⁹.

Além disso, existem tanto em Portugal como no Brasil outros tribunais que não integram o Poder Judiciário, tal como acontece com os tribunais de contas brasileiros e os tribunais de contas portuguesas, o mesmo acontecendo com os tribunais de justiça desportiva, que no Brasil são previstos no Código Brasileiro de Justiça Desportiva⁴⁰ e que possuem natureza jurídica de tribunais administrativos e que podem ter as suas decisões revistas pelo Poder Judiciário após prévio esgotamento da via administrativa, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de jurisdição única.

Por outro lado, a Justiça Desportiva em Portugal é, diferentemente do Brasil, uma espécie de arbitragem.

Desse modo, entendemos que as cortes arbitrais são efetivamente uma espécie de tribunal, porém não integram a estrutura dos Poderes Judiciários locais.

35 AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. **Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)**, Almedina: Coimbra, 2002. p.137.

36 MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**, Coimbra: Almedina, 2019. p.65.

37 GONÇALVES, Pedro Costa. **O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Almedina: Coimbra, 2008.p.565.

38 JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação**. 8.ed, Rio de Janeiro: Forense. 2018.136.

39 EGÍGIO, Mariana Melo. Revisitando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português sobre a arbitragem. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, **Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD**, N 2 (2016), pp.6-11. p.10.

40 CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA: Art. 1º A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva brasileira e o processo desportivo, bem como a previsão das infrações disciplinares desportivas e de suas respectivas sanções, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se por lei e por este Código. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009). Art. 3º São órgãos da Justiça Desportiva, autônomos e independentes das entidades de administração do desporto, com o custeio de seu funcionamento promovido na forma da lei: I - o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), com jurisdição desportiva correspondente à abrangência territorial da entidade nacional de administração do desporto; (NR). II - Os Tribunais de Justiça Desportiva (TJD), com jurisdição desportiva correspondente à abrangência territorial da entidade regional de administração do desporto; (NR). III - as Comissões Disciplinares constituídas perante os órgãos judicantes mencionados nos incisos I e II deste artigo.

Assim, a questão passa a ser se os tribunais arbitrais, bem como os árbitros de um modo geral, efetivamente exercem a jurisdição, conforme será visto no próximo tópico.

5 DA ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

No aspecto terminológico, conforme já visto, a arbitragem é uma espécie de jurisdição porque efetivamente “diz o Direito”, bem como possui quase todas as suas características, menos o “ius imperi”, o que não a impede, no entanto, de ser conceituada como jurisdição. Entretanto, importante analisar se ela possui as mesmas características da jurisdição estatal no que tange o exercício da sua atividade-fim.

Nesta senda, a doutrina traz três características da jurisdição realizada pelo Poder Judiciário no que respeitante ao exercício da sua atividade, quais sejam: a substitutividade, a definitividade e a inércia⁴¹. Passemos a analisar cada uma delas.

A substitutividade seria a função de substituir a vontade das partes envolvidas no litígio pela vontade do órgão julgador. De um lado existe a vontade de uma parte e do outro lado existe uma vontade contrária, sendo ambas substituídas pela vontade de quem é responsável pelo julgamento da causa.

A definitividade seria a impossibilidade de modificar a decisão, seria a aptidão para fazer coisa julgada⁴², uma vez que as pessoas não precisam da jurisdição apenas devido ao fato de não conseguirem resolver os seus problemas por conta própria, mas sim porque se faz necessário efetivamente colocar fim aos litígios, não sendo justificável permitir que esses litígios sejam rediscutidos novamente⁴³, sendo essa uma forma de garantir uma pacificação de interesse de toda a sociedade e não apenas das pessoas que estão envolvidas no litígio.

A inércia, por seu turno, seria a impossibilidade de os órgãos responsáveis pela jurisdição agirem sem que sejam instados pelas partes interessadas, só podendo eles atuarem, como regra, quando alguma das pessoas envolvidas no litígio efetivamente os procuram dando início a um processo judicial.

Entendemos que a arbitragem possui as três características acima: ela também substitui a vontade das partes envolvidas, que devem cumprir o decidido concordando ou não com a decisão; ela também se torna definitiva, pois, ainda que em determinado momento, torna-se não passível de recurso e ela ainda pode vir a ser executada. Além disso, ela também é inerte com o árbitro só pode decidir após ser instado por uma das partes.

No entanto, não há uma unanimidade sobre o fato de os tribunais arbitrais serem uma espécie de jurisdição, existindo autores que possuem opinião em sentido contrário.

⁴¹ SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do Processo**, Livro 1, 3.ed. Florianópolis: Momento Atual, 2007.p.144

⁴² JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.1, 21.ed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.201.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Processo Civil**, V.1.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p.106.

MARINONI, ARENHART E MITIDIERO reconhecem a arbitragem como uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos e que não fere o princípio da inafastabilidade de jurisdição por se tratar uma manifestação da autonomia de vontade das partes, porém, ainda que reconhecendo a importância do instituto, os mesmos autores negam o caráter de jurisdição ao mesmo⁴⁴.

Os argumentos dos autores supramencionados é de que a jurisdição deve ser regida pelas regras da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, só podendo exercer a jurisdição quem for investido em um cargo público por meio de um concurso público, exercendo uma atividade estatal que não pode ser delegada e por meios de regras de distribuição previamente previstas em lei⁴⁵.

No mesmo sentido dos autores mencionados no parágrafo anterior, CÁSSIO SCARPINELA BUENO afirma que não concorda que a arbitragem seja uma espécie de jurisdição, principalmente em face da ausência do caráter imperativo dela, sendo a arbitragem para o referido autor equiparada à jurisdição, porém sem ser espécie dessa última⁴⁶.

Não concordamos, no entanto, com os argumentos dos autores supracitados, porque, de antemão, conforme acima mencionado, a imperatividade é apenas uma das características da jurisdição e a ausência da mesma não tira o caráter jurisdicional da arbitragem, mas apenas dá ao processo arbitral uma característica de processo de conhecimento e não de processo de execução, sendo por essa razão que o próprio SCARPINELA BUENO, ao falar da sentença arbitral, reconhece que o seu entendimento no sentido da arbitragem não ser jurisdição é minoritário⁴⁷, não coincidido com a maioria dos autores especializados no referido assunto estudados pelo mesmo.

Além do mais, não enxergamos sentido na afirmação do referido autor de que a arbitragem não é uma jurisdição, mas se equipara à mesma, uma vez que equiparar nada mais é do que se tornar igual, o que nos faz concluir que a diferenciação realizada por SCARPINELA BUENO não possui maiores efeitos práticos.

No mais, quanto aos argumentos dos demais autores mencionados, o fato de existirem regras para o exercício da jurisdição especificamente pelo Estado não faz a arbitragem deixar de ser também uma espécie de jurisdição com regras próprias, uma vez que é natural que os mesmos institutos sejam utilizados pelo direito privado e pelo direito público, porém com características diferentes decorrentes da privatização ou da publicitação dos mesmos, como acontece, por exemplo, com as pessoas jurídicas, que possuem regras diferentes para a sua criação caso venham a ser pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que as primeiras são, ordinariamente, criadas diretamente pela lei ou por

⁴⁴ *Idem, ibidem.* p.137.

⁴⁵ *Idem, ibidem.* p.138.

⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinela. **Manual de Direito Processual Civil**, 5.ed, Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.115.

⁴⁷ *Idem, ibidem.* p.701.

atos de iniciativa do Poder Público a depender do Estado e as segundas normalmente por meio do registro dos atos constitutivos no cartório competente.

Nesse diapasão, a grande diferença entre a arbitragem e o Poder Judiciário é que as partes são obrigadas a se submeterem a esse último independentemente de sua vontade, sendo por esse motivo que deve haver regras rigorosas para o exercício da jurisdição em nome do Estado, o que serve para evitar casuismo e tribunais de exceção, bem como tem a importância de preservar o princípio da impessoalidade, que deve ser aplicado ao Poder Judiciário como integrante da Administração Pública. Desse modo, concordamos com PEDRO GONÇALVES quando afirma que a reserva de jurisdição para o Estado se dá especificamente para a jurisdição como função do Estado⁴⁸.

No mais, não é só para a o exercício da jurisdição pelo Estado que se exige concurso público, existindo uma série de outras funções de livre exercício na iniciativa privada e que, caso venham a ser realizadas como serviço público, devem ser realizadas por profissionais selecionados após aprovação em uma seleção pública, como acontece, por exemplo, com os professores e os médicos da rede pública, não existindo qualquer dúvida de que as duas atividades mencionadas também podem vir a ser realizadas pela iniciativa privada sem qualquer delegação do Poder Público.

No que tange a indelegabilidade, ela também existe na arbitragem, não podendo o árbitro escolhido pelas partes, em respeito à própria autonomia de vontade delas, delegar a função de julgar o litígio para outras pessoas, até mesmo porque a referida possibilidade iria ferir um dos princípios da arbitragem, que é justamente a confiança de ambas as partes envolvidas no litígio na pessoa ou na instituição que vai proferir o julgamento.

Quanto ao princípio do juiz natural, trata-se de uma regra específica da jurisdição estatal, não se aplicando à arbitragem porque a característica dessa última é justamente permitir algo que o referido princípio visa evitar: a escolha do julgador pelas próprias partes envolvida, sendo por essa razão que o princípio em testilha é uma característica necessária da jurisdição realizada pelo próprio Estado e não da jurisdição privada.

Outrossim, a título de exemplo comparativo, o Brasil adotou o modelo de assistência jurídica gratuita “Staff Model”, com a criação de uma instituição jurídica autônoma para a realização de tal mister, qual seja: a Defensoria Pública e que também é regida pelo princípio do Defensor Natural, que fixa regras de atribuição para a nomeação de um Defensor Público para um necessitado como uma forma de proteger o próprio assistido pela referida instituição⁴⁹. Entretanto, o princípio do Defensor Natural não impede a opção da pessoa necessitada por um advogado privado de sua confiança que aceite o defender de forma “Pro Bono”.

⁴⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. **O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Almedina: Coimbra, 2008.p.562.

⁴⁹ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn, Roger Alves Silva. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Forense: Rio de Janeiro. 2014. p.512.

Desse modo, assim como é possível a pessoa escolher uma assistência jurídica gratuita privada ao invés da assistência jurídica gratuita pública, também é possível a escolha por uma jurisdição privada ao invés da escolha pelo Poder Judiciário, com a ressalva que nesse último caso a escolha deve se dar em comum acordo entre as partes envolvidas.

Seguindo a linha de entendimento cá defendido, ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, mesmo reconhecendo que a ausência do princípio do juiz natural pode ser uma preocupação na arbitragem, afirmam que a referida questão não impede o uso da arbitragem e que os problemas podem ser superados com algumas cautelas, como, por exemplo, a busca na igualdade entre as partes no momento de constituir o tribunal arbitral⁵⁰, lógica também aplicada para as arbitragens administrativas, conforme será melhor aprofundado no próximo capítulo desta tese.

Nesse mesmo sentido, FREDIE DIDIER JUNIOR também afirma que a arbitragem é uma espécie de jurisdição, principalmente em face da aptidão para fazer coisa julgada.⁵¹

Defendendo o seu posicionamento, DIDIER crítica expressamente a posição de MARINONI contrária à natureza jurídica de jurisdição da arbitragem afirmando que, ao contrário do que afirma esse último juntamente com os outros coatores de seu livro, não há o que se falar em renúncia à jurisdição quando se opta pela arbitragem, mas sim em renúncia à jurisdição realizada pelo Estado. DIDIER também afirma não haver o que se falar em delegação ao árbitro por parte do Poder Judiciário devido ao fato do árbitro não receber do Estado a função da jurisdição⁵² e sim a receber das próprias partes nos termos de autorização legal e constitucional. DIDIER também lembra que nem todo magistrado é nomeado por meio de concurso público e cita como exemplo os ministros das supremas cortes, que, em alguns casos, não precisam sequer serem magistrados carreira. Outro argumento de DIDIER rebatendo o entendimento de MARINONI é de que o árbitro também deve obedecer a regras de competências, só que elas são fixadas também na convenção de arbitragem e não apenas na lei. Por fim, DIDIER afirma que o fato de o árbitro não poder executar as suas próprias decisões não tira o caráter de jurisdição da sua atribuição, mas apenas traz uma limitação de competência funcional⁵³.

No mais, o próprio juiz togado possui limitações de competência previstas nas leis e nas Constituições, algumas nas quais o árbitro não possui, como, por exemplo, a impossibilidade do juiz se deslocar para uma comarca fora de sua jurisdição para ouvir uma testemunha residente em outra cidade, algo que, conforme será visto em seguida, um árbitro não está impedido de fazer.

⁵⁰ MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p.201.

⁵¹ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1, 21.ed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.211.

⁵² GONÇALVES, Pedro Costa. **O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativa**, Almedina: Coimbra, 2008.p.569.

⁵³ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.1, 21.ed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.211/212

Enfim, concordamos com FREDIE DIDIER JUNIOR e entendemos também que a arbitragem é, ao menos na sua função, uma espécie de jurisdição que anda ao lado do Poder Judiciário, com as mesmas características de atuação dessa, com a diferença apenas de possuírem origens distintas⁵⁴, sendo esse também o entendimento de CARLOS ALBERTO CARMONA, que frisa se fazer necessário dar um novo enfoque ao conceito de jurisdição, a adaptando à nova realidade existente, que inclui, de forma consolidada, a existência da arbitragem⁵⁵.

Nesse sentido, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA⁵⁶ afirma que não podemos confundir Poder Judiciário com a jurisdição, sendo essa última a principal função do referido poder estatal, mas que também poder ser exercida excepcionalmente pelo próprio Poder Legislativo, como no caso de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

Além disso, o próprio Poder Judiciário, ainda que de forma não preponderante, exerce outras funções além de julgar, como a função administrativa quando organiza a sua estrutura⁵⁷ ou até mesmo uma função legislativa secundária quando cria os estatutos interno dos seus tribunais e que ordinariamente preveem requisitos de admissibilidade para os recursos previstos nas legislações processuais, o que pode acabar interferindo no andamento de todo o restante do processo judicial, sendo possível até mesmo a finalização de um processo com a consequente certificação do trânsito em julgado caso o prazo regimental para determinado recurso não seja cumprido.

Há de reconhecer a existência de autores dando um conceito mais amplo ao de jurisdição, considerando que ela se divide em dois grandes elementos, quais sejam: os órgãos jurisdicionais e a função jurisdicional⁵⁸. Apesar de não adotarmos o mesmo posicionamento por consideramos ser jurisdição a principal função do Poder Judiciário e que não se confunde com esse último, é possível afirmar, seguindo a linha desses autores optantes de uma conceituação dual do termo jurisdição, que a arbitragem seria jurisdição no aspecto objetivo dessa última.

Desse modo, na linha do entendimento de LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JÚNIOR, a partir do momento em que as partes optaram pelo procedimento arbitral, o árbitro se torna juiz de fato e de direito da causa⁵⁹, ainda que não se confunda com um juiz togado, haja vista que esse último exerce um cargo estatal, com obrigações e prerrogativas estipuladas por meio de lei e que naturalmente estará submetido a princípios inerentes à Administração Pública.

Assim, entendemos que o processo da arbitragem também tem natureza jurídica de jurisdição tal como o processo realizado no âmbito do Poder Judiciário, cada qual com suas

⁵⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem: sociedade civil x estado**, São Paulo: Almedina, 2020.p.208.

⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96**, 3ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.26.

⁵⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 10.ed, São Paulo: Atlas, 2009. p.84.

⁵⁷ *Idem, ibidem*. p.84.

⁵⁸ BRITO, Wladimir. **Teoria Geral do Processo**. Coimbra: Almedina, 2019. p.56.

⁵⁹ JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação**. 8.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.21.

regras próprias em decorrência do procedimento arbitral ser uma atividade privada enquanto o procedimento judicial se trata da prestação de um serviço público. Outrossim, as regras do julgamento do Poder Judiciário estão previstas em lei enquanto as regras da arbitragem estão previstas ao mesmo tempo também nas leis e na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem tal como decidido em comum acordo pelas próprias partes envolvidas no litígio.

Desse modo, apesar da legislação expressamente afirmar que a arbitragem é uma espécie de jurisdição, parece ser claro que essa foi a intenção dos nossos legisladores quando deram à sentença arbitral a mesma importância da sentença judicial.

Tecnicamente o mais correto seria afirmar que a sentença arbitral é um título executivo jurisdicional, porém essa terminologia não existe no ordenamento jurídico brasileiro, que divide os títulos executivos em extrajudiciais e judiciais, sendo por isso que a opção em inserir a sentença arbitral dentro dessa última classificação deixa ainda mais claro o seu caráter de jurisdição.

Além do mais, talvez o principal efeito prático em se definir a natureza jurídica da arbitragem é definir se a decisão do árbitro vai ser executada como título executivo extrajudicial ou como título executivo judicial, uma vez que a execução dessa última espécie é ordinariamente mais célere.

No mais, o Superior Tribunal de Justiça-STJ Brasileiro já proferiu decisão expressando o seu entendimento acerca da natureza jurídica de jurisdição para a arbitragem em conflito de competência entre um juízo togado e um juízo arbitral⁶⁰, o que foi uma decisão importante também por ter fixado o entendimento de que cabe ao STJ analisar o conflito de competência entre uma Corte Arbitral e uma Corte Judicial, o que é outro efeito prático importante em se definir qual é a natureza jurídica da arbitragem.

Dentro de tudo que foi acima aludido, concluímos que a função jurisdicional é um gênero, que engloba como espécies tanto a função arbitral realizada pelo árbitro como a função judicial realizadas pelo juiz togado, o que nos faz concordar com CHARLES JARROSON, que, em estudo de 1987,⁶¹ já possuía entendimento nesse sentido.

No mais, GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT mencionada a possibilidade de a arbitragem ter natureza jurídica “semijurisdicional”⁶². Entretanto, não concordamos com a referida possibilidade, normalmente sequer ventilada pelos especialistas no assunto, devidos aos argumentos já apresentados para considerar ter a arbitragem efetivamente natureza jurídica de jurisdição, ao menos em sua função.

⁶⁰ ACÓRDÃO do Superior Tribunal de Justiça, processo 2018/00004690-0, Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549441400/conflito-de-competencia-cc-156241-sp-2018-0004690-0?ref=serp>.

⁶¹ JARROSON, Charles - **La notion arbitrage**. Librairie general de droit et de jurisprudence. Paris: 1987.p.101.

⁶² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.p.65.

6 JURISDIÇÃO X HETEROCOMPOSIÇÃO

Existe, ainda, a seguinte indagação: sendo tanto a arbitragem como o Poder Judiciário espécies de jurisdição e sendo ambas também espécies de heterocomposição, seriam então jurisdição e heterocomposição conceitos sinônimos? É possível afirmar que todas as vezes que existir uma heterocomposição existirá uma jurisdição? É possível afirmar o contrário: que todas as vezes que existir uma jurisdição existirá também uma heterocomposição?

De fato, tendo em vista tudo que já foi exposto, percebe-se que a diferença entre heterocomposição e jurisdição é muito tênue, porém, no nosso entendimento, ela existe.

O ponto diferencial entre os institutos em testilha é algo que necessariamente deverá existir na jurisdição, mas que não existe obrigatoriamente na heterocomposição, qual seja: possibilidade de a decisão tomada por um terceiro ser um título executivo judicial passível de ser executado.

Tanto na arbitragem como nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, conforme já exposto, a decisão final tomada, caso preenchidos os requisitos legais de cada Estado, é um título executivo judicial, podendo a parte prejudicada, caso não haja cumprimento espontâneo, dar início ao procedimento de execução perante o Poder Judiciário.

Entretanto, é possível que um terceiro efetivamente ponha fim a um litígio, situação na qual haverá uma terceira pessoa tomando a decisão final, existindo uma heterocomposição, porém sem que haja um título executivo judicial. Podemos tomar como exemplo as decisões tomadas dentro de um regime de tutela ou de hierarquia, como as decisões tomadas por superiores administrativos resolvendo as desavenças entre os servidores públicos subalternos, as decisões tomadas pelos pais resolvendo a desavença existente entre seus filhos e as decisões tomadas pelos professores em sala de aula colocando fim a um atrito existente entre seus alunos. Em todos os exemplos supramencionados existe uma situação na qual um terceiro decide um conflito entre as pessoas, havendo, assim, uma heterocomposição, porém não há o que se falar em atuação de um árbitro ou de um juiz togado, não existindo também o que se falar em título executivo judicial e, em consequência, em uma jurisdição.

Assim, podemos concluir que é possível existir uma heterocomposição que não seja considerada uma jurisdição. Entretanto, como na jurisdição sempre haverá um terceiro decidindo os conflitos, podemos afirmar que a jurisdição é uma espécie de heterocomposição apesar da recíproca não ser verdadeira.

No mais, não podemos considerar que a heterocomposição nas hipóteses acima mencionada é uma forma primitiva de resolução de conflitos tal como acontece com a autotutela, uma vez que os exemplos mencionados não se referem a situações ilegais nem muito menos socialmente reprováveis, não havendo quem irá defender, por exemplo, que os pais não devem repreender seus filhos em conflitos ou que um professor não deva controlar o ambiente da sala de aula colocando fim aos litígios que porventura existirem entre os alunos.

Ainda sobre o tema do presente tópico, ELINA MEREMINSKAYA traz questão interessante, quando, ao analisar a situação específica do Chile, a autora defende que a apenas a arbitragem doméstica teria natureza jurídica de jurisdição, o mesmo não acontecendo com a arbitragem internacional, trazendo como argumento o grande enfoque comercial desse último tipo de arbitragem, o seu alto grau de especialização, o fato de existir uma ampla liberdade no âmbito internacional para a fixação da sede da arbitragem, o fato dos árbitros não proferirem a decisão em nome de um Estado, bem como a ampla liberdade para as partes fixarem na arbitragem internacional qual será o procedimento e qual será o Direito aplicado⁶³.

Entretanto, não concordamos com o posicionamento supramencionado porque todas as características levantadas pela autora chilena podem vir a existir também na arbitragem doméstica, devendo a natureza jurídica da arbitragem internacional, ao nosso ver, coincidir com a natureza jurídica da arbitragem doméstica em cada um dos Estados em que ela vier a ser executada.

CONCLUSÃO

Desse modo, mesmo diante da existência de algumas poucas resistências, não temos dúvidas de que a arbitragem tem natureza jurídica de jurisdição. A decisão de uma árbitra ou de um árbitro tem exatamente o mesmo valor que a decisão de um juiz toado.

Precisamos, no entanto, mudar essa cultura de sempre recorrer ao Poder Judiciário, deixando claro para a população a existência de outras opções adequadas para a resolução dos conflitos

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino. **Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)**, Almedina: Coimbra, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Maria Catarina. **Aplicação da sanção pecuniária compulsória por tribunais arbitrais portugueses**, 2017. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa.

BRITO, Wladimir. **Lições de Direito Processual Administrativo**. 3.ed. Forte da Casa: Petrony, 2018.

⁶³ MEREMINSKAYA, Elina. Arbitraje doméstico e internacional em Chile: em búsqueda de la armonía. In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - **Arbitraje y mediación em las américas**, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.97-113. p.105/106

BRITO, Wladimir. **Teoria Geral do Processo**. Coimbra: Almedina, 2019.

BUENO, Cássio Scarpinela. **Manual de Direito Processual Civil**. 5.ed. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96**, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler - O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, **Rev. Fac. Direito**, n. 59 (2011), pp.367-404.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32.ed. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020.

EGÍDIO, Mariana Melo. Revisitando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português sobre a arbitragem. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, **Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD**, n. 2 (2016), p.6-11.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn, Roger Alves Silva. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Forense: Rio de Janeiro. 2014.

FILHO, Clávio de Melo Valença. **A arbitragem no Brasil**. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002.

FONSECA, Isabel Celeste. Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste. **A arbitragem administrativa e tributária**. Almedina: Coimbra, 2013. p.159-178.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra. Globalização e meios adequados de solução de conflitos: da importância da arbitragem para as empresas transnacionais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, a. 14, v. 21, n. 1 (2020), p.335-367. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44545/31778>.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e atos unilaterais**, v.3, 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Pedro Costa. **O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Almedina: Coimbra, 2008.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Conflitos**. 3.ed, Coimbra: Almedina, 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação**,

Conciliação e Negociação, 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JARROSSON, Charles - **La notion arbitrage**. Librairie general de droit et de jurisprudence. Paris: 1987.

JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Ridel, 2012.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 21.ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v.1.

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação**. 8.ed, Rio de Janeiro: Forense. 2018.

LEE, João Bosco; FILHO, Clávio de Melo Valença Filho. **A arbitragem no Brasil**. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002.

LEE, João Bosco; FILHO, SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem: sociedade civil x estado**, São Paulo: Almedina, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Processo Civil**, V.1.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**, Coimbra: Almedina, 2019.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEREMINSKAYA, Elina. Arbitraje doméstico e internacional em Chile: em búsqueda de la armonía. In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - **Arbitraje y mediación em las américas**, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.97-113.

MEYER, Pierre. **OHADA - Droit de l'arbitrage**, Bruxelles: Bruylant, 2002.

MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NUNES, Elisa Rangel. Panorâmica e extensão da arbitragem voluntária nos domínios administrativo e tributário em Angola. **Revista do Direito**, v. 3, n. 53 (2017), pp.153-180. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. pp.153-180.

PALHARES, Ana. Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado, In FONSECA, Isabel Celeste. **A arbitragem administrativa e tributária**, Almedina: Coimbra, 2013. p.41-56.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10.ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no Setor de Energia Elétrica**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica**, São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem: a solução viável**. 2.ed. São Paulo: Ícone, 2009.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane. A responsabilidade social dos tribunais arbitrais como meio de efetivação do acesso ao direito fundamental à justiça e à ampla cidadania, **Revista Jurídica (FIC)**, v.1. (2011), p.220-237.

SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do Processo**. Livro 1, 3.ed. Florianópolis: Momento Atual, 2007.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

Yasmin Lira Melo Ferreira

A DESJUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
ATRAVÉS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS: IMPACTOS E PERSPECTIVAS

A DESJUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: IMPACTOS E PERSPECTIVAS

THE DEJUDICIALIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION THROUGH ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTIONS: IMPACTS AND PERSPECTIVES

Yasmin Lira Melo Ferreira

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Especialista em Direito Digital pela Faculdade CERS e Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNINASSAU. Advogada.

RESUMO

Contextualizado no marco legal da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) o presente artigo tem como propósito analisar o uso dos métodos alternativos de resolução de demandas onde a Administração Pública é parte no processo. Constata-se contemporaneamente uma litigiosidade exacerbada na sociedade ao mesmo tempo em que se exige, cada vez mais, a celeridade na prestação jurisdicional. A apreciação, nesse trabalho, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passa pela constatação da sobrecarga do Poder Judiciário, tendo a Administração Pública como um dos grandes litigantes processuais. Ao final, o propósito é aferir se o acesso à Justiça Multiportas pode ser um caminho viável de pacificação social, nas causas em que há contenda com a Administração Pública.

Palavras-Chave: Desjudicialização da Administração Pública; Meios Alternativos de Resolução de Conflitos; Pacificação social.

ABSTRACT

Contextualized within the legal framework of Resolution n.º. 125/2010 of the National Council of Justice, the Civil Procedure Code of 2015 and the Mediation Law (Law n.º. 13.140/2015), this article aims to analyze the use of alternative methods of conflict resolution by the Public Administration, when part of the proceedings. There is currently an exacerbated litigation in society at the same time that speed in judicial provision is increasingly required. The assessment, in this work, involves the observation of the overload of the Judiciary, with the Public Administration as one of the major procedural litigants, according to data from the National Council of Justice. In the end, the purpose is to assess whether social pacification, in cases in which

there is conflict with the Public Administration, may have a viable path through the access to Multi-Door Justice.

Keywords: Dejudicialization of Public Administration; Alternative Means of Conflict Resolution; Social pacification.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a litigiosidade no Brasil é um tema recorrente no mundo jurídico e até nos meios de imprensa, o que gera várias discussões e estratégias para tentar conter o fenômeno, inclusive exigindo-se maior celeridade na resposta do Poder Judiciário à sociedade, o que provoca a procura de soluções alternativas de resolução do conflito.

Nesse contexto, observa-se que a crescente demanda judicial, decorrente do estímulo à efetivação dos direitos de cidadania, ofertados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também ocorre, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, em razão da Administração Pública configurar, tanto no polo passivo como ativo, como um dos grandes litigantes. Ou seja, no grande estoque processual do Judiciário quem tem a maior quantidade de ações tramitando é a Administração Pública.

A situação da efetivação dos direitos nos países em desenvolvimento é uma questão complexa que advém de um contexto histórico-cultural cristalizado, e, portanto, faz-se necessário formas alternativas e mais significativas de resolução de conflito principalmente quando a parte é a Administração Pública, o que implica ser regida pelo princípio da “indisponibilidade” do Direito Público.

Por via de consequência, para enfrentar a possibilidade de um colapso no sistema jurídico estatal, surgiu um movimento, de caráter internacional, cuja bandeira seria a “desjudicialização”, amparando-se no marco legal do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal (princípio da duração razoável do processo). E nessa linha de raciocínio, as formas consensuais de resolução de conflito ganharam destaque e relevância, proporcionando uma cultura de paz, que remete a sociedade ao diálogo e a possibilidade de mediação para resolver disputas, dando um novo viés à tolerância aos vários modos de pensar e agir.

E é por meio da superação da ideia de que a única maneira de resolver um conflito seria por meio de uma sentença judicial, que a sociedade vai gradualmente se desapegando-se da dependência paternal do Estado Juiz, o que acaba por viabilizar um novo caminho para a efetivação e democratização da Justiça.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Grandes Litigantes**. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 23 fev. 2024.

É nessa perspectiva que, ante a relevância do tema, faz-se necessário avaliar, por meio desse estudo sucinto, preliminar e panorâmico, se, na prática, os novos normativos legais, que alteraram significativamente a forma de resolução de conflitos na atividade da Administração Pública, estão sendo operados. Portanto, para os conflitos em que o Poder Público fizer parte da relação processual, em linhas gerais, o presente trabalho apresenta o enfoque principal na possibilidade de um sistema multiportas, a fim de desobstruir o acúmulo das ações que sobrecarregam o Poder Judiciário, numa mudança de paradigma no cenário jurídico nacional.

1 DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, faz-se mister ressaltar que o escopo do tema proposto nesse trabalho tangencia a questão da litigiosidade e a procura do cidadão pela prestação jurisdicional do Estado Juiz para a solução dos conflitos, em especial no contexto em que a Administração Pública está num dos polos da relação processual, configurando-se como grande litigante, e, nesse contexto, essa perspectiva será aqui abordada apenas de forma panorâmica.

Ora, nesse cenário, ao se consultar a história e a evolução da humanidade, evidencia-se, assim, que a sociedade humana é altamente conflitiva². E, nesse aspecto, Carlos Eduardo de Vasconcelos estabeleceu como forma de caracterização do conflito o conceito seguinte:

O conflito é dissenso, que está latente ou manifestado numa disputa. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

Portanto, o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns e contraditórios.³

Ao se observar a evolução da convivência humana constata-se que a maneira aplicada para solucionar os litígios nas fases mais primitivas e rudimentares da civilização foi o antigo método da autotutela, onde havia a imposição da vontade de uma das partes sobre a outra, ocorrendo, portanto, o sacrifício integral do interesse da outra parte⁴. Ou seja, o que de fato acontecia era o mais forte sobrepujar o mais fraco ou o mais tímido⁵.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.30.

³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 1.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p.186.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.39.

Desse modo, o surgimento de normas e regras que regem a convivência social, por si só, demonstraram não serem capazes e nem suficientes para evitar o surgimento de conflitos. Em razão disso, surgiu a necessidade da construção de mecanismos possíveis de resolução dos conflitos sociais, momento em que surge a ideia da necessidade de se ter uma pessoa alheia ao conflito, com poderes repassados pelo Estado.

Nesse cenário de pacificação social é que o Poder Judiciário se insere como “(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”⁶.

Dessa forma, ao longo do decurso dos séculos, analisando a linha do tempo vemos que os Ordenamentos Jurídicos contemporâneos vedam, como regra geral, a autotutela como um dos caminhos para terminar com a discórdia. Na verdade, na prática, são raros os exemplos em que é possível a utilização da autotutela e dentro do sistema jurídico brasileiro a autotutela tem natureza excepcional, e, sobre isso, Daniel Amorim Assumpção Neves ponderou que:

(...) Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos, é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, §1º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.⁷

Nessa linha de raciocínio, a procura por uma instância superior, como o soberano de uma nação, para solucionar disputas foi um caminho natural⁸, cujas primeiras referências escritas sobre o acesso à justiça estão previstas no Código de Hamurabi.

E nesse sentido foi construído o conceito de acessibilidade à justiça que se basearia numa espécie de sistema no qual os interessados poderiam postular direitos e deslindar conflitos sob a proteção do Estado⁹, tornando-se o acesso à justiça uma garantia processual e constitucional do próprio cidadão, no entender de Alberto Carneiro Marques¹⁰.

6 CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo, 2008, p. 147.

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodvim, 2018, p.61.

8 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno**. Dissertação de Mestrado na área de Direito Econômico e Social – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 46. Disponível em: <https://arquivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/tede/pedromiranda3de4oliveiradi-reito.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

9 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12.

10 MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do**

O direito ao acesso à justiça foi transcrito para o Ordenamento Jurídico pátrio através da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, no art. 141, §4º, no qual: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”¹¹. Posteriormente, perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito de acessibilidade à justiça elevou-se ao patamar de direito fundamental, o que fez com que a garantia do acesso à justiça ficasse atrelada à efetividade da tutela jurisdicional¹², conforme previsão do art. 5º, inciso XXXV, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹³.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) repetiu o compromisso constitucional reconhecido no art. 5º, inciso XXXV da Magna Carta quando dispôs no art. 3º que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Essa é uma visão breve e reduzida da história da evolução da resolução de conflitos no Brasil onde se verifica que, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma profusão de direitos individuais e coletivos, frutos de um Estado Democrático de Direito que o Brasil queria ser e que colidiu com a profunda convulsão social da Nação, decorrente da sua configuração como um dos países mais desiguais do planeta. Como consequência dessa ampliação dos direitos e garantias constitucionais houve uma inevitável e excessiva judicialização.

Conforme relatório do ano de 2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴ o Judiciário brasileiro recebeu 3,6 milhões de processos em 1990, na década de 2000 ultrapassou a quantidade de 20 milhões e terminou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação. Verificou-se que desde o ano de 2020 o Judiciário brasileiro enfrenta, a cada ano, novo aumento dos casos pendentes, chegando à marca inédita de ultrapassar 80 milhões.

Vale ressaltar que exsurtem dos números contidos do relatório do CNJ que cerca de 51% do acervo de processos em tramitação tem em um dos polos da relação jurídica o Poder Público como integrante, incluindo-se o Estado, autarquias e fundações públicas. Dessa forma, é incontestável que o Estado é o maior litigante do país, a despeito de ter o dever de garantir todos os direitos aos seus cidadãos, inclusive a acessibilidade à justiça.

acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2007, p. 26-27.

11 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 fev. 2024.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.53.

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números – 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 23 fev. 2024.

É inegável que a omissão do Poder Público ou mesmo o seu descumprimento reiterado da Constituição Federal de 1988, no tocante às garantias dos direitos constitucionais, gerou inúmeras postulações tendo a Administração Pública no polo passivo judicial, a exemplo de demandas judiciais em favor do direito à saúde e à previdência, que necessitam de uma solução efetiva e compatível com uma realidade decorrente da necessidade imperiosa da implementação de políticas públicas e da boa gestão do orçamento estatal¹⁵.

Como titular do polo ativo da relação processual, a Administração Pública também é uma grande litigante ao ingressar no Poder Judiciário, como Fisco, para cobrar créditos tributários mediante a via da execução fiscal. Nesse contexto, as execuções fiscais também são culpadas pela morosidade do Poder Judiciário, representando cerca de 34% dos casos pendentes na Justiça, apresentando alto índice de congestionamento, devendo registrar, ainda, que houve crescimento no percentual de 14% de novos executivos fiscais em 2022¹⁶ em relação ao ano de 2021.

Entretanto, vale ressaltar, que também na tentativa de diminuir o abarrotamento processual do Judiciário, entrou em vigor a Lei n.º 12.767/2012 que permitiu que a Fazenda Pública efetuasse o protesto da Certidões de Dívida Ativa (CDA) e a usar a execução extrajudicial¹⁷ para satisfazer seus créditos. Logo, a Administração Pública não tem mais o aval da jurisprudência dominante para o ingresso de ações que abarrotam o Judiciário para a mera satisfação de pequenos débitos tributários, com baixo valor¹⁸.

Enfim, os dados do CNJ apontam que há um congestionamento alarmante de processos decorrente da cultura da demanda judicial que pode gerar, num futuro breve, o colapso do sistema judiciário estatal. Assim, é importante identificar os maiores demandantes da Justiça a fim de mapear tendências e implementar medidas alternativas adequadas ao tratamento das demandas.

15 CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda. **As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia**. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Org.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ENFAM, 2016. p. 32-52.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 23 fev. 2024.

17 BRASIL. **Lei nº 12.767/2012 de 27 de dezembro de 2014**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1355208**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9681081>. Acesso em 23 fev. 2024

2 DO SISTEMA MULTIPORTAS: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A pacificação da coletividade sempre foi o objetivo principal da jurisdição, mas conforme a sociedade foi se modificando, igualmente o modelo formal atual de restabelecimento da paz foi-se desgastando, não podendo mais a prestação jurisdicional, por intermédio da sentença de mérito, ser apenas um indicador de produtividade estatal.

Há hodiernamente uma inegável insatisfação do jurisdicionado que procura o Poder Judiciário não só para ter acesso à justiça, mas também porque procura a harmonização do conflito que vivencia.

Faz-se necessário, portanto, entender que o cidadão quer mais: deseja a efetiva resolução do problema inter partes e não somente uma resposta correta, sob o ponto de vista jurídico. Isso demonstrou a necessidade de ressignificação do conceito de acesso à justiça.

Para tanto, Kazuo Watanabe defende que:

(...) cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.¹⁹

A fim de retirar do imaginário coletivo a cultura do processo e da sentença, como únicas alternativas para dirimir um conflito, foram adotadas várias mudanças legislativas para colocar em pauta o uso dos métodos consensuais e alternativos de resolução de conflitos. Nesse sentido, de forma contundente, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten fazem as seguintes ponderações:

(...) A cultura demandista que se instalou na sociedade brasileira, por conta de uma leitura irreal da garantia constitucional do acesso à justiça que tanto se buscou nos últimos trinta anos, permitiu com essa oferta, o desaguadouro geral e indiscriminado no Judiciário de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, obrigando-o a albergar desavenças que beiram o capricho dos litigantes, como as controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica, que não justificam a judicialização, podendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, for e além do aparato estatal.²⁰

19 WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

20 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

Inserem-se nessas circunstâncias citadas, como possibilidade de solução de litígio: a adoção de um Sistema Multiportas, onde prevê, de maneira integrada, a atuação de distintas formas de resolução de litígios, quer sejam por meios judiciais ou extrajudiciais. Assim, as “portas” indicam as inúmeras oportunidades de solucionar controvérsias, algumas delas fora do Judiciário, como, por exemplo, nas câmaras privadas de conciliação.

Sobre o tema, Trícia Navarro Xavier Cabral explica que a metáfora contida no conceito multiportas é como se: “(...) houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, como as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal²¹”.

Para além do direito de acesso à justiça, os métodos alternativos de solução de contendas podem trazer resultados mais céleres, eficientes e que causem satisfação às partes litigantes. Portanto, disponibilizar formas alternativas de pacificação para o cidadão é um procedimento democrático que o Poder Judiciário tomou para si, como missão constitucional, acatando não somente a jurisdição, como também a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, como procedimentos utilizáveis, alternativamente, para resolver controvérsias.

É nesse sentido que, ao invés de se ter uma solução impositiva ou de caráter adjudicatório, o magistrado, amparado em fundamento constitucional, pode igualmente, dentro de sua atividade jurisdicional, usar dos meios consensuais previstos no Ordenamento Jurídico, com a percepção adequada às particularidades de cada caso. E, nesse cenário, fundamentado no princípio constitucional do acesso à justiça, o CNJ, visando um acesso qualificado à ordem jurídica justa, elaborou a Resolução n.º 125/2010 instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Os pilares dessa Política de Tratamento de Conflitos, por meio dos marcos normativos, dão origem ao microssistema brasileiro de métodos consensuais que é formado, além da Resolução n.º 125/2010, pelo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015).

Então, o Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 3º, concretizou o ideal contido no conceito de Sistema Multiportas, não imputando superioridade entre a justiça nacional e os demais meios de solução de litígio, ao estabelecer expressamente que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, sendo permitida a arbitragem, bem como que, sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos.

21 CABRAL, Trícia Navarro Xavier et al. **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória de Profª Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

Caracteriza-se, portanto, a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse no propósito da disseminação da cultura de paz, estruturada pelo procedimento contido na Resolução n.º 125/2010, com o incentivo a autocomposição de litígios pela própria sociedade, expandindo, com isso, o acesso à justiça à serviços que estão fora do Judiciário, através de uma rede constituída por entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino.

E é essa mudança do ideal do Poder Judiciário, “(...) de um local que profere sentenças e decisões, morosas e ineficientes para um lugar de harmonização social e pacificação de litígios, atuando de forma célere e menos formalista na solução de conflitos, trazendo maior satisfação para o usuário; e a percepção de que realmente a solução foi justa”²² que propiciará a implementação de polícias públicas em favor do Poder Judiciário.

2.1. ARBITRAGEM

Trata-se de um método de natureza consensual de resolução de litígios, cuja técnica de heterocomposição prevê um árbitro que julga o litígio, conforme previsto pela Lei n.º 9.307/96 com as alterações da Lei n.º 13.129/15, inclusive com a restrição da técnica apenas para os casos em que os direitos envolvidos são patrimoniais e disponíveis.

Percebe-se, assim, que a arbitragem se configura numa manifestação da autonomia privada das partes interessadas, e, geralmente os conflitos são bem mais complexos e com valores bem mais altos para as partes do que nas mediações e conciliações.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes apontam como característica da arbitragem, conforme o contido na Lei de Arbitragem:

O juízo arbitral, ou arbitragem, consiste no julgamento do litígio por pessoa escolhida consensualmente pelas partes (o árbitro), mediante trâmites bastante simplificados e menor apego a parâmetros legais rígidos (o possível julgamento por equidade - lei n. 9.307, de 23.9.96, art. 2º - Lei de Arbitragem/LA). Exclui-se esse meio quanto a direitos não disponíveis (art. 1º c/c art. 25), justamente porque resulta de uma convenção entre as partes (convenção de arbitragem - LA, art. 3º), com renúncia à jurisdição estatal - e o julgamento não é feito por um juiz estatal, mas por árbitro, cidadão privado.²³

Enfim, a sentença proferida pelo juiz arbitral é título executivo judicial, com base no art. 515, inciso VII do CPC/2015 e do art. 31 da Lei n.º 9.307/1996, mas o árbitro, embora tenha o poder

²² GEVARTOSKY, Hannah. **A realização de audiência de mediação/conciliação in initio litis no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais: Revista do Processo, Curitiba, v. 260, p. 415-437, out. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. p. 5. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RPro_n.260.15.PDF. Acesso em: 25 fev. 2024.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.32.

de decidir, não tem poder para tomar providências executivas, cabendo ao Judiciário essa função, sendo possível o controle judicial da sentença arbitral que se restringirá apenas à questão da validade, não se envolvendo no mérito.

2.2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A autocomposição surge como uma forma de as partes procurarem, em conjunto, a solução de seus próprios conflitos, ou seja, é a tentativa do conflito ser dirimido pelas próprias partes, sem que haja a necessidade da intervenção da decisão de um terceiro. Ou seja, na autocomposição não existe o ato de julgar pois a resolução da contenda é construída por ambas as partes litigantes.

O art. 3º, §2º do CPC/2015 estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, dando mais ênfase e buscando um estímulo maior à realização da conciliação e da mediação, sem, todavia, excluir os demais métodos de solução consensual de conflitos²⁴.

Ainda, de acordo com o art. 166 do Código de Processo Civil de 2015, tanto a conciliação quanto a mediação “*são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*”. Além disso, esses meios de resolução de controvérsias são regidos pela livre autonomia dos interessados, de modo que as partes vão determinar a melhor solução para extinguir o conflito de interesses.

Na autocomposição, portanto, há a faculdade de chamar um terceiro para auxiliar no processo negocial de resolução de conflitos de interesses, com a função de auxiliar as partes a firmarem, conjuntamente, um acordo consensual. Dessa forma, a conciliação e a mediação são institutos bastante similares, em que o conflito é resolvido pelos envolvidos no litígio, com o auxílio do mediador ou conciliador²⁵.

As diferenças entre esses dois meios de solução de conflito são bastantes sutis e estão relacionadas principalmente ao papel e a atuação do terceiro que fará as vezes de mediador e conciliador. Na conciliação há uma terceira pessoa que, apoiando as partes litigantes, através do diálogo e da escuta, apontando as possíveis opções para dirimir o impasse existente entre elas, as conduz a estabelecer um pacto consensual.

A conciliação, portanto, reflete “*um processo consensual breve, envolvendo contextos confi-*

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p.26.

²⁵ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.21.

*tuosos menos complexos*²⁶ e que busca além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes interessadas. Para tanto o §2º do art. 165 do CPC/2015 estabelece que o conciliador “*atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem*”²⁷.

Por outro lado, nos termos do § 3º do art. 165 do Código de Processo Civil de 2015, a mediação terá vez preferencialmente nos casos em que houver um vínculo anterior entre as partes, de modo que o mediador fique responsável pelo reestabelecimento da comunicação dos interessados, auxiliando as próprias partes a identificar quais as possíveis soluções consensuais poderiam resolver o conflito. Na verdade, o mediador funciona como um “facilitador do diálogo”²⁸ entre os litigantes, ou como moderador ao tentar restabelecer a comunicação nas contendas relativas a direito disponível ou indisponível, passíveis, pela norma, de transação²⁹.

Vale destacar, ainda, que o mediador não pode direcionar uma resposta ao conflito, pois não pode intervir diretamente no problema, mas, sim, intervir para que o canal de comunicação entre os conflitantes seja assegurado.

A propósito, convém esclarecer que a Lei nº 13.140/2015³⁰ além de tratar sobre o funcionamento e procedimento da mediação, a referida Lei de Mediação estabelece também que esse meio de solução de controvérsias corresponde à “*atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”³¹.

Os doutrinadores, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, destacam como aspectos práticos de distinção entre a mediação e a conciliação:

A conciliação consiste na intercessão de um sujeito entre os litigantes com vista a persuadi-los à autocomposição sugerindo-lhes soluções e induzindo-os a se comporem amigavelmente. Pode dar-se antes do processo e com vista a evitá-lo, qualificando-se nesse caso como conciliação extraprocessual; quando promovida no curso do processo é endoprocessual. Na mediação também se objetiva a autocomposição, mas sem que o mediador apresente

26 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Guia de Conciliação e Mediação: Orientações para implantação de CEJUSCs**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

27 BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

28 DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p.308.

29 BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

30 Ibid.

31 BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

propostas concretas de solução a serem apreciadas pelos litigantes. Ele atua identificando as causas do conflito, buscando alternativas para sua superação e propiciando as condições necessárias para as partes chegarem por si próprias a um acordo.³²

Percebe-se, portanto, na atualidade, a tentativa de se implantar uma pedagogia social, com ênfase no diálogo a fim de que os próprios cidadãos sejam capacitados para resolverem seus problemas³³, de forma consensual para um maior alcance da paz social.

3 DA APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Superada a carência de noção geral sobre o contexto em que se situa o tema do trabalho, revela-se imprescindível, ao se debruçar sobre o arcabouço jurídico que integra a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, verificar que o combate a litigiosidade exagerada, principalmente quando a Administração Pública é uma grande litigante, passa pela imperiosa necessidade de estimular métodos de solução alternativos de conflitos por meio da conciliação, mediação e arbitragem.

Assim, ao se constatar que as demandas envolvendo a Administração Pública, como parte litigante, representa a maior parte das ações judiciais que abarrotam o Poder Judiciário, quer como autora nas execuções fiscais, quer como ré em ações fundamentadas pela inércia de efetividade nas políticas públicas, torna-se relevante os meios alternativos de resolução de contendas como possibilidade realização do princípio da razoável duração do processo.

Nesse contexto, o próprio Estado já externou que a exclusividade da prestação jurisdicional deve ser superada, inclusive para a solução de conflitos com a Administração Pública, materializando essa vontade de forma expressa no próprio Código de Processo Civil de 2015, no art. 3º, §2º.

A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça foi um divisor de águas para a estruturação de uma Política Judiciária Nacional específica para tratamento adequado de disputa de interesses. Nesse normativo foi reconhecido que não existia um monopólio do Judiciário na resolução de conflitos, razão pela qual passou a acolher o trabalho simultâneo do Poder Judiciário com entidades privadas, em especial, as Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação e os serviços notariais e de registro.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.31-32.

33 ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017 (Coleção grandes temas do novo CPC, v.9).

Além disso, expressamente houve o investimento estatal em implementar métodos extrajudiciais de resolução de demandas em que o Poder Público participa da relação processual, como: a Lei n.º 8.987/1995 (art. 23-A); Lei n.º 9.307/96; Lei n.º 11.079/2004 (art. 11, III); Lei n.º 13.140/2015; Lei n.º 14.133/2021 (capítulo XII) e o Decreto-Lei n.º 3.365/1941 (art. 10-B).

Logo, o modelo de paternalismo estatal do sistema judiciário pátrio se reestruturou com o fim de implementar mecanismos alternativos de solução de litígios, ou seja: a desjudicialização. Então, desde que se atenda aos princípios constitucionais da Administração Pública, e, apesar da exigência de algumas restrições legais, a solução alternativa para dissolver demandas com o Poder Público é recomendável para o interesse público.

Revela-se, na atualidade, o nascimento de um novo paradigma para a Administração Pública: o princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser flexibilizado nas hipóteses legais, quando há a possibilidade de autocomposição, e isso não se confunde com a indisponibilidade do patrimônio público. Nessa mesma linha de raciocínio, Gisele Leite faz considerações úteis sobre essa questão:

(...) Em termos de direitos patrimoniais do Poder Público, se inclui neste conceito de disponibilidade é de difícil delimitação, e alguns doutrinadores fazem distinção entre os interesses públicos primários e secundários. De sorte que os interesses públicos primários seriam aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo: dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente, por exemplo. Enquanto que os interesses públicos secundários seriam os interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades. O interesse público primário teria relação com os atos de império, que são indisponíveis, e o de interesse secundário, relacionado com os atos de gestão, que são disponíveis. (In: SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas) A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 124-167, jul./set 2005, p.140.³⁴

Na busca de caminhos alternativos para solução de disputas, quando a parte envolvida no litígio é a Administração Pública, o administrador, na função de gestor público, em nome da coletividade e inserido no princípio da legalidade estrita, tem autorização para celebrar termo de ajustamento de conduta, permitida a sua atuação nos contratos celebrados com particulares, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse cenário a Lei n.º 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação demonstra o quanto o legislador depositou confiança na solução de conflitos entre administrados particulares e o Poder Público, através da autocomposição, resguardando através de previsão legal, que, para cada conflito haverá a disciplina de uma norma relativa ao fato que lhe deu origem.

³⁴ LEITE, Gisele. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/mediacao-na-administracao-publica/779037391>. Acesso em 25 fev. 2024.

Por sua vez, a Lei n.º 9.307/96, que trata da arbitragem, com a alteração da Lei n.º 13.129/2015, mais especificamente nos §§ 1º e 2º do art. 1º, expressamente autorizou a Administração Pública Direta ou Indireta a usar esse método de heterocomposição, a fim de alcançar a pacificação de contendas referentes a direitos patrimoniais disponíveis. De fato, a arbitragem é muito usada para conflitos de relações contratuais com a Administração Pública, como as Parcerias Público-Privadas e as Concessões Públicas.

A Lei n.º 11.079/2004 versa sobre contratos entre a Administração Pública e entes privados, sob o regime de parceria público-privada, e, inclui de forma clara, no art. 11, inciso III, que em caso de disputas entre os parceiros há a previsão do uso do mecanismo privado de resolução de disputas, indicando expressamente a arbitragem.

Em outro giro, constata-se que o antigo normativo, o Decreto-Lei n.º 3.365/1941, que trata de interesse do Poder Público, mais especificamente da desapropriação por utilidade pública, teve a melhoria de seu texto ao acolher as alterações da Lei n.º 13.867/2019 que, entre outras contribuições, acrescentou o art. 10-B com a previsão da opção para os demandantes de resolver o conflito pela mediação ou pela via arbitral.

Sob outro viés, a Lei n.º 13.465/2017, conhecida como Lei da Reurb, disciplina a regularização fundiária rural e urbana e em seu art. 34 autoriza a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, incentivando a solução consensual, bem como em seu §3º prevê a possibilidade de mediação coletiva.

Quanto à recente Lei n.º 14.133/2021, que estabelece normas gerais de atuação perante as licitações e contratação com a Administração Pública Direta, Autarquia e Fundação da União, Estado, Distrito Federal e dos Municípios, dedicou um capítulo inteiro para disciplinar o uso dos meios alternativos de resolução e controvérsias (capítulo XII).

A atualização da Lei n.º 8.987/1995, a qual trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos, através da Lei n.º 9.037/1996 e da Lei n.º 11.196/2005, permitiu que no art. 23-A ficasse também expresso que no contrato de concessão poderia, em caso de disputas decorrentes do contrato, usar de mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem.

Observa-se que, diante desse movimento de busca por soluções extrajudiciais, o Sistema Multiportas representa um avanço da sociedade, e, mesmo quando os litígios são com o Poder Público, a mediação e a arbitragem são técnicas compatíveis com a Carta Magna e os princípios da Administração Pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS IMPACTOS E PERSPECTIVAS DO SISTEMA MULTIPORTAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inegável a crise atual do modelo jurisdicional brasileiro pela lenta finalização e arquivamento das ações judiciais, principalmente das execuções, pelo excesso de recursos que as Cortes são submetidas e pelo vultuoso mercado advocatício. Isso decorre do fato do aumento da judicialização, não obstante a acertada tentativa de implantação expressa de métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário e também da Administração Pública como um todo.

Nesse cenário é que o Código de Processo Civil de 2015, inserido na ideia de um sistema multiportas, determinou que os tribunais criassem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como incentivassem o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Por meio desses métodos de democratização da justiça há a previsibilidade da efetivação da pacificação social, ao conceder ao jurisdicionado o poder de gerenciar e solucionar seus próprios conflitos. Assim, não é sem fundamento que o art. 334 do CPC/2015 previu como passo indispensável a realização de audiência de mediação ou conciliação, como etapa prévia e necessária da tramitação do feito, inclusive antes da apresentação da contestação do réu. E, nesse mesmo espírito, no inciso V do art. 139 do mesmo Diploma Processual está previsto que incumbe ao magistrado, junto com conciliadores e mediadores, estimular a autocomposição, em qualquer fase que o processo se encontre tramitando.

Como visto, há um excesso de judicialização onde o Poder Público integra a lide como parte, e, uma forma de tentar minimizar esse afogamento do Judiciário seria justamente a disponibilização e a maior aplicação dos variados métodos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem³⁵. Essas ferramentas alternativas podem, assim, ser consideradas um caminho viável perante a Justiça Administrativa³⁶.

35 JESUS, Marcela do Amaral Barreto de. **Mediação e Conciliação no Âmbito da Jurisdição Administrativa no Brasil**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.05.pdf. Acesso em: 25. fev. 2024.

36bid.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Grandes Litigantes**. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 23 fev. 2024.

_____. **Justiça em Números – 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 23 fev. 2024.

_____. **Guia de Conciliação e Mediação: Orientações para implantação de CEJUS-Cs**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 fev. 2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. **Lei nº 12.767/2012 de 27 de dezembro de 2014**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

_____. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 612439-RS**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@COD=%270320%27+E+@CNOT=%27007661%27>. Acesso em 25 fev. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1355208**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9681081>. Acesso em 23 fev. 2024

_____. **Recurso Extraordinário 172084**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1578475>. Acesso em 23 fev. 2024.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier et al. **Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória de Profª Ada Pellegrini Grinover**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo, 2008, p. 147.

CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Org.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do**

sistema de justiça brasileiro. Brasília: ENFAM, 2016. p. 32-52.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista Forense, 1986, p.25.

GEVARTOSKY, Hannah. **A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais: Revista do Processo, Curitiba, v. 260, p. 415-437, out. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. p. 5. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.15. PDF. Acesso em: 25 fev. 2024.

JESUS, Marcela do Amaral Barreto de. **Mediação e Conciliação no Âmbito da Jurisdição Administrativa no Brasil**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.05.pdf. Acesso em: 25 fev 2024.

LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.21.

LEITE, Gisele. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/mediacao-na-administracao-publica/779037391>. Acesso em 25 fev. 2024.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 26-27.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodvim, 2018, p.61.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p.26.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno**. Dissertação de Mestrado na área de Direito Econômico e Social – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 46. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/tede/pedromiranda3de4oliveiradireito.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PICCOLI, Isadora Fiorelli; THOMÉ, Liane Maria Brusnelo. **Sistema Multiportas de acesso à justiça em busca de soluções adequadas de conflitos**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/isadora_piccoli.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. **Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado)**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 124-167, jul./set 2005, p.140. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43331/44671>. Acesso em: 27 fev. 2024.

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: O Sistema Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/publico/Rafael_Soares_Souza_dissertacao.pdf. Acesso em 25 fev. 2024.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 1.

WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017 (Coleção grandes temas do novo CPC, v.9).

A Revista Esmape Online foi produzida pela
Assessoria de Comunicação Social da
Escola Judicial de Pernambuco
(Ascom ESMape) em 2023

Núcleo de design:
ASCOM ESMape

Núcleo de publicidade:
Antônio Recamonde

Núcleo de jornalismo:
Pedro Pequeno

Designer:
Marcos Costa

Assessora de Comunicação Social:
Paula Imperiano



TJPE