

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 28 n. 1, jul. 2024

DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITORA

Prof. Dr^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR

Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitora: Prof^a. Dr^a. Silvia Márcia Ferreira MelettiDiretora de Pós-Graduação: Prof^a Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo

Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dr^a. Ana Cláudia Duarte Pinheiro.

CURSO DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Vice-Coordenador: Prof^a. Dra. Patricia Ayub da Costa Liganovski

Scientia Iuris : Revista do curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
 . – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
 v. : 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
 Descrição baseada em: Vol. 28, N. 2 (jul.2024).
 ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA
IURIS

V. 28. N.2. MAR. 2024

**DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS**

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora-Chefe

Doutora Tânia Lobo Muniz

Editor Responsável

Doutor Elve Miguel Cenci

Editora Associada

Doutoranda Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

Conselho Editorial/ Editorial Board

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ) Hilda Eleonora Vallet (Universidad de Buenos Aires/ Argentina)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jenifer Valeria Alfaro Borges (Universidad de la República) José Laurindo de Souza Netto (Universidade Paranaense/PR) Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /Espanha)

Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Equipe Técnica:

Eduardo Bueno Rodrigues

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Dr. Adriano da Silva Ribeiro (FUMEC/MG)	Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR/SP)
Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (UERJ/RJ)	Dr. Nelson Finotti Silva (UNIMAR/SP)
Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (FGV/SP)	Dra. Kelly Cardoso (UNIOESTE/PR)
Dr. Cristiano Gomes de Brito (UFU/MG)	Dra. Priscila Tinelli Pinheiro (FDV/ES)
Dr. Douglas Verbicaro Soares (Universidad de Salamanca, Salamanca, Cyl, Espanha)	Dr. Renan Aguiar (FIOCRUZ/RJ)
Dra. Fabiana Marion Spengler (UNISC/RS)	Dr. Rogerio Montai de Lima (UFRO/RO)
Dr. Gilberto Fachetti Silvestre (UFES/ES)	Dr. Ronaldo Lindimar José Marton (UCB/DF)
Dr. Jorge Shiguemitsu Fujita (UNIFMU/SP)	Dr. Rubens Beçak (UNESP/SP)
Dr. Jair Teixeira dos Reis (UFES/ES)	Dr. Roberto Freiria (UNIMAR/SP)
Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (UFU/MG)	Dr. Thiago Caversan Antunes (POSITIVO/PR)
Dr. Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ/RJ)	Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (UNIRIO/RJ)

Curso de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home

page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENTS

EDITORIAL	9
VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA IMPLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM NOVO DANO EXTRAPATRIMONIAL?	11
<i>VIOLATION OF OBJECTIVE GOOD FAITH AND ITS IMPLICATION ON LIABILITY: A NEW EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE?</i>	
Daniel Marinho Corrêa e Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral	
PROJETO BEPS, BEPS 2.0 E O COMBATE AO PROFIT SHIFTING E AO BASE EROCTION À NÍVEL INTERNACIONAL	23
<i>BEPS PROJECT, BEPS 2.0 AND THE FIGHT AGAINST PROFIT SHIFTING AND BASE EROCTION AT AN INTERNATIONAL LEVEL</i>	
Carlos Renato Cunha e Antonio Carlos Freitas de Medeiros Junior	
A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO ESCRITURAL	41
<i>THE SCRIPTURAL BANK NOTE</i>	
Simone Menezes Gantois e Leonardo da Silva Sant'Anna	
OS IMPACTOS NA ESTRUTURA ORÇAMENTÁRIA PÚBLICA DEVIDO A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	58
<i>THE IMPACTS ON THE PUBLIC BUDGET STRUCTURE; DUE TO THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH</i>	
Erica Pinheiro de Albuquerque Leal e Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro	
AÇÕES INCLUSIVAS DESTINADAS A COMUNIDADE LGBTQIAPN+ COMO PRÁTICAS DA CIDADANIA EMPRESARIAL NO BRASIL	71
<i>INCLUSIVE ACTIONS FOR THE LGBTQIAPN+ COMMUNITY; AS PRACTICES OF CORPORATE CITIZENSHIP IN BRAZIL</i>	
Cicero Pereira da Costa e Tanise Zago Thomasi	
O PENHOR SEGUNDO OS JURISTAS LUSO-BRASILEIROS OITOCENTISTAS 87	
<i>THE PLEDGE, ACCORDING TO THE PORTUGUESE AND BRAZILIAN JURISTS OF THE XIX CENTURY</i>	
Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior	
A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	119
<i>THE RELATIVIZATION OF RES JUDICATA IN COLLECTIVE ACTIONS</i>	
Marília do Amaral Felizardo e Luiz Alberto Pereira Ribeiro	
DO CONTROLE JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL.....	131
<i>JUDICIAL REVIEW OF CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT</i>	
João Carlos Leal Júnior e Marcelo Costenaro Cavali	

O DESAFIO DA TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA.....	149
<i>THE CHALLENGE OF ALGORITHMIC TRANSPARENCY</i>	
Júlia Souza e Leonardo Macedo Poli	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO APORTE PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO NO SÉCULO XXI: O RELATÓRIO O FUTURO DOS EMPREGOS E AS HABILIDADES SOCIOEMOCIONAIS.....	163
<i>CONFLICT MEDIATION AS A CONTRIBUTION TO LEGAL PROFESSIONALS IN THE 21ST CENTURY: THE REPORT THE FUTURE OF JOBS AND SOCIOEMOTIONAL SKILLS</i>	
Marcella Mourão de Brito e Mara Livia Soares Damasceno e João Renato Banhos Cordeiro	
INSTRUÇÕES AOS AUTORES INSTRUCTIONS FOR AUTHORS.....	178

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 2 de seu 28º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo *Qualis* CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A segunda Edição deste Volume 28 conta com dez artigos, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) Violação da boa-fé objetiva e sua implicação na responsabilidade civil: um novo dano extrapatrimonial?, de Daniel Marinho Corrêa, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; b) Projeto BEPS, BEPS 2.0 e o combate ao Profit Shifting e ao Base Erection à nível internacional, de Carlos Renato Cunha e Antonio Carlos Freitas de Medeiros Junior; c) A cédula de crédito bancário escritural, de Simone Menezes Gantois e Leonardo da Silva Sant'Anna; d) Os impactos na estrutura orçamentária pública devido a judicialização do direito à saúde, de Erica Pinheiro de Albuquerque Leal e Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro; e) Ações inclusivas destinadas a comunidade LGBTQIAPN+ como práticas da cidadania empresarial no Brasil, de Tanise Zago Thomasi e Cícero Pereira da Costa; f) O penhor segundo os juristas luso-brasileiros oitocentistas, de Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior; g) A relativização da coisa julgada nas ações coletivas, de Marília do Amaral Felizardo e Luiz Alberto Pereira Ribeiro; h) Do controle judicial no acordo de não persecução cível, de João Carlos Leal Júnior e Marcelo Costenaro Cavali; i) O desafio da transparência algorítmica, de Júlia Souza e Leonardo Macedo Poli, e; j) A mediação de conflitos como aporte para o profissional do direito no século XXI: o relatório o futuro dos empregos e as habilidades socioemocionais, de Marcella de Brito, Mara Livia Soares Damasceno e João Renato Banhos Cordeiro.

Nesta segunda edição do ano de 2024, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercussões do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA IMPLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM NOVO DANO EXTRAPATRIMONIAL?

VIOLATION OF OBJECTIVE GOOD FAITH AND ITS IMPLICATION ON LIABILITY: A NEW EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE?

Daniel Marinho Corrêa*

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral***

*Doutorando em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR)
E-mail: danielmarinhocorrea@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4255>

**Doutora em Direito
(Universidade Federal do Paraná – UFPR/PR)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR)
E-mail: atila@leitearripe.adv.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4255>

***Doutora em Direito (Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR)
E-mail: anagesantos@hotmail.com

Como citar: CORRÊA, Daniel Marinho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. Violação da boa-fé objetiva e sua implicação na responsabilidade civil: um novo dano extrapatrimonial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 11-22, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p11-22. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Sugere-se a possibilidade de reconhecimento de um novo dano extrapatrimonial em face da violação da boa-fé objetiva, por meio dos princípios negociais contemporâneos e suas implicações na responsabilidade civil. Para isso, é necessário pesquisar o prejuízo causado por esse dano na esfera material e imaterial, assim como as diferentes interpretações adotadas pelo intérprete do Direito sobre o dano extrapatrimonial. A partir disso, é possível chegar a uma subdivisão deste dano em “novos danos”, desde que haja um interesse merecedor de proteção. Essa ideia é justificada na concepção contemporânea da autonomia negocial, que observa o abandono do enfoque estrutural em favor de um exame funcional. Ancorado no método hipotético-dedutivo, permite-se investigar essa cláusula aberta como um princípio jurídico, classificando-o como um novo dano a ser ressarcido.

Palavras-chave: princípios negociais; boa-fé objetiva; responsabilidade civil; novos danos.

Abstract: It is suggested the possibility of recognizing a new non-pecuniary damage arising from the violation of the objective good faith, through contemporary negotiation principles and their implications in civil liability. To do so, it is necessary to research the harm caused by this damage in the material and immaterial sphere, as well as the different interpretations adopted by the legal interpreter on non-pecuniary damages. Based on this, it is possible to arrive at a subdivision of this damage into “new damages”, as long as there is a deserving interest of protection. This idea is justified by the contemporary concept of negotiation autonomy, which observes the abandonment of the structural approach in favor of a functional examination. Anchored in the hypothetical-deductive method, it allows investigating this open clause as a legal principle, classifying it as a new damage to be compensated.

Keywords: negotiation principles; objective good faith; liability; new damage.

INTRODUÇÃO

As veredas ao Estado Social de Direito, orientado pela solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humano, transforma significativamente a ação estatal. Identifica-se que, em sociedades díspares, é a intercessão do poder público que assegura e oportuniza a liberdade dos indivíduos. A autonomia privada, então, deixa de ser apreciada como um valor em si, e incide a ser arquitetada como ferramenta de promoção dos fins constitucionais, ao encontro dos demais institutos jurídicos que, a rigor, seguem nas vias metodológicas do Direito Civil-Constitucional.

O que será protegido pelo ordenamento jurídico é o ato de autonomia que cumpra uma função juridicamente proeminente. A liberdade, em uma ordem social e solidária, deve ser condicionada por valores densificados na inspiração desse ordenamento. A coercibilidade das regras elaboradas pelos contratantes para gerir suas ações ou omissões deixa de estar amarrada exclusivamente a um singelo acordo de vontades, ficando subordinada ao cumprimento das condições e balizas em benefício dos quais se concede esse poder de criação, que derivam da Constituição.

Por sua vez, a configuração de um novo dano extrapatrimonial resultante da quebra da boa-fé objetiva é um tema que tem ganhado cada vez mais importância no campo do Direito Civil. Para entender esse fenômeno, é preciso compreender a origem e evolução da boa-fé objetiva, bem como sua relação com a confiança e a aceitação como princípio jurídico.

A boa-fé objetiva foi sendo aceita como um princípio jurídico, que orienta toda a ordem jurídica e não apenas as relações contratuais. Isso significa que as partes devem agir de acordo com a boa-fé não apenas quando celebram contratos, mas em todas as suas relações jurídicas. De modo que uma de suas principais funções é garantir a segurança jurídica nas relações entre as pessoas; quando as partes agem com lealdade e honestidade, isso gera confiança e permite a realização de negócios jurídicos e a convivência social de forma mais harmoniosa.

O princípio jurídico da boa-fé objetiva é aplicável em todas as relações comerciais atuais e pode ser expresso mediante deveres secundários relacionados à obrigação principal. Se as partes não cumprirem esse princípio, que é baseado na confiança depositada entre elas, mesmo que a obrigação principal seja cumprida, e se ocorrer um dano digno de proteção legal, é necessário verificar se existe responsabilidade.

Ao avaliar a possibilidade de um novo dano, é imperioso analisar a natureza dos deveres secundários decorrentes da boa-fé objetiva. Se esses deveres são oriundos do contrato como fato gerador, pode ser considerada uma terceira forma de inadimplemento contratual, além do não implemento da obrigação principal e da mora. O que é fundamental para justificar a viabilidade do novo dano. Estes são os critérios que norteiam a abordagem desta pesquisa, que busca validar a possibilidade de reconhecer a violação da boa-fé objetiva como uma nova forma de dano no âmbito da responsabilidade civil contemporânea brasileira.

Ancorado no método hipotético-dedutivo, tem-se como âmbito de estudo a pesquisa bibliográfica e utiliza-se a obtenção de dados por meio da análise de legislação, literatura especializada e periódicos científicos.

1 A IMPORTÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA AUTONOMIA CONTRATUAL: UM PRINCÍPIO DE CONDUTA E FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

No processo de redefinição da autonomia contratual no Direito Civil contemporâneo, os princípios da boa-fé objetiva e da função social são relevantes. A boa-fé objetiva é um princípio central nos contratos e permeia todo o ordenamento jurídico moderno. Ao contrário da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva

não é apenas uma crença, mas sim um padrão de comportamento. A função social do contrato, por sua vez, busca garantir que os contratos cumpram um papel importante na promoção do bem-estar social, além de proteger interesses individuais e coletivos envolvidos nas relações contratuais.

Conforme observado por Paulo Nalin (2000, p. 197) é esperado do contratante, além de julgar estar agindo de acordo com procedimentos condizentes com a boa-fé (padrões razoáveis de conduta) de forma subjetiva, que haja também uma boa-fé objetiva. Enquanto a boa-fé subjetiva depende somente do elemento interno, a boa-fé objetiva requer um acréscimo externo, “espera-se dele um *plus exterior*”.

Considera Judith Hofmeister Martins-Costa (2000, p. 395) que todos os indivíduos devem agir com honestidade e lealdade de acordo com as práticas comerciais, pois isso leva a relações jurídicas de confiança, não apenas relações morais. A elaboração de um contrato não é algo repentino, pois a sua conclusão supõe que todas as partes envolvidas estejam cientes do que vão receber ou dar. Ao se comunicar com outras pessoas, convidá-las a fazer ofertas ou expor informações publicamente, é fundamental conquistar a confiança necessária para as negociações preliminares e para a conclusão do contrato: “quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato”.

No Código Civil de 2002, a importância da boa-fé objetiva nas relações contratuais é destacada pelo artigo 422, que estabelece a obrigação dos contratantes de agir com probidade e boa-fé tanto na conclusão quanto na execução do contrato. Além dessa cláusula geral, existem outras disposições extensas e aplicáveis, como a presente no artigo 113 do mesmo código, que estipula a interpretação de todos os negócios jurídicos de acordo com a boa-fé. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (1992, p. 25), a boa-fé objetiva deve ser praticada desde a intenção negocial, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, fornecendo informações necessárias e evitando criar expectativas que estão sabidamente destinadas ao fracasso, bem como impedindo a revelação de dados obtidos em confiança (CORRÊA; AMARAL, 2022, p. 153-155).

Adicionalmente, é fundamental verificar esse padrão de comportamento após a conclusão do contrato, o que envolve agir consoante os padrões sociais de retidão, honestidade e integridade para não frustrar a confiança legítima da outra parte (ROSENVALD, 2005, p. 80).

Observa Pietro Perlingieri (2005, p. 461) que “concorre a creare la regula iuris del caso concreto”² inclusive no âmbito de relações paritárias, arquitetando a autonomia negocial, que segundo Antonio Spadafora (2007, p. 212) não só no sentido de completar o regime deficiente através da identificação de obrigações adicionais, “ma anche nel senso della modifica sostanziale del dictum originario, nel quadro di una rettifica destinata a garantire la concreta realizzazione degli obiettivi complessivamente prefigurati dai paciscenti”³.

Dessa forma, esse princípio expressa a necessidade de lealdade, um modelo objetivo de conduta e um arquétipo social que impõe o dever-poder de que cada indivíduo ajuste sua própria conduta a esse modelo, agindo como uma pessoa honesta, íntegra e leal (REALE, 2003).

Caracterizada a importância da boa-fé objetiva como ferramenta conformadora da autonomia privada, corroborada em grande medida pela doutrina e pela jurisprudência, o desafio hodierno toa residir na diferenciação de parâmetros, os mais distintos (mas específicos) quanto possível,

1 De acordo com Francisco Amaral (2006, p. 90), “as cláusulas gerais são enunciados jurídicos de conteúdo variável, noções indeterminadas a precisar pelo juiz em cada caso”, por outro lado, em face dessa plasticidade Anderson Schreiber (2006, p. 5) observa que essa característica das cláusulas gerais “vem dando ensejo a uma invocação puramente ética da boa-fé objetiva, que é inversamente proporcional à sua utilização técnica pelas cortes judiciais”.

2 Tradução livre: “contribui para a criação da regra jurídica do caso concreto”.

3 Tradução livre: “mas também no sentido de alterar substancialmente a máxima original, no âmbito de uma correção destinada a garantir a concretização concreta dos objetivos globais previstos pelos contratantes”.

admissíveis nas inúmeras relações negociais, que permitem ao operador do direito considerar, na concretude casual, a regularidade do ato de autonomia.

É essencial, contudo, não cair no impulso, às vezes presente de forma insidiosa, de assumir uma abordagem que tipifique a boa-fé objetiva, cunhando arquétipos comportamentais aos quais devem ser subordinadas a condutas concretas. Uma investida desse modo seria extremamente limitante e iria de encontro à inclinação expansiva do instituto, como ferramenta de implementação do princípio da solidariedade social.

A boa-fé objetiva deve ser entendida como um princípio de conduta e uma ferramenta de implementação desse princípio, permitindo ao operador do direito considerar, na concretude do caso, a regularidade do ato de autonomia. Logo, desempenha um papel fundamental na busca pelo equilíbrio e justiça nas relações jurídicas, fortalecendo a confiança e a segurança nas transações comerciais e contratuais.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A função social do contrato também perfaz em um princípio fundamental do Direito Civil brasileiro, estabelecido pelo Código Civil de 2002. Essa função visa garantir que os contratos cumpram um papel importante na promoção do bem-estar social, além de proteger interesses individuais e coletivos envolvidos nas relações contratuais. Em outras palavras, a função social do contrato preconiza que os contratos não devem ser vistos como um mero instrumento de realização de interesses particulares, mas sim como um meio para promover o desenvolvimento social, econômico e cultural da sociedade.

Dessa forma, o cumprimento da função social do contrato implica na observância de princípios como a própria boa-fé objetiva, garantindo o equilíbrio e a justiça nas relações entre as partes envolvidas. Além disso, a função social do contrato implica em sua adequação às normas e valores sociais em vigor, de modo a assegurar que os contratos não violem direitos fundamentais ou contrariem normas de ordem pública.

Por outro lado, a função social não pode servir como instrumento para estrangular a liberdade das partes, a ponto de transformá-la em uma “função assistencialista do contrato”. Logo, conquanto admita-se que o contrato tende a cumprir à função social, para ser digno de proteção, sua função econômica não pode ser negligenciada, de modo que a satisfação é o que realmente movimenta os negociantes a concluir a negociação⁴ (CORRÊA, 2021, p. 22-25).

A função social do contrato, balizada na solidariedade social, reposiciona o clássico princípio da relatividade contratual, consolidando a projeção dos efeitos negociais para além do âmbito jurídico dos contratantes.

Ao encontro desses princípios, a teoria funcionalista de Norberto Bobbio (2007, p. 81) tem alcançado aplicação no direito pátrio. Observa-se, por exemplo, de forma mais contundente a partir da Constituição de 1988, o surgimento de vários microssistemas voltados a segmentos frágeis da sociedade:

É assim que o valor do direito (dignidade da pessoa humana) na totalidade, domina o sistema de valores (*Wertsystem*) constitucional, a orientar (inclusive na sistematização-valorativa) o novo direito privado brasileiro. Daí porque, nesta obra, o fator igualdade será examinado com precedência em relação à liberdade, fator típico do direito privado. E esta, de sua vez, só terá efetividade uma vez que se reconheçam situações estruturais de desigualdade e se protejam os vulneráveis. Observe-se que este é o sentido dos direitos fundamentais reconhecidos à criança e ao adolescente, art. 227 da CF/1988, aos idosos, art. 226, CF/1988,

⁴ É a conclusão de Carlos Nelson Konder (2009, p. 59) e Pedro de Oliveira Costa (2005, p. 54).

aos consumidores, art. 5º, XXXII, da CF/1988, e à proteção aos portadores de necessidades especiais, art. 7º, XXXI, 23, XIV, e 227, II, da CF/1988, e às futuras gerações, art. 225, *in fine* (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 129).

Essa teoria permitiu a adoção de novas técnicas legislativas, como o reconhecimento das cláusulas gerais. Essa abordagem sistêmica possibilita soluções flexíveis para casos concretos e serve como uma ferramenta para a efetivação de princípios⁵. Portanto, o mito de que o direito privado é um campo antagônico ao Estado é superado. Pelo contrário, reconhece-se cada vez mais a importância da intervenção do Estado nas relações privadas para garantir o equilíbrio, a igualdade substancial e a justiça material (SCHREIBER, 2020, p. 58).

Estabelecer funções aos institutos jurídicos vai ao encontro da missão legal que determina a verificação dos efeitos concretos dos fatos e das normas na realidade social. Nesse cenário, o Direito é “orientado para resultados e se diferencia nitidamente da imagem clássica da justiça cega a consequências.” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 134).

Sobre a boa-fé objetiva, Nelson Rosendal (2005, p. 93) identifica três funções intrínsecas a este princípio. A uma, função interpretativa, para expor os contornos das negociações. A duas, função integradora, para aplicação dos deveres de comportamento em todas as fases da negociação. A três, função de supervisão, para impedir as ações e omissões abusivas e adversas à lealdade na relação contratual.

Além disso, em toda relação negocial há uma conexão jurídica entre as partes que é a diligência no cumprimento da prestação, paralelamente, impõe-se outros deveres de conduta anexos ou acessórios, que orbitam essa obrigação, “os deveres anexos decorrentes da boa-fé como norma de conduta não ocupam posição de hierarquia inferior na relação contratual, de modo que sua violação poderá implicar descumprimento da própria prestação principal” (DICKSTEIN, 2010, p. 77).

Estes deveres acessórios de comportamento dirigem à proteção da confiança depositada na relação negocial, e por isso têm dois fins antagônicos, positivo e negativo. A finalidade positiva ocorre quando ajuda indiretamente as partes a cumprir a prestação principal, ou seja, protege o cumprimento da obrigação. De outra forma, a finalidade negativa é uma forma de proteção, que visa impedir a adoção de comportamentos tortuosos e interesses injustificados que possam prejudicar o correto andamento da relação (ROSENVALD, 2005, p. 103).

A função social do contrato, aliada à boa-fé objetiva, desempenha um papel fundamental na proteção dos interesses das partes envolvidas nas relações contratuais. Ao estabelecer critérios claros e valores sociais como balizadores das relações privadas, busca-se promover a igualdade substancial, a justiça material e o equilíbrio nas negociações.

A evolução da teoria funcionalista e a adoção de cláusulas gerais permitem uma abordagem flexível e adequada aos casos concretos, superando a visão clássica do direito privado como antagônico ao Estado. Esses princípios negociais contemporâneos são importantes instrumentos para uma proteção jurídica efetiva e equitativa das relações contratuais na sociedade hodierna.

⁵ “Estas janelas [...] são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *No que lhe concerne, Judith*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes — e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas — o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 118).

3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: NOVOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Após esta análise sobre o desenvolvimento da boa-fé objetiva, sua conexão com a confiança e suas interfaces com o princípio da função social, que induz a releitura desses institutos jurídicos ao encontro da funcionalização dos direitos, se faz possível expandir o sistema de responsabilidade civil para incluir uma nova classificação de danos resultantes da violação de deveres acessórios de conduta, mesmo que a prestação principal já tenha sido cumprida.

Isso porque a boa-fé objetiva impõe deveres de conduta aos contratantes que vão além do que foi acordado, mas que ainda assim coagem os contraentes com o desígnio de proteger, não só o patrimônio, mas a pessoa humana e a própria relação negocial. Estes deveres de conduta, acessórios ou anexos, que orbitam à obrigação principal estipulada, podem ser definidos, de maneira aproximada, como todos os deveres decorrentes do fato jurídico obrigacional cujo objetivo “não seja diretamente a realização ou a substituição da prestação” (SILVA, 2002, p. 75).

Por outro lado, a responsabilidade civil pressupõe um dano, de modo que observa Maria Helena Diniz (2011, p. 77) que não pode haver ação de indenização “sem a existência de um prejuízo”. E o dano acarretado por violar o princípio da boa-fé objetiva, como descumprimento da imposição de seus deveres acessórios de conduta, fundamentados na confiança, afeta, sobremaneira, bens patrimoniais, e, sobretudo, interesses extrapatrimoniais do ofendido.

No que diz respeito ao dano material, é essencial ter um parecer pericial para comprovar, que pode resultar não apenas na perda sofrida pelo lesado, mas também na cessação do lucro – “o aumento que seu patrimônio teria tido, mas que deixou de ter, em razão do evento danoso” (DINIZ, 2011, p. 84-85).

A respeito do dano extrapatrimonial é necessária uma investigação mais minuciosa, especialmente para evitar confusão no uso comum e equivocado da terminologia “dano extrapatrimonial” como sinônimo de “dano moral”. Por isso, sugere-se a possibilidade de subdivisão do “dano extrapatrimonial” em ulteriores danos (ou novos danos), cujo exemplo mais manifesto é o acolhimento autônomo do “dano estético” pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 3876, o que possibilitou compensações separadas e acumuladas em relação ao “dano moral” e ao “dano estético”, mesmo que oriundas do mesmo evento.

Logo, hodiernamente⁷, o dano extrapatrimonial conforma-se com a própria ofensa a um interesse juridicamente tutelado referente à personalidade, independente das consequências negativas, de modo que “as mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano” desnecessários para a sua configuração (ANDRADE, 2004, p. 115).

É de se observar que essa mudança no conceito de dano extrapatrimonial serve mais ao propósito de proteger os interesses essenciais tutelados de novas violações, do que o fim tão somente compensatório a dor do ofendido. Para Paolo Gallo (1996, p. 13) “quì il problema non è tanto quello di risarcire, quanto quello di offrire un qualche strumento per la tutela di interessi di natura non strettamente patrimoniale”⁸.

Evidenciado que “dano extrapatrimonial” é gênero e que “dano moral” é uma espécie dessa categoria, embora no Brasil ambos sempre foram considerados sinônimos, é necessário assumir

6 “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (BRASIL, 2009).

7 Igualmente: Menezes Cordeiro (2010, p. 511), Judith Martins-Costa (2004, p. 22), Anderson Schreiber (2012, p. 119) e Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 79-80).

8 Tradução livre: “aqui o problema não é tanto o de compensar, mas o de oferecer algum instrumento de proteção de interesses de natureza não estritamente patrimonial” (GALLO, 1996, p. 13).

uma tipologia dos danos extrapatrimoniais e, nesse sentido, em face da complexidade humana, torna-se complexa a tarefa de conceituar a espécie “dano moral”.

Na obra “Ensaio Sobre a Cegueira”, José Saramago (1995, p. 262) disse que “dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos”. O escritor português se referiu a nossa estrutura existencial, as nossas vicissitudes. Ou seja, o ser humano tem inesgotáveis manifestações de sua subjetividade, razão pela qual existe tanta divergência para encontrar elementos comuns a um dano moral.

O princípio da reparação integral funda a cardeal diretriz ao julgador para orientar a quantificação da indenização, de modo que o juiz tem, de alguma maneira, ao final de um processo judicial, reposicionar o ofendido na situação mais próxima que ele se encontrava antes do dano. Portanto, deve existir uma congruência entre a causa de pedir e o pedido, exigindo-se que a vítima descreva precisamente os fatos e apresente as provas, pois, só assim, o magistrado conseguirá analisar o pedido mediato e descobrir qual o bem da vida que se quer proteger (CORRÊA, 2021, p. 25-28).

A consagração da existência do patrimônio imaterial e a conseqüente necessidade de a existência de um processo indenizatório com o propósito de satisfazer ao ofendido na sua pretensão de tutela dos seus bens de valor, na hipótese de ofensa, constitui marco importante no processo civilizatório. Isto porque representa a defesa dos direitos fundamentais da pessoa, bem como consagra a tutela dos bens e valores que compõem a personalidade do ser humano. Observa Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 140) que “é a medida adequada da proteção da pessoa humana [...] a consolidação do principal objetivo do Direito Civil atual: o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa”.

A apontada autora traz um enfoque a respeito do dano moral, considerando, não apenas o Direito Civil, mas também o Direito Constitucional, indicando que foi o artigo quinto da Constituição Federal que inaugurou a indenização do dano moral. Diante desse paradigma incipiente, o ordenamento jurídico pátrio colocou seus alicerces na dignidade humana, constituindo “dano moral” a ofensa a qualquer das questões e pormenores partes da dignidade humana: “dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, 2003, p. 327).

Portanto, em que pese as dificuldades, vislumbra-se a possibilidade da conceituação positiva do dano moral, fundando um conceito próprio, oriundo de seus próprios predicados. Embora que, ainda hoje, como já se viu exaustivamente, muitos usam seu significado como sinônimo de dano extrapatrimonial.

Por sua vez, Nelson Rosenvald (2017a) apresenta críticas na conceituação do dano moral como ofensa a dignidade da pessoa humano, em face da sua abstratividade e subjetivismo. Entende que o dano moral é uma lesão a um interesse essencial, concretamente merecedor de tutela, algo semelhante com o dano injusto do direito italiano, de modo que só se entende o dano moral se observar-se a relação de bilateralidade entre o ofensor e ofendido.

O magistrado não pode olhar apenas a posição da vítima, ou seja, a situação que ela se encontra após o dano. Segundo o autor, o juiz deve examinar também se existe uma justificativa para que o ofensor tenha cometido tal dano (ROSENVALD, 2017b, p. 88).

Realmente, existem diversas circunstâncias em que uma pessoa é profundamente ofendida em seu núcleo de dignidade, enquanto para outras o mesmo incidente não representa nenhum comprometimento. O autor menciona o famigerado caso de lançamentos dos “anões”. Enquanto a comunidade local se sentiu profundamente ultrajada pelo fato de o anão ser tratado como uma mercadoria para divertir outras pessoas, o próprio anão se sentia realizado em sua dignidade, considerada concretamente. “Qualquer sociedade civilizada, adverte Dworkin, tem os seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa indignidade” (ROSENVALD, 2017b, p. 88).

Afirmar a reparação por um dano injusto requer uma análise concreta e dinâmica dos interesses em conflito, ou seja, uma ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o bem jurídico supostamente prejudicado, sempre com base em parâmetros objetivos que garantam a decisão controlável. Legitimar o direito à reparação de danos caso a caso não é uma tarefa fácil, mas ainda não há nada melhor descoberto.

Em breve síntese, superado o reconhecimento do dano moral como dano autônomo ao patrimonial e não meramente consequencial, em um primeiro momento se tentou conceituá-lo em termos negativos. Depois, ele foi traduzido como dor, mágoa e sofrimento da vítima para, em seguida, ser tratado como um dano à dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, dano moral alcança o conceito de uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela e passa a funcionar como uma cláusula geral, que possibilita ao Judiciário caso a caso averiguar se o interesse violado consiste, em face do ordenamento posto, em um interesse digno de ser protegido, não só abstratamente, mas principalmente, em face do interesse que se lhe contrapõe (SCHREIBER, 2012, p. 140).

Logo, é necessário caracterizar o “dano moral” pelo objeto da lesão e não pelo efeito da lesão. E foi assim que foi conceituado o dano extrapatrimonial, o que não poderia diferir, até porque, para esta pesquisa, aquele é espécie deste. É de se observar Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 52) para que “o dano deve ser considerado como uma lesão ao direito ou a interesse que constitui pressuposto desse direito, produtor de imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda”.

Nesse contexto, surge a ideia de injustiça do dano, de modo pioneiro versada na jurisprudência italiana, sobretudo na sentença de numeral 500, proferida em 22 de julho de 1999, pela Corte de Cassação, onde se reconheceu a compensação por um prejuízo que não estava acobertado pelo direito subjetivo, mas por um interesse digno de proteção (ITÁLIA, 1999).

Saiu-se da limitação da antijuridicidade para um amplo horizonte de interesses, restritos apenas aos de relevância jurídica e alinhados à proteção da ordem jurídica, afastando-se os simples aborrecimentos do cotidiano e interesses relevantes não cobertos pelo direito. A compensação a esses interesses merecedores de proteção, como ocorreu na Itália, acendeu palco à consideração de “novos danos” no sistema de responsabilidade civil contemporâneo, abrindo espaço a outras espécies de danos extrapatrimoniais, além do “dano estético” ou “dano moral”.

Portanto, a partir da experiência italiana, o ressarcimento desses interesses dignos de proteção caminha ao reconhecimento e à consideração de “novos danos”. A sociedade brasileira também tem passado por mudanças significativas nos últimos anos, refletindo em novas demandas por indenizações e, conseqüentemente, novos tipos de danos extrapatrimoniais.

Diante desses novos desafios, é fundamental que a legislação e a jurisprudência brasileiras estejam atentas a esses novos tipos de danos extrapatrimoniais e estabeleçam critérios claros para sua avaliação, prevenção e indenização.

Ao fim e ao cabo, um dos possíveis novos danos extrapatrimoniais que tem sido debatido é a violação da boa-fé objetiva. Sendo a boa-fé objetiva um princípio geral do direito que impõe às partes de um contrato ou relação jurídica o dever de agir de forma honesta, leal e cooperativa, a violação desse princípio pode causar danos extrapatrimoniais às partes envolvidas.

Por exemplo, se uma empresa rescinde um contrato de prestação de serviços de forma arbitrária, sem cumprir com suas obrigações contratuais ou sem dar oportunidade para que a outra parte se defenda, pode ser caracterizada uma violação da boa-fé objetiva. Nesse caso, além dos danos materiais, a parte prejudicada pode sofrer danos extrapatrimoniais, como a perda de confiança.

Razão pela qual, tende-se que a conduta que viola a boa-fé objetiva tem espaço nessa ampliação conceitual, encontrando-se no ordenamento jurídico brasileiro uma nova subespécie de dano extrapatrimonial, que protege não só os interesses do ofendido, mas devido à sua natureza extracontratual, todos os interesses dignos de proteção na relação negocial (intrínseca e extrínseca), visando a sua compensação, e não mais ponderar somente as ações ou omissões do agressor buscando um parâmetro no direito subjetivo, numa designação superada e limitada à tipificação legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade negocial que emana das partes sofre restrições todas às vezes que extrapola as disposições estipuladas pelas normas de Direito. A autonomia da vontade, princípio com suas bases nas sociedades liberais e marcada pela liberdade de autodeterminação, busca enfoque na relação jurídica e no conteúdo contratual, sem se preocupar com seu impacto social.

Por outro lado, após uma posição mais intervencionista do Estado, essa autonomia passou a sofrer limitações, evoluindo para a autonomia privada (poder de autorregulamentação), onde o contrato deixa de ser um mero acordo livre de vontade entre as partes e passa a representar o valor de utilidade social, fenômeno da constitucionalização do Direito Civil (promoção das cláusulas gerais e dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equidade).

Além disso, a conexão entre violar o princípio da boa-fé objetiva e a responsabilidade civil contemporânea demanda a utilização de uma nova ideia para os danos extrapatrimoniais, com a finalidade de permitir a identificação de outros danos que ainda não são cobertos pelo direito subjetivo, mas que precisam de proteção jurídica. Caso contrário, haveria uma falta de amparo ao ofendido e uma impotência na realização da justiça.

Os novos danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contemporânea brasileira representam um grande desafio para a legislação e a jurisprudência. Esses danos, muitas vezes, não são contemplados pela legislação atual e requerem uma interpretação mais abrangente da responsabilidade civil. Por outro lado, estes novos danos são considerados legítimos no sistema jurídico quando causam lesões a um interesse que mereça proteção, seja afetando seus bens materiais ou imateriais, como a boa-fé objetiva.

A fim de sustentar essa afirmação, foi realizado um percurso a respeito do desenvolvimento da boa-fé objetiva, sua vinculação com o dever de confiança depositado nas relações negociais e suas interconexões com o princípio da função social, ao encontro da funcionalização dos direitos, o que torna possível a expansão do sistema¹⁰ de responsabilidade civil.

⁹ Para Norberto Bobbio (2011, p. 86) “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis. Nessa acepção, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”. O exame desse significado de sistema leva ao entendimento de que, na ocorrência de existir normas conflitantes em um mesmo ordenamento, uma ou ambas devem ser afastadas. No mesmo caminho, mas incluindo outros elementos, Miguel Reale (2003, p. 102) entende que o ordenamento jurídico se perfaz em um conjunto não só de normas, mas também de fatos e valores, todos no mesmo patamar de igualdade, portanto, devem ser absorvidos em conjunto. Logo, diante de um problema verificado em um subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderiam ser acionados em sua defesa. Em decorrência disso, o autor brasileiro entende que o Direito não pode ser compreendido, tão somente, como particular manifestação da norma, dos fatos ou de axiomas, mas sim da apreensão conjugada e interligada desses elementos.

¹⁰ Em que pese a terminologia “sistema” seja muito difundida no âmbito jurídico e as abordagens adotadas sejam distintas, da pesquisa proposta, se faz necessário delimitar o termo e padronizar seu uso. Assim é que, inspirado por Hans Kelsen (1983, p. 17), Norberto Bobbio (2011, p. 87) sugere a investigação dos atributos de unidade e coerência para que se conheça, no ordenamento jurídico, o sistema. No sistema jurídico do autor italiano, “a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, no caso de incompatibilidade de duas normas, a queda não de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas”. Essa observação permite que o sistema seja mantido, uma vez que, embora exista a obrigação de exclusão das duas normas examinadas, essa decisão não fará com que o sistema se desfça. O princípio da incompatibilidade de normas não implica que elas

A boa-fé objetiva se torna um princípio legal que gera deveres de conduta secundários à obrigação principal, com base na confiança universal depositada nessas relações, tem sua natureza fora do contrato, e se não for considerada por qualquer pessoa, pode causar um dano que merece proteção, sendo classificado como um “novo dano”, no qual o interesse danificado merece proteção pelo nosso sistema jurídico.

Reconhecer a quebra da boa-fé objetiva como um novo dano extrapatrimonial tende a ser uma medida importante para garantir a proteção dos direitos dos cidadãos e incentivar uma cultura mais ética e responsável nas relações jurídicas.

Os novos danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contemporânea brasileira representam uma realidade cada vez mais presente na sociedade brasileira e requerem uma interpretação mais ampla do direito. A possibilidade de reconhecer a violação da boa-fé objetiva como um novo dano é um exemplo dessa evolução e pode contribuir para aprimorar a proteção dos direitos dos cidadãos no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**. Curitiba: Juruá, 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. In: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (org.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no CDC: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.18, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Baccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 387. Responsabilidade civil. Dano estético. Perda de um dos membros inferiores. Acumulação com o dano moral. Relator: Ministro Barros Monteiro. **Diário da Justiça Eletrônico**: 2 Seção, Brasília, DF, 26 de agosto de 2009, ed. 430. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-summulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 7 mar. 2023.

necessitem se acomodar perfeitamente, mas demanda que, para assegurarem sua subsistência no ordenamento, sejam compatíveis. No que lhe concerne, na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale (2003, p. 101) ao lado do sistema normativa, são incluídos os sistemas dos fatos e dos valores. Nesse sistema aberto, composto, dinâmico e prospectivo, não existe hierarquia entre os seus elementos, sendo observados em igualdade estrutural. Infere-se que ambas compreensões teóricas levam ao entendimento de que, para o ordenamento ser em essência uma unidade sistemática, deve oferecer harmonia, coerência e unidade. Logo, um sistema jurídico deve estar conectado aos valores e ter por fundamento a Constituição, funcionando como uma rede harmônica de cumprimento aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, solucionando as ocasionais antinomias por meio de sua estrutura de organização hierarquizada.

CORRÊA, Daniel Marinho. **Danos extrapatrimoniais**: interfaces entre prevenção e quantificação. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CORRÊA, Daniel Marinho; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. Diálogo das Fontes: Análise acerca da (in)aplicabilidade das normas relativas ao plano da validade dos negócios jurídicos aos contratos eletrônicos. **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto alegre, v. 17, n. 1, p. 151–174, 2022.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. **Sentenza n. 500/1999. 26 marzo-22 luglio 1999**. Presidente Zucconi Galli Fonseca; Relatore Preden; Pm Dettori – ricorrente Comune di Fiesole – controricorrente Vitali. Disponível em: <http://www.avvocaturastato.it/files//file/rassegna-stampa/1999/luglio-dicembre1999.txt> Acesso em: 7 mar. 2023.

KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Notas sobre o princípio da função social do contrato. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, n.37, p.17-21, ago./set. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

NONET, Philippe; SELZNICK Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. E-book.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017b.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPADAFORA, Antonio. **La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

Como citar: CORRÊA, Daniel Marinho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. Violação da boa-fé objetiva e sua implicação na responsabilidade civil: um novo dano extrapatrimonial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 11-22, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p11-22. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/04/2023.

Aprovado em: 03/05/2023.

**PROJETO BEPS, BEPS 2.0 E O COMBATE
AO PROFIT SHIFTING E AO BASE
EROCTION À NÍVEL INTERNACIONAL**

**BEPS PROJECT, BEPS 2.0 AND THE FIGHT
AGAINST PROFIT SHIFTING AND BASE
EROCTION AT AN INTERNATIONAL LEVEL**

Carlos Renato Cunha*

Antonio Carlos Freitas de Medeiros Junior**

*Doutorando em Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/PR).

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR).

Procurador do Município de Londrina. Advogado. Professor da Graduação e Pós-Graduação lato sensu em Direito.

E-mail: carlosrenato80@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5587-2004>

**Mestre em Direito, Sociedade e Tecnologia pela Escola de Direito das Faculdades Londrina. Especialista em Direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

E-mail: antotendo@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-0713-0286>

Como citar: CUNHA, Carlos Renato; MEDEIROS JUNIOR, Antonio Carlos Freitas de. Projeto BEPS, BEPS 2.0 e o combate ao Profit Shifting e ao Base Erection à nível internacional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 23-40, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p23-40. ISSN: 2178-8189.

Resumo: As controvérsias envolvendo os planejamentos tributários agressivos atingiram consequências de escopo internacional, pois, as Administrações tributárias têm grandes dificuldades na tributação das atividades econômicas das *Big techs*. Nesse contexto, a OECD propôs o Projeto BEPS, buscando trazer propostas para a resolução da erosão das bases tributárias (*Base Erection*) e a transferência de receitas de locais com maior tributação para locais com menor tributação (*Profit Shifting*) e o BEPS 2.0, que propõem as chamadas Regras GLoBE, buscando justamente a criação de um regime tributário global. O objetivo geral do artigo é explicar o funcionamento do Projeto BEPS e o BEPS 2.0 e focar nos impactos dessas propostas para os países em desenvolvimento. O método utilizado é o dedutivo, com o estudo dos princípios gerais da tributação na economia digitalizada e a explicação prática do impacto do BEPS para os países em desenvolvimento. A relevância social desse tema é entender os elementos envolvidos no Projeto BEPS e os impactos sobre toda a tributação global. A conclusão é que o Projeto BEPS acaba por dar vantagem, em termos de tributação, para os países de residência, ou seja, os países-sede das grandes empresas digitais, o que acaba por prejudicar e colocar os países do Sul Global em situação de desvantagem tributária.

Palavras-chave: *base erection*; direito; profit shifting; tecnologia; tributação.

Abstract: The controversies involving aggressive tax planning have reached consequences of international scope as tax administrations have great difficulties in taxing the economic activities of Big Techs. In this context, the OECD proposed the Project BEPS, seeking bring proposals to resolve the erosion of tax bases (*Base Erection*) and the transfer of revenue from places with higher taxation to places with lower taxation (*Profit Shifting*) and BEPS 2.0, which propose the so-called GLoBE Rules, seeking precisely to create a global tax regime. The general objective of the article is to explain how the Project BEPS and BEPS 2.0 work and focus on the impacts of these proposals for developing countries. The method used is deductive, with the study of the general principles of taxation in the digitalized economy and the practical explanation of the impact of BEPS for developing countries. The social relevance of this topic

is to understand the elements involved in the Project BEPS and the impacts on global taxation. The conclusion is that the Project BEPS ends up giving an advantage, in terms of taxation, to the residence's countries, in other words, the headquarters countries of large digital companies, which ends up harming and putting countries in the Global South at a disadvantage taxation.

Keywords: base erosion; law; profit shifting; taxation; technology.

INTRODUÇÃO

Os governos e as autoridades internacionais observaram a necessidade de soluções para o combate aos planejamentos tributários agressivos. O Projeto BEPS é referência de conteúdo acerca do planejamento tributário das multinacionais que atuam no setor digital, que geram prejuízos anuais nas arrecadações fiscais de até 240 bilhões de dólares (Sindifisco Nacional, 2020, p. 3).

No presente artigo, pretende-se dissertar acerca dos princípios que regulam o processo e a organização da digitalização econômica e as características da tributação no contexto da economia digitalizada, com destaque para o relatório do Plano de Ação n. 1, que aponta soluções para a tributação dos ativos digitais. Também será realizada uma análise do Projeto BEPS sob a perspectiva extrafiscal.

Logo após, será abordado o BEPS 2.0, que propõem uma série de tributos para combater o *base erosion* e o *profit shifting*. Para auxiliar na organização de seu conteúdo sob ponto de vista do direito tributário, será utilizado o método da regra-matriz de incidência tributária.

Serão analisados os pontos críticos do Projeto BEPS e o BEPS 2.0 na tributação internacional, como os impactos desses projetos para a tributação dos países do chamado Sul Global, ou seja, os países em desenvolvimento.

Para a realização do artigo será utilizado o método dedutivo e terá como referencial teórico os relatórios e estudos oficiais da OECD acerca do Projeto BEPS e, para uma visão crítica acerca das referidas iniciativas, será feita uma abordagem baseada no ponto de vista do Sul Global.

1 CONFERÊNCIA DE OTTAWA E OS PRINCÍPIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITALIZADA

O Projeto BEPS não representa a primeira intervenção da OECD na digitalização econômica. Em 1998, na conferência de Ottawa, conhecida como *A Borderless World. Realising the Potencial of Eletronic Commerce*, a organização apresentou os princípios fundamentais de tributação na economia digitalizada.

A referência utilizada é o comércio eletrônico, pois foi o tema discutido na conferência, demonstrando que já existia preocupação acerca do desenvolvimento dos meios digitais. O primeiro princípio é o da Neutralidade tributária, que pode ser definido como o direito a não discriminação entre as operações realizadas pela via digital e a via física (OECD, 1998, p. 4).

O contexto desse debate foi a discussão acerca da incidência do VAT (*Value Added Tax*), imposto de valor agregado sobre as operações de comércio eletrônico. A época, ficou determinado que a incidência do tributo se daria no local de destinação do serviço, mesmo com as dificuldades de determinar o país de destinação, por se tratar de transações envolvendo intangíveis (Van Zyl, 2013, p. 201). A OECD garante a Neutralidade, permitindo à jurisdição onde se encontra consumidor do produto o direito de tributar a operação realizada por *e-commerce*.

A Neutralidade também pode ser garantida ao não discriminar operações realizadas por companhias estrangeiras daquelas realizadas pelas companhias nacionais, justamente para garantir que os custos administrativos com a tributação não sejam influências primárias para as decisões econômicas das empresas. As regras de Neutralidade são instrumentos das jurisdições para a proteção das suas bases de tributação (Van Zyl, 2013).

Outro princípio citado pela OECD é o da Eficiência, ou seja, garantir a redução dos custos de pagamento do tributo pelo contribuinte e também a redução dos custos para a Administração tributária receber o pagamento do tributo (OECD, 1998, p. 4), serve para garantir que a tributação

abranja somente os recursos necessários para quitar o crédito, sem mais valores adicionais, ajudando a prevenir a evasão fiscal (Fossati; Paula, 2022, p. 14).

Há o princípio da Certeza e Simplicidade, que prega facilitar os procedimentos existentes para a cobrança de tributos, a fim de dar a possibilidade de o contribuinte entender o sistema tributário e antever seu funcionamento (OECD, 1998, p. 4). A OECD destaca o princípio da Efetividade, ou seja, o pagamento da quantia correta de tributo pelo contribuinte, evitando a evasão fiscal ou planejamento tributário agressivo e o princípio da Flexibilidade, que prega a capacidade dos sistemas tributários em se adaptar ao desenvolvimento digital (OECD, 1998, p. 4).

Gustavo Fossati e Daniel Giotti de Paula (2022, p. 15) destacam que OECD coloca a Prevalência da Substância sob a Forma como princípio regulador do comércio eletrônico, em que o requisito material tem maior validade do que a forma. Os princípios são muito importantes para o funcionamento do comércio eletrônico, inclusive, servem como base para as regulações realizadas pela União Europeia e devem ser base para a regulação internacional do *e-commerce* (Siliafis, 2007, p. 150).

2 PROJETO BEPS: PLANO DE AÇÃO 1 E A DESCRIÇÃO DO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO ECONÔMICA

O primeiro plano de ação do Projeto BEPS aborda o processo de digitalização econômica e a sua influência sobre aspectos importantes da tributação internacional como os acordos de não-bitributação e imputação tributária. O processo de digitalização cria uma imprecisão na definição de institutos estabelecidos no direito tributário internacional, como os conceitos de Residência e Fonte (Furtado, 2019, p. 42).

Portanto, o presente Plano de Ação tem o objetivo de evitar a tributação em locais com menor tributação, mesmo que suas atividades econômicas sejam realizadas em países com cargas tributárias maiores (Sindifisco Nacional, 2020, p. 9).

O Plano de Ação no 1 apresentou o *modus operandi* das empresas que atuam na digitalização econômica. Além de ser importante para o Projeto BEPS, pois é a base que sustenta os outros planos de ação e seus respectivos relatórios (Fossati; Paula, 2022, p. 28), destaca-se a tentativa da OECD de explicar o processo de criação de valor nos meios digitais e fazer uma separação entre os diferentes modelos digitais de criação de valor (Olbert; Spengel, 2019, p. 7).

O Plano de Ação no 1 apresentou as principais características acerca da digitalização econômica no que tange o baixo custo para abranger extensa quantidade de consumidores, as atividades com ativos intangíveis, o uso de dados extraídos dos usuários e a necessidade de consenso internacional para a resolução dos problemas de tributação das atividades da economia digitalizada (Olbert; Spengel, 2019, p. 8).

Além de apontar as características e os requisitos que prejudicam a capacidade das jurisdições em tributar as operações econômicas realizadas pela via digital, o Plano de Ação no 1 sugeriu 3 (três) propostas de soluções a serem utilizadas pelos Estados para a tributação das atividades econômicas digitais, principalmente quando há a ausência da presença territorial da companhia.

A primeira proposta da OECD diz respeito aos países estabelecerem o chamado *Corporate income tax*, que seria equivalente a tributo sobre a renda gerada na comercialização de intangíveis para os consumidores de seus territórios (OECD, 2015, p. 276). Esse tributo é direcionado para as empresas que atuam economicamente em determinado país sem ter estabelecimento permanente neste. Poderia considerar esse tributo parecido com o IRPJ (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica) existente na legislação brasileira. Para melhor entendimento sobre o seu funcionamento, o ideal é pegar a proposta e organizá-la sob o modelo da regra-matriz de incidência tributária.

O critério material, fato gerador do tributo, envolve as operações com os ativos intangíveis, bens ou serviços digitais realizados pela via digital, o critério espacial é o país onde está localizado o consumidor do intangível, o critério temporal não é especificado, podendo ser o momento da confirmação da compra ou da confirmação do pagamento. Estes critérios são parte do antecedente da norma jurídica.

Já o conseqüente abrangeria o critério pessoal, cujo sujeito ativo, quem recebe o tributo, seria a jurisdição na qual se localiza os consumidores dos ativos e o sujeito passivo, quem paga o tributo, seria a empresa que comercializa os bens ou serviços digitais. No critério quantitativo, a alíquota não é especificada pela OECD, mas a base de cálculo é colocada como a subtração da receita bruta com os custos de aquisição da renda (OECD, 2015, p. 276).

A outra proposta realizada pela OECD é a chamada *Excise tax* para as operações de bens ou serviços digitais realizados por empresas sem presença física na jurisdição dos consumidores (OECD, 2015, p. 276). O *Excise tax* é utilizado na Europa e nos Estados Unidos e segue um modelo de tributação semelhante à tributação sobre o consumo, com a diferença que a base de cálculo não se resume ao preço do produto, mas são utilizados parâmetros de peso ou volume, podendo ser recolhidos em determinado estágio do processo de produção ou da operação da venda de bens e serviços (OECD, 2015, p. 276).

A outra proposta é a tributação na fonte das operações de vendas dos ativos intangíveis, ou seja, realizar a retenção do valor do crédito tributário no momento da confirmação do pagamento pelo bem ou serviço digital. Seria necessária legislação permitindo que as operadoras de cartão de crédito se tornassem as responsáveis tributárias pela retenção dos valores considerados como tributos (OECD, 2015, p. 276).

Como já tratado anteriormente, essas soluções teriam que ser colocadas em prática a partir de uma articulação internacional, visto que um dos objetivos existentes nas atividades internacionais da OECD é a redução da bitributação internacional, mas ao mesmo tempo, o Projeto BEPS investiga como os acordos de prevenção à bitributação contribuem para a realização dos planejamentos tributários agressivos (Correia Neto; Afonso; Fuck, 2019, p. 151).

2.1 A EXTRAFISCALIDADE DO PROJETO BEPS NA PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E NA GARANTIA DA NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

No contexto da Conferência de Ottawa em 1998, o princípio da Neutralidade foi destinado para o comércio eletrônico, mas é considerado como princípio norteador da tributação na economia digitalizada. Esse argumento passa a ser importante a partir da visão da Neutralidade na tributação e sua relação com a Livre Concorrência.

No geral, a Livre Concorrência é considerada como norma princípio que atua a partir da ação afirmativa do Estado, ou seja, cabe aos governos garantirem a sua existência (Schoueri, 2018, p. 372).

Com a tributação não é diferente, as políticas governamentais para o setor precisam levar em conta a manutenção da concorrência igualitária e preservar a capacidade econômica das empresas privadas, sendo a Neutralidade importante instrumento limitador da intervenção das Administrações na Livre Concorrência (Schoueri, 2018, p. 373), pois cabe ao Estado garantir tratamento tributário que permite condições equivalentes de competição entre empresas na atividade econômica.

A preocupação demonstra-se evidente, ainda mais no contexto em que as grandes empresas digitais, mais precisamente as *Big techs*, estão cada vez mais monopolizando a economia digitalizada, representando enorme risco para a concorrência dos mercados (Avi-Yonah, 2022, p. 6).

Segundo relatório realizado por *George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State* da Universidade de Chicago (Morton *et al.*, 2019) acerca do mercado digital, existe determinadas peculiaridades no cenário da economia digitalizada que permitem a monopolização do mercado.

Uma delas envolve a questão dos custos, pois, as empresas digitais realizam seus ativos intangíveis a um custo fixo ou pouco variável e somado ao custo baixo de distribuição digital desses ativos à nível global, possibilita o acúmulo de receitas extremamente elevadas, gerando rápida expansão comercial a um custo mínimo, bem diferente das empresas atuantes no ramo físico (Morton *et al.*, 2019, p. 13).

Outro aspecto vem da capacidade em criar o chamado efeito *network*, ou seja, quando os usuários têm a capacidade de chamar outros usuários para explorar os serviços e os ativos daquela empresa. Muito da capacidade de atração vem das variedades de atividades que essas empresas colocam a disposição, como *app stores* e os aplicativos de transmissão de mensagens (Morton *et al.*, 2019, p. 15). A facilidade das *Big techs* em angariar dados dos usuários permite maior investimento em publicidade e na expansão da gama de usuários para as suas empresas, inclusive, levando-as a desobedecerem legislações nacionais antitruste, pois, os resultados das receitas compensam tais procedimentos (Morton *et al.*, 2019, p. 19).

As estratégias empresariais de utilização dos dados dos usuários são estruturadas para entender o comportamento destes com a finalidade de ajustar o conteúdo de seus serviços para o perfil de cada usuário, o que pode acabar influenciado as decisões e impedindo de migrar para serviços concorrentes (Morton *et al.*, 2019, p. 20).

Isso posto, ao interpretar as propostas do Plano de Ação no 1 do BEPS, o que se recomenda é justamente a intervenção das Administrações fiscais para evitar desigualdades de tratamento tributário por conta da diferença de lucratividade entre as grandes empresas do ramo digital e as empresas de menor poder aquisitivo. A tributação proposta não tem somente intenção fiscal de aumento da arrecadação, mas sim uma finalidade extrafiscal significativa.

Em geral, as acepções de extrafiscalidade passam por representar função pertencente ao tributo, é opção do legislador e também representa uma intervenção dos governos na atividade econômica (Bicalho, 2014, p. 165). Dessa forma, a busca da OECD está na utilização da tributação como instrumento de controle da expansão econômica das *Big techs*, não somente no sentido de buscar a tributação coordenada de suas receitas, mas também buscar garantir que a arrecadação recaia sobre as atividades econômicas realizadas em seu território.

Cabe ressaltar que a tributação também é forma de garantir a legitimidade dos governos e de seus projetos de Estado Social (Bicalho, 2014, p. 166). Isso aparece com maior frequência a partir de 2020, com a pandemia de COVID-19, em que houve a necessidade do aparelhamento dos serviços públicos de saúde, exigindo investimento público significativo e, ao mesmo tempo, houve enorme expansão das atividades econômicas digitais, nas quais as empresas tiveram aumento significativo de receita.

Foi durante o período da pandemia que houve uma ascensão de lucros das grandes empresas digitais, segundo dados do site *Visual Capitalist* (Ang, 2022), no ano fiscal de 2021, a soma de receitas das cinco maiores *Big techs* (*Apple, Alphabet, Microsoft, Meta e Amazon*) somaram cerca de 1.4 trilhões de dólares, o correspondente ao produto interno bruto do Brasil no mesmo ano e sendo uma expansão de 27% (vinte e sete por cento) em relação à soma do ano fiscal anterior de 2020, cujo resultado tinha 1.1 trilhões de dólares, que também representou um aumento de 19% (dezenove por cento) em relação ao anterior.

Dessa forma, o Projeto BEPS, apesar de ter sido fonte de propostas importantes para o debate da tributação da digitalização econômica, ainda não foi o suficiente para conferir a solução global para

a tributação e para combater os aumentos exponenciais das receitas das *Big techs*. Dessa forma, a OECD percebeu a necessidade de estabelecer uma reforma tributária global, o que resultou na idealização do BEPS 2.0.

3 BEPS 2.0: UMA SOLUÇÃO DE DOIS PILARES PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS FISCAIS DECORRENTES DA DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA

O acordo para a implementação do BEPS 2.0 foi realizado pela OECD em conjunto com 137 países membros da organização no dia 08 de outubro de 2021 (OECD, 2021, p. 1), até o momento, existem 143 países signatários, ainda existe a perspectiva que mais países irão aplicar de forma definitiva a proposta dos dois pilares. (OECD, 2023a, p. 1).

O Pilar 1 visa entender acerca da alocação dos lucros e das regras denexo como critério para a identificação do local de incidência tributária (Avendano; Rosenkranz, 2021, p. 280). Isso acontece porque a OECD busca uma categorização dos lucros a fim de localizar quais companhias realizam lucros em excesso (Magalhães; Christians, 2021, p. 8).

Uma das primeiras orientações diz respeito ao escopo, ou seja, estabelecimento do critério para selecionar quais empresas, no âmbito internacional, poderão ser alvo das novas regras da tributação internacional. No documento de 2021, o escopo seria estabelecido para empresas com receita à nível global acima de 20 bilhões de euros, que pode ser reduzida para 10 bilhões em um prazo de 7 anos, com nível de lucratividade acima dos 10% (dez por cento), porcentagem calculada pela divisão entre lucro antes do tributo com a receita da companhia (OECD, 2021, p. 1).

Para haver a tributação, a multinacional teria que arrecadar a receita mínima de 1 milhão de euros no país em que exerce atividade econômica, sendo que é 250 mil euros para países com produto interno bruto menor que 40 bilhões de euros (OECD, 2021, p.1). Nota-se que esse direito de tributação estabelecido é inteiramente baseado na presença digital significativa, que busca substituir, pelo menos para atividades econômicas no meio digital, o critério do estabelecimento físico (Magalhães; Christians, 2021, p. 18).

Existem outras orientações importantes no primeiro pilar, uma delas é acerca da alocação de 25% (vinte e cinco por cento) do lucro residual da lucratividade acima dos 10% (dez por cento), que é utilizada para critério do escopo para os países em que está constada a presença digital (OECD, 2021, p. 2). O nome técnico que a OECD concede para esta orientação é chamada de montante A. O objetivo é justamente tratar o lucro residual como uma receita qualquer adquirida no país onde a empresa exerceu sua atividade econômica (OECD, 2019a, p. 7).

O lucro residual seria aquele não usual por parte das empresas, geralmente decorrente de períodos de exceção como guerras e pandemias, em que as atividades econômicas de determinadas companhias acabam obtendo uma demanda bem acima da média. Ocorre que, na situação das *Big techs*, os lucros residuais são normalizados, principalmente por serem companhias com inúmeras vantagens econômicas em relação à economia tradicional (Magalhães; Christians, 2021).

Ou seja, ao pensar na economia global, a abordagem da OECD sobre as atividades econômicas das *Big techs* indica que elas estão adquirindo receitas em excesso e não estão sendo tributadas de forma devida. O montante A seria introduzido por intermédio de convenção multilateral, que acabou por ser assinada em julho de 2023. Junto a isso, a OECD exigiu a suspensão de todos os impostos para serviços digitais e mudanças nas legislações nacionais para adaptação às orientações do Pilar 1 (OECD, 2021, 7).

O texto da convenção multilateral foi publicado pela OECD no dia 11 de outubro de 2023 em conjunto com o relatório para explicação da referente convenção, que estabelece as regras necessárias

para aplicação do montante A. Foi colocado um destaque na tributação na fonte, justamente para buscar a tributação das receitas nos locais em que as atividades econômicas foram efetivamente usufruídas, foram determinados mecanismos de combate a dupla tributação como isenções e créditos tributários para evitar a tributação da mesma receita nas jurisdições da fonte e da residência (OECD, 2021, p. 2).

Também há a determinação do montante B, que significa a aplicação do princípio *Arm's Length* na distribuição de receitas referentes à marketing e distribuição (OECD, 2021, p. 3). *Arm's Length* significa utilizar o preço realizado em transações entre terceiros como padrão para as transações realizadas entre empresas de mesmo grupo econômico.

A OECD, em de julho de 2023, publicou relatório com atualizações acerca do montante B, estabelecendo uma explicação para a importância dessa regra para a tributação da economia digitalizada. Em suma, o Montante B surgiu por conta da falta de padrão para o cálculo dos valores dos preços de transferência, que são as transações de receitas envolvendo empresas de mesmo grupo situadas em diferentes países. A questão é que a ausência de padrão de fixação de preço prejudica a capacidade das jurisdições em tributar e facilita a capacidade dos contribuintes em realizar planejamento tributário agressivo para conseguir vantagens tributárias (OECD, 2023b, p.7).

Dessa forma, o objetivo do Montante B é justamente estabelecer, de forma simplificada e direta, critérios de aplicação do princípio *arm's length* para os preços de transferência decorrentes das atividades de *marketing* e de distribuição, com o objetivo de diminuir a não tributação, resolver disputas envolvendo a validade ou não dos preços de transferências com mais eficiência e prevenir questionamentos desnecessários (OECD, 2023b, p. 7).

Entre outras orientações existentes, estão a criação de mecanismos de discussão de controvérsias fiscais entre os governos e em relação ao contribuinte, o que é chamado de montante C (Sábo, 2020, p. 68). Portanto, os questionamentos, do estabelecimento do nexos até a discussão acerca da tributação acerca da fixação dos preços de transferência, deverão ser discutidos a partir de um aparato legal e a par de todo um mecanismo de resoluções (OECD, 2019a, p. 9).

Essas propostas referentes ao Pilar 1 trouxeram reações significativas de vários governos, simbolizadas por um comunicado, no dia 21 de outubro, em comum dos governos dos Estados Unidos, Espanha, França, Áustria, Itália e Grã-Bretanha se comprometeram a participar da transição até a execução total do Pilar um do BEPS 2.0, sendo que a Turquia entrou no acordo posteriormente (Bunn: Asen, 2022).

Essas modificações no direito de tributação fazem parte da estratégia assumida pela comunidade internacional, sob a coordenação da OECD, para aumentar a tributação sobre as grandes empresas que atuam no ramo digital (Bunn: Asen, 2022).

O Pilar 1 ainda gera certas discordâncias de alguns governos, motivo pelo qual a OECD estipula a aplicação total da convenção e de suas regras para 2025, durante esse período, os governos poderão debater internamente os conteúdos (OECD, 2023a, p. 2).

3.1 PILAR 2 (DOIS): AS REGRAS GLOBE E A PROPOSIÇÃO DE UMA TRIBUTAÇÃO MÍNIMA GLOBAL

A OECD propôs as chamadas regras *GLOBE*, sigla para Regras-modelo Mundiais Contra a Erosão Tributária, cuja essência está no estabelecimento de uma tributação mínima global (União Europeia, 2023). Estas são consideradas como questões residuais da erosão tributária (Sindicato Nacional, 2020, p. 8), ou seja, que visa abranger as peculiaridades que o Pilar 1 não consegue atingir, principalmente a baixa tributação para determinados serviços digitais (Sábo, 2020, p. 67).

Seria uma série de regras coordenadas para combater os fatores que permitem as grandes empresas realizarem o *Profit Shifting*. (OECD, 2019b, p. 5)

Entre as regras GLoBE, uma delas é o imposto complementar de inclusão de renda (IIR), que seria um tributo de complemento cobrado da empresa controladora em relação a renda de sua empresa controlada que foi tributada de forma reduzida (OECD, 2021, p. 3), ou seja, caso a autoridade tributária perceba a empresa estrangeira está sendo tributada abaixo da alíquota mínima no país da fonte, este tributo será utilizado (OECD, 2019b, p. 6), devendo ser implementado pelo país da residência (Magalhães; Christians, 2021, p. 20).

Também estabelece o tributo sobre o pagamento reduzido (UTPR), que serve para as entidades que não conseguem se encaixar nos parâmetros do IIR (OECD, 2021, p. 3), ou seja, um tributo que resulta da negação de dedução ou a imposição de uma tributação na fonte nos casos em que a alíquota do país da residência seja abaixo da alíquota mínima, (OECD, 2019b, p. 6). Tanto o IIR como o UTPR utilizadas para fins da tributação doméstica, no entanto o UTPR é o um tributo a ser introduzido pelo país da fonte (Magalhães; Christians, 2021, p. 20).

Outra regra existente na proposta inicial do *GLoBE*, mas retirada do relatório aprovado em 2021 foi a chamada *switch-over rule*, que estabelecia que as jurisdições de residência poderiam modificar a regra de tributação entre isenção ou creditamento tributário caso a tributação dos estabelecimentos permanentes ou das propriedades imóveis que não fazem parte do estabelecimento no país da fonte seja abaixo da alíquota mínima (OECD, 2019b, p.6). No entanto, essa regra não se manteve no relatório aprovado em 2021.

Outra regra importante coloca no Pilar dois é a Sujeição à Tributação (STTR), ou seja, a permissão para a jurisdição da fonte tributar determinadas receitas de partes relacionadas que possam ser tributadas abaixo da alíquota mínima (OECD, 2021, p. 3), portanto, caso o país da residência realize baixa tributação, o país da tributação poderá compensá-la de forma limitada. Esta regra também só pode ser estabelecida por meio de tratado internacional (Magalhães; Christians, 2021, p. 20).

Na declaração da OECD de junho de 2023, foi tratado acerca do anúncio do instrumento multilateral para a introdução da regra de sujeição à tributação (STTR) que é o tributo, componente das regras GLoBE, cuja implementação busca permitir a tributação, na jurisdição da fonte, das transações de *royalties* e outras receitas envolvendo partes relacionadas, como empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico (OECD, 2023b, p. 3).

A publicação do instrumento multilateral para a implementação do STTR ocorreu no dia 2 de outubro de 2023. Destaca-se que as regras *GLoBE* não são de assimilação obrigatória dos países que assinaram o acordo, porém, esse pilar conta com o apoio dos países desenvolvidos, pois, acredita-se que a tributação mínima será extremamente importante para evitar a possibilidade de erosão das bases tributárias e a realização do *Profit Shifting* (Harpaz, 2021, p. 76).

Empresas que arrecadarem no mínimo de 750 milhões de euros terão que pagar o IIR conforme as regras. Este mínimo não se aplica as multinacionais sediadas no país que fará a cobrança do IIR. Existem exceções de organizações que não serão abrangidas pelas regras *GLoBE*, como organizações estatais e organizações sem fins lucrativos (OECD, 2021, p. 4).

Nota-se a preocupação da OECD na estipulação de um método para ser utilizado pelos fiscos que aceitaram a utilização das regras *GLoBE*, que é o método *country-by-country* (*CbC*), conforme já pregado pela OECD no Plano de Ação n. 13 (OECD, 2021, p. 4). O *CbC* basicamente tem a função de demonstrar as informações acerca dos balanços financeiros e as atividades econômicas das multinacionais para o fisco da jurisdição em que a empresa atua, ou seja, diz respeito ao volume econômico individual da companhia em determinado território (Fuest; Hugger; Neumeier, 2021, p. 5).

A sugestão do uso do *CbC* surge no Plano de Ação n. 13 do Projeto BEPS como forma de resolver as incongruências de informações entre os fiscos e os contribuintes, exigindo que as multinacionais pudessem apresentar determinada gama de informações acerca das suas atividades econômicas para as autoridades tributárias (Schoueri, 2019, p. 50).

Nesse Plano de Ação, a OECD estabeleceu três formas de armazenamento de informações; o chamado *Master File*, que é o documento realizado na sede da multinacional e contém toda a movimentação de receitas e práticas globais de planejamento tributário e preços de transferência. O *local file*, um relatório mais detalhado acerca das atividades da empresa em determinado país e o *Country-by-Country Report*, que estará disponível no estado de residência matriz da empresa para as consultas das Administrações tributárias (Bentolila; Moreira, 2019, p. 440-441).

Foi justamente nesse sentido que a OECD estabeleceu o recolhimento de dados *country-by-country*, para conceber as Administrações tributárias a maior gama de informações para aferir a viabilidade fiscal das grandes multinacionais (OECD, 2017, p. 11).

O *CbC* exige a utilização de elevada carga de dados, o lucro ou prejuízo antes do tributo, tributos pagos, tributos acumulados, capital declarado, ganhos acumulados, número de empregados, valor dos ativos, receita decorrente de transações com partes independentes, receita decorrentes de transações com partes relacionadas e a receita total (Fuest; Hugger; Neumeier, 2021, p. 5-6).

Consta que a OECD já queria estabelecer, na apresentação do Projeto BEPS, a obrigatoriedade das multinacionais que tivessem faturamento acima de 750 milhões de euros em determinada jurisdição de apresentar seu balanço financeiro sob o formato de *CbC*, a Alemanha estabeleceu essa obrigatoriedade em 2016 (Fuest; Hugger; Neumeier, 2021, p. 2).

Foi mantida essa orientação para a formação da base de cálculo do IIR, pois a utilização dos relatórios *CbC* em conjunto com as regras estabelecidas pelo Pilar 2, fornecem uma base tributária para mirar justamente na tributação das grandes empresas digitais (Magalhães; Christians, 2021, p. 18).

As regras *GLoBE* estabeleceram a alíquota mínima de 15% (quinze por cento) para ser utilizada no cálculo tanto do IIR quanto para o UTPR, cabendo a cada governo estabelecer a alíquota doméstica ou uma alíquota maior do que a mínima caso envolva regimes fiscais preferenciais (Magalhães; Christians, 2021, p. 21). Para o tributo STTR, haverá a alíquota mínima própria de 9% (nove por cento) (OECD, 2021, p. 4).

A OECD acordou acerca da coexistência entre as propostas do Pilar 2 e o GILTI, que é o regime tributário proposto pelos Estados Unidos para combater a tributação realizadas sobre as *Big techs* sediadas no país (OECD, 2021, p. 4). Esta seria a forma do governo estadunidense não retalhar os países signatários do acordo no momento da tributação das receitas das empresas sediadas no país.

Segundo a OECD, mais de 50 (cinquenta) países já estão modificando as suas legislações para se adaptarem as regras *GLoBE* (OECD, 2023b, p. 1). Um dos exemplos é a Irlanda, que já anunciou que vai ajustar a alíquota estipulada para seu regime *Knowledge Development box* de 6,25% (seis virgula vinte e cinco por cento) para 10% (dez por cento) a partir de 2024 como uma forma de adaptação as regras estabelecidas pela OECD na solução dos dois pilares (Collins; Storan, 2023).

4 PONTOS CRÍTICOS PRESENTES NO PROJETO BEPS E NO BEPS 2.0: A TRIBUTAÇÃO NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Um dos dilemas que cercam as proposições do projeto BEPS é até que ponto esse regime representa benefício para os países componentes do chamado Sul Global, ou seja, para os países em desenvolvimento como o Brasil. Esse ponto é destacado pela própria abordagem que a OECD coloca

no Projeto BEPS e do BEPS 2.0. Uma das questões apontadas por Luiz Eduardo Schoueri (2019, p. 53) é a OECD dar destaque para a tributação na residência, não buscando discutir de maneira mais profunda a tributação da fonte.

O Projeto BEPS propôs o enrijecimento de regras em face dos países com baixa tributação, mas acabou por enrijecer as regras em face dos países em desenvolvimento e até propondo instrumentos de tributação para os países desenvolvidos (Kelsey *et al.*, 2021, p. 83).

A discussão no Projeto BEPS e no BEPS 2.0 está na disputa do controle da tributação, se é o Estado de residência ou Estado da fonte. A origem desse debate está na conta de os países desenvolvidos terem percebido como o planejamento tributário agressivo realizado pelas grandes empresas do setor digital estavam prejudicando suas arrecadações (Kelsey *et al.*, 2021, p. 84).

Isso representa a dificuldade dos debates acerca das ações da OECD, principalmente na tentativa de conseguir conferir o escopo mundial à tributação. Clara Gomes Moreira (2019) destaca a dificuldade da OECD em buscar o consenso conceitual para determinados atos que são significativos para o BEPS como paraíso fiscal, regime fiscal privilegiado e a questão das práticas fiscais danosas.

Isso tem grande influência quando entra na questão da competição entre as jurisdições, a intenção da OECD é justamente promover formas de estabilização desses conflitos a partir de uma proposta multilateral (Moreira, 2019, p. 69). Isso é confirmado, principalmente, com a proposta de montante C no Pilar 1 do BEPS 2.0 que pretende organizar instrumentos de resolução de conflitos de arrecadação entre as jurisdições que acatarem os projetos.

No entanto, o BEPS surgiu da preocupação do grupo das maiores economias do mundo, que ao reconhecer o combate ao *Profit Shifting* e o *Base Erosion* como direito exclusivo dos países desenvolvidos, possibilita pressão econômica para que os países em desenvolvimento possam também fazer parte do presente acordo (Moreira, 2019, p. 75).

Portanto, força-se países a renunciarem de suas soberanias fiscais para impor os interesses surgidos dos países que se comportam como estados de residência. Ao direcionar para a análise do BEPS 2.0, nota-se essa preferência de modo mais contundente. A existência do montante A no Pilar I foi também alvo de críticas dos países em desenvolvimento, principalmente por priorizar a redistribuição de receitas decorrentes dos lucros residuais, o que ocorre muito mais entre os países desenvolvidos do que entre os países em desenvolvimento (Kelsey *et al.*, 2021, p. 86).

A OECD fixou o montante A em 25% (vinte e cinco por cento) caso a lucratividade da empresa ultrapasse os 10% (dez por cento), essa parcela de lucro seria considerada como residual e seria tributada como excesso. A questão é que a parcela de lucro nos países em desenvolvimento é inferior ao lucro nos países desenvolvidos, portanto, a tributação do lucro residual não vai garantir necessariamente maior arrecadação para os países em desenvolvimento.

Na aferição do montante B, há dificuldades de estabelecer a padronização na fixação dos preços de transferência utilizando o princípio *Arm's Length*, pois, esse critério não é unânime e existem determinadas técnicas de transferência de receitas entre empresas mesmo grupo, uma dessas técnicas é a de empréstimos intragrupos, em que empresas controladoras realizam empréstimos financeiros para as controladas, gerando alto endividamento totalmente desproporcional com aquele realizado perante a terceiros.

Dessa forma, a controlada tem condições de apenas pagar os juros dessa dívida, que acaba se comportando como disfarce, pois, essas supostas operações de pagamento de juros são verdadeiras remessas de lucros que usufruem de baixa ou nenhuma tributação pelo fato de muitos estados de residência não tributarem juros de dívida, aproveitando-se acerca da diferença entre a tributação de capital e de dívida (Gomes; Medeiros; Pereira, 2019, p. 81-83).

Esse é apenas um exemplo para mostrar a inexatidão da aplicação do princípio, o *Arm's Length* vem sendo introduzido nos países em desenvolvimento, um exemplo é a Lei de Preços de Transferência aprovada no Brasil, a Lei no 14.596 de 2023, que prescreve no art. 2º a utilização do *Arm's Length* para o cálculo do preço de transferência (Brasil, 2023b).

A lei brasileira realiza toda a prescrição, dos art. 6º ao art. 18, de regras necessárias para a aplicação do *Arm's Length* para cálculo dos preços de transferência (Brasil, 2023b), com destaque para a fixação de critérios para delimitar a transação entre partes relacionadas nos arts. 7º e 8º, a forma de comparação com as transações realizadas por terceiros no arts. 9º e 10º e a questão da seleção do método para o cálculo do preço de transferência no art. 11 (Brasil, 2023b).

Acontece que no próprio texto legal, é considerado como parâmetro para auxílio da aplicação do *Arm's Length* questões como opções realisticamente disponíveis, riscos economicamente significativos, agir de maneira comercialmente racional, análise das circunstâncias econômicas (Brasil, 2023b), ou seja, critérios que variam enormemente conforme a atividade econômica analisada, gerando o risco de diferentes jurisdições estabelecerem diferentes interpretações acerca do cálculo dos preços de transferência, pois, estas têm como objetivo a proteção de seus regimes fiscais (Silva Neto, 2019, p. 124).

A partir desse perigo, a OECD pretende estabelecer o montante C como a forma de resolver as controvérsias que existirem na aplicação do Projeto BEPS e do BEPS 2.0, no entanto, volta-se ao mesmo risco de violação da soberania fiscal que tanto envolve a aplicação do BEPS, pois os países desenvolvidos podem usar esse meio de resolução de conflitos para exigir mais receitas (Kelsey *et al.*, 2021, p. 86).

Um exemplo da proteção a soberania fiscal dos Estados é o conteúdo do art. 1º, parágrafo 4º da instrução normativa n. 2161/2023 da Receita Federal do Brasil, que regulamenta a legislação de preços de transferência no Brasil, que permite a utilização das publicações da OECD acerca dos preços de transferência e suas alterações futuras como fontes subsidiárias para a interpretação das normas acerca dos preços de transferência, mas desde que sejam aprovadas a sua utilização pela Secretaria Especial da Receita Federal e não sejam contrárias à Lei n. 14.596/2023 e nem a instrução normativa (Brasil, 2023a, 2023b).

A questão é que a OECD utiliza as receitas exclusivamente originadas das atividades econômicas digitais das empresas para definir estas como sujeitos passivos da tributação do BEPS, o que prejudica os países em desenvolvimento. Assim, caso houvesse o estabelecimento de mais critérios para conferir a presença digital significativa, como a questão do equilíbrio de fatores de suprimentos como ativos e empregados e fatores de demanda como vendas e receitas, os países em desenvolvimento seriam mais beneficiados (Kelsey *et al.*, 2021, p. 88). Para determinados países, suas economias dificilmente vão conseguir alcançar os 750 milhões de euros de receitas de atividades econômicas digitais exigidos para a aplicação das regras *GLoBE*.

A regra denexo estabelecido no Pilar 1 acaba por ser mais acessível aos países em desenvolvimento, pois, elas exigem menor receita para aferição da presença digital significativa, pois, exige apenas o faturamento de 250 mil de euros para países com PIB menor que 40 bilhões de euros, mas a dificuldade de cálculo do montante A em conjunto com o consenso maior acerca da aplicação das regras *GLoBE* prejudica o controle desses países acerca da tributação dessas receitas.

No entanto, o problema pode ocorrer no método de cálculo para aferição da presença digital, o método *Country-by-Country* foi selecionado pela OECD para ser o padrão utilizado no cálculo das receitas das multinacionais para a aferição da presença digital significativa.

O estímulo ao uso do *CbC* esbarra em determinadas limitações, uma delas é a questão da troca de informações entre Administrações fiscais, que devem ser realizadas sob confidencialidade, no

entanto, poucas trocas ocorreram em países em desenvolvimento. Dados de 2020 confirmam que na África, somente África do Sul, Ilhas Maurício e Seychelles realizaram esses procedimentos. (Kelsey *et al.*, 2021, p. 128).

Além disso, existe a questão de as Administrações tributárias não poderem usar diretamente as informações obtidas pelo *CbC* para fins de tributação, pois, o *CbC* é considerado como instrumento importante de auxílio na fiscalização das Administrações fiscais, principalmente para prevenir a existência das chamadas empresas de gaveta, que servem justamente para alocação de receitas e não exercem nenhuma atividade econômica (Bentolila; Moreira, 2019, p. 446).

Além disso, existe a dificuldade da coleta de informações caso as multinacionais não tenham contas separadas por entidade no país onde exercem sua atividade econômica (Kelsey *et al.*, 2021, p. 128). Essa falta de distinção dificulta a precisão exata das informações econômicas organizadas por país, principalmente em jurisdições onde as companhias têm baixa atuação.

Essa questão da constatação de informações tem relação com as diferentes práticas contábeis utilizadas entre os países, pois, dando o exemplo das informações enviadas das multinacionais brasileiras ao exterior, essas podem ter interpretação diferente em outras Administrações daquela conferida pelo fisco brasileiro (Bentolila; Moreira, 2019, p. 450).

A partir desse problema, a legislação brasileira prescreveu a aplicação do *Arm's Length* nos preços de transferência e permitiu a utilização dos dados recolhidos via *CbC*, *local file* e *Master file* para a realização da declaração do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro líquido pelos contribuintes (Brasil, 2023b). O fato da legislação ser de 2023 e não ter entrado em vigor, ainda não há estatísticas e nem dados para permitir entender o impacto direto na arrecadação.

Dessa forma, nota-se que existe um grande desafio que envolve a proteção da soberania fiscal. Essa evidência fica ainda mais contundente na análise da organização e estrutura das regras *GLOBE*, principalmente na sua comparação com o regime *GILTI*. Conforme analisado anteriormente, a OECD confirmou a existência das regras *GLOBE* de forma conjunta com o *GILTI*. Esse tema gera bastante debate acerca de como os dois regimes podem coexistir e as consequências na arrecadação nos Estados Unidos quando ocorre a aplicação conjunta dos dois regimes.

Segundo o estudo realizado por Heydon Wardell-Burrus (2023, p. 14) existe grande discussão acerca de qual tratamento que poderá ser dado ao regime *GILTI*. Uma primeira corrente coloca que o regime pode ser tratado como se fosse um imposto complementar de inclusão de renda (IIR) qualificado, o que aferiria vantagem em relação ao tratamento às multinacionais locais, porém, as multinacionais são prejudicadas no caso do regime *GILTI* ser tratado como conjunto de regras *CFC* (*Controlled Foreign Company*).

Caso o *GILTI* seja tratado efetivamente como uma espécie de IIR, vai exigir enorme desafio para a efetivação das regras *GLOBE*, pois, será muito difícil fazer com que com os países com baixa alíquota aumentem para o mínimo estipulado pela OECD, pois, em geral esses países dependem bastante dos investimentos realizados pelas empresas estadunidenses, assim poderia haver pressão para a redução das alíquotas, o que iria gerar mais investimentos dessas multinacionais nesses países e aumentaria a arrecadação do fisco dos EUA, pois, menor tributação no exterior gera um crédito menor para ser descontado pelo fisco dos Estados Unidos (Wardell-Burrus, 2023, p. 15-16).

No entanto, caso o regime *GILTI* seja tratado como regra *CFC*, será considerado como um regime que está dentro do estabelecido pelo *GLOBE* para as jurisdições *CFC* e pode submeter-se ao regime estabelecido pela OECD, como defende Wardell-Burrus (2023, p. 17). Além disso, como as regras *CFC* são consideradas legislações domésticas que tratam das receitas e ativos transferidos das controladas para as controladas, existe uma liberdade das jurisdições em estabelecer suas legislações (Ribeiro, 2019, p. 62).

CONCLUSÃO

As iniciativas da OECD para a resolução dos planejamentos tributários agressivos fornecem importante margem para a estratégia global das Administrações tributárias para o combate ao *Profit Shifting* e ao *Base Erection*.

Em primeiro momento, é observada a mudança do parâmetro tributário das Administrações para a tributação das atividades econômicas digitais. O Plano de Ação n. 1 do BEPS e o Pilar um do BEPS 2.0 constaram a dificuldade de utilização do critério do estabelecimento permanente para abarcar as receitas das atividades econômicas das *Big techs*, sendo que a proposta para o estabelecimento da presença econômica das empresas digitais em suas jurisdições um critério muito mais efetivo para fins de tributação.

Outra questão é a constatação da proposta do regime tributário global, conforme o destacado pelo Pilar 2 do Projeto BEPS 2.0. As regras *GLoBE* são vistas como alternativa muito significativa para resolver a falta de tributação das atividades econômicas digitais e ao mesmo tempo finalizar as disputas arrecadatórias existentes entre as Administrações tributárias internacionais.

O grande problema do BEPS, em geral, perpassa pela questão política, ou seja, as regras propostas foram muito bem recebidas pelos países desenvolvidos, que são as residências das *Big techs* e que ganharam a iniciativa primeira da tributação com a proposição do *IIR*, mas foram criticadas pelos países do Sul Global e os países em desenvolvimento por não oferecem alternativas seguras para a tributação das atividades digitais em suas jurisdições e também por estarem submetidas aos interesses de tributação dos países desenvolvidos.

Dessa forma, as regras do BEPS podem prejudicar o funcionamento dos sistemas tributários dos países do Sul Global. Além do fato da indecisão acerca da natureza jurídica concedida ao *GILTI* e a possibilidade ou não de coexistência com as regras *GLoBE* causam ainda mais incertezas acerca do real impacto do BEPS para a economia mundial.

REFERÊNCIAS

ANG, Carmen. How do big tech giants make their billions?. **Visual Capitalist**, [s. l.], 25 abr. 2022. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/how-big-tech-makes-their-billions-2022/>. Acesso em: 9 out. 2023.

AVENDANO, Rolando; ROSENKRANZ, Peter. Digital platforms and international taxation in Asia. In: PARK; Cyn-Young; VILLAFUERTE, James; YAP. Josef T. **Managing the development of digital marketplaces in Asia**. Manila: Asia Development Bank, 2021. Disponível em: https://aric.adb.org/pubs/digitalmarket/managing-development-digital-marketplaces-asia_CH9.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

AVI-YONAH, Reuven S. **The origins of destination-based income taxation: us and international tax perspectives**. Michigan: The University of Michigan Law School, 2022. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4232226>.

BENTOLILA, Vinicius; MOREIRA, Francisco Lisboa. O plano de ação 13 do Beps: reflexões sobre seu conteúdo e aplicação à realidade brasileira. In: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Tributação internacional na era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 437-457.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Extrafiscalidade tributária: pós-modernidade e legitimação do Estado Social Brasileiro**/Guilherme Pereira Dolabella. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB N° 2161, de 28 de setembro de 2023**. Dispõe sobre os preços de transferência a serem praticados nas transações efetuadas por pessoa jurídica domiciliadas no Brasil com partes relacionadas no exterior e dá outras providências. Brasília, DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2023a. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hFKT1>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023**. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm. Acesso em: 18 out. 2023.

BUNN, Daniel; ASEN, Elke. What European Countries Are Doing about Digital Services Taxes. **Tax Foundation**, Washington, 9 Aug. 2022. Disponível em: <https://taxfoundation.org/data/all/eu/digital-tax-europe-2022/#:~:text=The tax rates range from,apply to video streaming services>. Acesso em: 11 out. 2023.

COLLINS, Ian. STORAN, Lorrán. Effective tax rate for the Knowledge Development Box (KDB) increases from 6.25% to 10%. **EY Ireland**, [S.l.], 11 Sept. 2023. Disponível em: https://www.ey.com/en_ie/tax-alerts/effective-tax-rate-for-the-knowledge-development-box-increases-to-10#:~:text=A%20commencement%20order%20to%20implement,from%206.25%25%20to%2010%25. Acesso em: 16 out. 2023.

FOSSATI, Gustavo; PAULA, Giotti de, Daniel. **Tributação da economia digital na esfera internacional**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. v. 4.

FUEST, Clemens; HUGGER, Felix; NEUMEIER, Florian. Corporate profit shifting and the role of tax havens: evidence from German country-by-country reporting data. **Journal of Economic Behavior & Organization**, Munich, v. 194, n. 8838, p. 454-477, 2022. Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/232435/1/cesifol_wp8838.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

FURTADO, Raquel. **A tributação direta na era da economia digital**. 2019. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, Lisboa, 2019.

GOMES, Edgar Santos; MEDEIROS, Rafael Dinoa Mann; PEREIRA, Felipe Senges. O plano de ação 4 do projeto BEPS da OECD: limites à erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras. *In*: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Tributação internacional na era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 79-95.

HARPAZ, Assaf. Taxation of the digital economy: Adapting a twentieth-century tax system to a twenty-first-century economy. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 46, p. 57, 2021. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6747/02_Assaf_Harpaz_Taxation_of_the_Digital_Economy_.pdf. Acesso em: 17 out. 2023.

KELSEY, Jane; BUSH, John; MONTES, Manuel; NDUBAI, Joy. **How ‘digital trade’ rules would impede taxation of the digitalised economy in the global south.** Malaysia: Third World Network, 2020. Disponível em: https://media.business-humanrights.org/media/documents/Digital_Tax.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; CHRISTIANS, Allison. Rethinking tax for the digital economy after COVID-19. **Harvard Business Law Review**, Cambridge, v. 11, p. 1-25, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Tarcisio-Diniz-Magalhaes-2/publication/342593346_Rethinking_Tax_for_the_Digital_Economy_After_COVID-19/links/627a144c2f9ccf58eb3c241e/Rethinking-Tax-for-the-Digital-Economy-After-COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2023

MOREIRA, Clara Gomes. Combate às práticas fiscais danosas e a soberania fiscal dos Estados. *In*: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Tributação internacional na Era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 57-77.

CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A tributação na era digital e os desafios do sistema tributário no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo fundo, v. 15, n. 1, p. 145-167, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.3356>.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Addressing the tax challenges of the digital economy, action 1 2015 final report.** Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Acesso em: 29 set. 2023

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **BEPS Action 13 on country-by-country reporting: guidance on the appropriate use of information contained in Country-by-Country reports.** Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-13-on-country-by-country-reporting-appropriate-use-of-information-in-CbC-reports.pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia.** Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Electronic commerce: taxation framework conditions.** Ottawa: Committee on Fiscal Affairs, 1998. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2012-06-15/167345-1923256.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Outcome statement on the two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy.** Paris: OECD Publishing, 2023a. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2023-07-12/660369-outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two**. Paris: OECD Publishing, 2019a. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2019-11-13/533178-public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Public consultation document pillar one – amount b**. Paris: OECD Publishing, 2023b. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-b-2023.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Public consultation document: Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar**. Paris: OECD Publishing, 2019b. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2019-10-10/532365-public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023

SILVA NETO, Paulo Pentead de Faria e. Dedutibilidade de juros e outros pagamentos financeiros – a ação 4 do projeto BEPS sob a ótica dos países em desenvolvimento. *In*: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Tributação internacional na Era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 117-151.

OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. **Taxation in the digital economy: recent policy developments and the question of value creation**. ZEW Discussion Papers, Mannheim, n. 19-010, 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/194870/1/1662961618.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

RIBEIRO, Tarsila Marques Rodrigues. **CFC legislation, from an international perspective to the Brazilian reality**. 2019. Thesis (Doctoral) – Radboud University Nijmegen, Oisterwijk, 2019. Disponível em: <https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/205718/205718.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 out. 2023.

SÁBO, Jozef. Taxation of digital services from international tax law perspective. **Financial Law Review**, Gdansk, v. 20, n. 4, p. 64-81, 2020. Disponível em: https://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-issn-2299-6834-year-2020-issue-20_4_-article-5429. Acesso em: 9 de out. 2023.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. O projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. *In*: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Tributação internacional na Era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31-55.

MORTON, Fiona Scott; EZRACHI, Ariel; JULLIEN, Bruno; KATZ, Roberta; KIMMELMAN, Gene; MELAMED, A. Douglas; MORGENSTERN, Jamie. **Committee for the study of digital platforms: market structure and antitrust subcommittee report**. Chicago: University of Chicago Booth School of Business, 2019. v. 36. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure---report-as-of-15-may-2019.pdf>. Acesso em: 4 out. 2023.

SILIAFIS, Konstantinos. Taxation of e-commerce-a task for jugglers. **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Frankfurt, v. 1, n. 1, p. 141-154, 2007. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=896463>. Acesso em: 29 set. 2023.

SINDIFISCO NACIONAL. **Cadernos tributários: pacote BEPS – uma introdução**. Brasília, DF: Sindifisco, [2021]. Disponível em: <https://www.sindifisconacional.org.br/wp-content/uploads/2021/05/2.-Pacote-BEPS-2.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2022.

VAN ZYL, S. P. The OECD international VAT/GST guidelines on cross-border trade in digital goods-new developments since the Ottawa Conference (1998) on restoring tax neutrality: notes and comments. **South African Yearbook of International Law**, Die Hoewes, v. 38, n. 1, p. 187-125, 2013. Disponível em: <https://journals.co.za/doi/epdf/10.10520/EJC183043>. Acesso em: 28 set. 2023

WARDELL-BURRUS, Heydon. GILTI and the GloBE. **Oxford Centre for Business Taxation**, Oxford, 2 fev. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4345960>.

Como citar: CUNHA, Carlos Renato; MEDEIROS JUNIOR, Antonio Carlos Freitas de. Projeto BEPS, BEPS 2.0 e o combate ao Profit Shifting e ao Base Erection à nível internacional. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 23-40, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p23-40. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 02/07/2024.

Aprovado em: 04/12/2024.

A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO ESCRITURAL

THE SCRIPTURAL BANK NOTE

Simone Menezes Gantois*

Leonardo da Silva Sant'Anna**

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A cédula de crédito bancário escritural. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 41-57, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p41-57. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A Cédula de Crédito Bancário escritural, devido às necessidades e demandas do mercado em 2019, a partir da Medida Provisória (MP) nº 897/19 que inseriu os art. 29-A a 29-D, o §5º ao art. 29 e art. 42-A, que foi convertida na Lei nº 13.986/20. Representou a concretização de um movimento de desmaterialização dos títulos de crédito. A metodologia utilizada foi empregada mediante a pesquisa documental, por meio da análise de documentos legais e artigos científicos, além da experiência prático-profissional da subscritora. O escopo deste artigo foi elaborar uma breve teoria geral desta nova forma de emissão, por isso foi feita uma breve análise da evolução histórica da Cédula de Crédito Bancário e em seguida o estudo do seu regime jurídico a partir dessa nova forma de emissão, desde a escrituração em si, passando pelos requisitos, instituição de garantias, seu registro, circulação, pagamento, protesto e a execução. Ao final, oferecemos uma visão geral a respeito de como deve se operar na prática essa nova forma de Cédula de Crédito Bancário, buscando contribuir para esclarecer as questões que se apresentam a partir desse arcabouço normativo.

Palavras-chave: direito cambiário; cédula de crédito bancário escritural, direito empresarial, título de crédito, cédula de crédito bancário.

Abstract: The scriptural bank note, due to the needs and demands of the market in 2019, also through a Provisional Measure, MP nº 897/19, inserting art. 29-A to 29-D, §5º to art. 29 and art. 42-A which was converted into Law nº. 13.986/20. It represented the realization of a movement to dematerialize credit instruments. The methodology used was documentary research, analysis of legal documents and scientific articles, and practical-professional experience of the subscriber. Therefore a brief analysis of the historical evolution of the scriptural bank note was and then the study of its legal regime based on this new form of issuance, from the bookkeeping itself through the requirements, institution of guarantees, registration, circulation, payment, protest and the execution. Ultimately, we offer an overview of how this new scriptural bank note should operate in practice, seeking to contribute to clarify the issues arising from this normative framework.

Keywords: banking law; scriptural bank credit note; business law, bank credit note, bank credit.

*Doutoranda e Mestra em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/RJ).
E-mail: simonediasmenezes@uol.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0057-3752>

**Doutor em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ).
Professor Associado da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/RJ).
E-mail: isantanna44@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5192-2844>

INTRODUÇÃO

A Cédula de Crédito Bancário, em sua forma cartular, foi criada pela MP 1.925/99, e inúmeras vezes reeditada até a sua conversão na Lei nº 10.931/04. Desde o texto normativo originário, a Cédula de Crédito Bancário foi regulada nos arts. 26 a 45 do referido diploma legal.

No entanto, devido às necessidades e demandas do mercado em 2019, também por meio de uma Medida Provisória, a MP nº 897/19, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a Cédula de Crédito Bancário sob a forma escritural, inserindo os art. 29-A a 29-D, o §5º ao art. 29 e art. 42-A que veio a ser convertida na Lei nº 13.986/20.

Ela representa a concretização de um movimento dogmático e legislativo de desmaterialização, ou também chamado de despapelização dos títulos de crédito, reconhecendo que os registros eletrônicos também são aptos a armazenar todos os requisitos e exigências da obrigação cambiária, tal qual fazia a cártula (Kobus; Gonçalves, 2021).

A história contada desse modo simplificado parece muito simples, mas não era e ainda não é simples assim, inúmeras dúvidas pairaram durante muito tempo sobre esse título de crédito e agora com a *novatio legis* que passa a permitir a Cédula de Crédito Bancário escritural inúmeras outras sugeriram e esse é o escopo deste ensaio; elaborar, de forma simplificada, uma teoria geral desta nova forma de emissão.

Para tanto, faremos uma breve análise da evolução histórica da Cédula de Crédito Bancário, em seguida avançaremos no estudo do seu regime jurídico, sua natureza jurídica, sua estrutura. Após, seguiremos na análise das questões relacionadas a forma escritural, desde a escrituração em si, passando pela análise de questões da teoria geral sob a perspectiva dessa nova forma; requisitos, instituição de garantias, seu registro, circulação, pagamento, protesto e a execução desse título.

A metodologia utilizada foi empregada mediante a pesquisa documental, por meio da análise de documentos legais e artigos científicos (Severino, 2007), além da experiência prático-profissional da subscritora desse artigo.

1 BREVE HISTÓRICO

Os bancos e instituições financeiras a eles equiparadas desde o final da década de 1980 e início da década de 1990 vinham em um movimento no sentido de tornar as cobranças de seus créditos, especialmente decorrentes de uso de cheque especial (crédito direto ao consumidor – CDC), mais fáceis pela via do processo de execução.

Com esse objetivo as instituições financeiras utilizaram-se de vários mecanismos para tentar tornar seus créditos executáveis

através de título um que fosse líquido, certo e exigível. No primeiro mecanismo utilizado o mutuário era obrigado a assinar contrato cujo conteúdo continha cláusula mandato, que dava poderes ao credor para emitir título cambiário comumente uma nota promissória contra o próprio devedor-mandante.

Após sucessivas decisões desfavoráveis o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento, que culminou com a edição, em 14/10/1992 do Enunciado da Súmula 60, que dizia o seguinte: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse este.”

Diante desse revés, passaram a fazer o seguinte: celebravam um contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial) e em caso de inadimplemento promoviam a execução anexando ao processo dois documentos, o contrato celebrado e o extrato bancário com o valor da dívida.

Em um primeiro momento, o I Tribunal de Alçada Civil de São Paulo foi favorável aos bancos editando, em 1987, o Enunciado 11, com o seguinte teor: “O contrato de conta-corrente, feito por estabelecimento bancário a correntista, assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato da conta-corrente respectiva é título executivo.”

No mesmo sentido, em 1997, o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, editou o Enunciado 35, com entendimento semelhante: “São títulos executivos extrajudiciais os contratos de abertura de crédito assinado pelo correntista e por duas testemunhas e acompanhado dos extratos que exponham totalmente a evolução da conta-corrente, acusando o saldo devedor final.”

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul oscilava, ora reconhecendo a executoriedade¹, ora não².

Diante dessa divergência, muitos recursos foram interpostos ao STJ. E, paulatinamente, as turmas do STJ começaram a rechaçar essa possibilidade sob o argumento de que o contrato de abertura de crédito não é título executivo, mesmo quando subscrito pelo devedor e assinado por duas testemunhas porque o contrato não consubstancia obrigação de pagar quantia determinada.

Esses julgados apontavam ainda que, tais os extratos eram produzidos de forma unilateral e que as instituições financeiras não podiam criar seus próprios títulos executivos.

Esse entendimento se consolidou na Segunda Seção do STJ, através do EREsp 148.290/RS, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar julgado em 24/02/1999 e em 13/12/1999, o STJ editou o Enunciado da Súmula 233, com o seguinte teor: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.”

Merece ser destacado que o Acórdão proferido no EREsp 148.290/RS do qual se originou o teor do Enunciado da Súmula 233, esclarece em seus termos que o dissídio que ali estava sendo discutido acerca da executividade ou não contrato de abertura de crédito, já estava superado por decisão anterior proferida pela 2ª Seção, onde prevaleceu o entendimento da 3ª Turma que reiteradamente não admita a executividade do título resultante de lançamentos feitos unilateralmente pelo credor, como se vê:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 585, II, E 586 DO CPC. Mesmo subscrito por quem é indicado em débito e assinado por duas testemunhas, o contrato de abertura de crédito não é título executivo, ainda que a execução seja instruída com extrato e que os lançamentos fiquem devidamente esclarecidos, com explicitação dos cálculos, dos índices e dos critérios adotados para a definição do débito, pois esses são documentos unilaterais de cuja formação não participou o eventual devedor. Embargos de divergência, por unanimidade, conhecidos, mas, por maioria, rejeitados (Brasil, 1999b).

1 Apelação Cível nº 198070260 da 12ª Câmara Cível.

2 Apelação Cível nº 197287808, da 20ª Câmara Cível.

Em reação a esse posicionamento jurisprudencial foi editada a Medida Provisória (MP) nº 1.925-1/1999, em 11/11/1999 criando a Cédula de Crédito Bancário (Brasil, 1999a). Fala-se em uma “reação” porque a intenção da norma era debelar o pressuposto jurisprudencial dessa malfadada ausência de excludibilidade.

No entanto, essa quebra de braço entre os objetivos das instituições financeiras de tornar os seus créditos amplamente executáveis não terminou com a edição da MP nº 1.925/1999.

Um breve parêntese, no meio dessa celeuma, havia uma outra discussão paralela, que envolvia uma outra prática também desenvolvida pelos bancos como tentativa de tornar seu crédito exequível. As instituições financeiras celebravam com seus clientes um contrato de abertura de crédito em conta corrente incluindo o crédito direto ao consumidor (cheque especial) e ao mesmo tempo emitiam uma Nota Promissória. Em caso de inadimplemento promoviam a execução juntando: a nota promissória e a preenchiam com o valor contido no extrato bancário com o valor da dívida.

As turmas do STJ igualmente rejeitaram esse engenho jurídico criado pelos bancos, justificando que a nota promissória sacada como garantia de contrato de abertura de crédito, a que foi vinculada tem a sua natureza cambial desnaturada e subtraída sua autonomia e que a iliquidez do título de crédito contamina a nota promissória que dele se originou.

Até que esse entendimento se consolidou perante Segunda Seção do STJ, por meio do AgRg no EREsp 197090/RS, de relatoria do Min. Waldemar Zveiter julgado em 09/02/2000 e em 19/01/2001, o STJ editou o Enunciado da Súmula 258, com o seguinte teor: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.”

A edição dessa súmula pelo STJ representou outro revés para os bancos de modo que ter um título que desse higidez, liquidez e excludibilidade aos créditos era fundamental para proteger seus interesses e, ao mesmo tempo, incentivar a concessão de crédito.

Por essa razão, e a fim de ajustar esses objetivos, essa MP 1.295-1/1999 foi reeditada 15 vezes, revogada e reeditada pela MP nº 2.065/00 (Brasil, 2000), reeditada 25 vezes até que em 2004, finalmente foi convertida na Lei nº 10.931/04.

Muitos anos depois da entrada em vigor da Cédula de Crédito Bancário, discussões doutrinárias ainda subsistem. Não à toa foi editado o Enunciado 41 da I Jornada de Direito Comercial (Conselho da Justiça Federal, 2012) que afirma: “A cédula de crédito bancário é título de crédito dotado de força executiva, mesmo quando representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente, não sendo a ela aplicável a orientação da Súmula 233 do STJ.”

Feitas essas considerações iniciais sobre o seu histórico passamos ao objeto principal desse estudo que a Cédula de Crédito Bancário escritural.

2 O REGIME JURÍDICO

A Cédula de Crédito Bancário está regulada nos arts. 26 a 45 da Lei nº 10.931/04, entre os quais inserem-se as alterações promovida pela MP nº 897/19, convertida na Lei nº 13.986/20, que introduziu no ordenamento jurídico a Cédula de Crédito Bancário escritural ou eletrônica. Isso foi feito pela inserção dos art. 27-A a 27-D, do §5º ao art. 29 e do art. 42-A.

A Cédula de Crédito Bancário escritural integra um movimento contínuo de desmaterialização³ dos títulos de crédito, que, no entanto, não é recente. A ideia de desmaterialização dos títulos de crédito, na prática, começa a se desenvolver com as duplicatas virtuais, já no final da década de 1970

³ Expressão cunhada por (Borba, 1999).

e início da década de 1990 (Horta, 2014, p. 65-68)⁴, mas foi Gustavo Tavares Borba em seu artigo intitulado “A desmaterialização dos títulos de crédito” (Borba, 1999) que faz com que o assunto passe a ser aprofundado e discutido dogmaticamente.

É a partir do advento e vigência do Código Civil de 2002, que introduz o §3º ao art. 889 do Código Civil, que os títulos eletrônicos ou escriturais ganharam notoriedade ao aderir a chamada Teoria da Cartula eletrônica (Nunes, 2013, p. 66) já que o texto normativo passa admitir textualmente a possibilidade de que os títulos de crédito possam ser criados (emitidos) a partir dos caracteres criados em computadores, mediante escrituração do emitente e obediência aos requisitos mínimos exigidos.

Francisco Luiz Peduto Horta (2014, p. 158), antes do advento da Lei nº 13.986/20, já defendia a possibilidade de emissão de cédula de crédito bancário eletrônica⁵, sobretudo após o advento do citado §3º ao art. 889 do Código Civil (Horta, 2014, p. 186-187), e também da criação Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil através da MP nº 2.200-2002 (Horta, 2014, p. 167).

Desse modo, o que se verifica a partir da Lei nº 13.986/20 é a regulação normativa de uma situação de fato – a Cédula de Crédito Bancário Escritural –, mas sobre a qual ainda existem inúmeras questões.

Segundo o art. 44 da Lei nº 10.931/04, aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, como regime jurídico complementar, no que não contrariar o seu próprio conteúdo normativo, a legislação cambial. A doutrina discute o que se entende por legislação cambial, e podemos destacar duas posições.

A primeira delas foi recentemente defendida pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, ao reconhecer a Cédula de Crédito Bancário como um título de crédito regido supletivamente pelo Código Civil, porque para o autor o que determina a supletividade pode ser a escolha expressa do legislador ou a vigência do Código Civil. Senão vejamos:

Em suma, cada título de crédito é disciplinado pela lei especial em que se encontra tipificado. Nas omissões da lei especial, são duas as alternativas de regência supletiva: (i) se a lei especial escolhe normas da letra de câmbio ou o título de crédito foi legalmente regulado antes da vigência do Código Civil, o intérprete as encontrará no Anexo I da Convenção de Genebra promulgada pelo Decreto nº 57.663/66 (LUG); e (ii) se a remissão é feita sem mencionar especificamente as normas de letra de câmbio, terão aplicação os arts. 887 a 926 do CC (Coelho, 2021, p. 43-47).

Por outro lado, a posição de parte da doutrina (Tomazette, 2017, p. 347) e dominante na jurisprudência do STJ⁶ é no sentido de que a Lei nº 10.931/04 ao falar em “legislação cambial” refere-se ao regime jurídico das letras de câmbio, ou seja, a Lei Uniforme de Genebra (LUG), Decreto nº 57.663/1966 e o Dec. nº 2.044/1908.

Nesse mesmo sentido é o teor do Enunciado 39 da I Jornada de Direito Comercial, que afirma: “Não se aplica a vedação do art. 897, parágrafo único, do Código Civil, aos títulos de crédito regulados por lei especial, nos termos do seu art. 903, sendo, portanto, admitido o aval parcial nos títulos de crédito regulados em lei especial” (Conselho da Justiça Federal, 2012).

4 Esse desenvolvimento prático é muito bem desenvolvido pelo autor.

5 Entendemos no sentido de uma sinonímia entre eletrônica e escritural.

6 AgInt no AREsp 1525428/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento 05/11/2019, Data da Publicação DJe 12/11/2019. “[...] Hipótese em que a parte recorrente alega que a Lei Uniforme de Genebra não poderia incidir no caso dos autos, uma vez que seria aplicável apenas a letras de câmbio e notas promissórias e que, *in casu*, a discussão gira em torno de Cédula de Crédito Bancário. 2. Consoante jurisprudência do STJ, considerando o disposto no art. 44 da Lei n. 10.931/2004, aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que couber, a legislação cambial, de modo que, à falta de prazo específico na mencionada norma, mostra-se de rigor a incidência do art. 70 da LUG, que se apresenta, no cenário jurídico, como uma espécie de norma geral do direito cambiário. 3. É inaplicável o prazo do atual Código Civil ao caso em exame, que trata de execução de título de crédito, haja vista que o referido Diploma fez expressa reserva de subsidiariedade nos arts. 206, § 3º, inciso VIII e 903. Precedentes. [...]”

Deve-se destacar que o enunciado acima transcrito é fruto de discussão acadêmica envolvendo as maiores referências na área, tendo caráter de orientação e não vinculativo, no entanto, aponta no mesmo sentido na orientação jurisprudencial consolidada sobre o tema.

A Cédula de Crédito Bancário é uma promessa de pagamento⁷ decorrente de uma operação de crédito, mais precisamente uma operação de crédito bancária ativa, em que o banco ou instituição financeira a ela equiparada é credor do cliente pessoa física ou jurídica.

Ela pode ser emitida sem garantia ou com garantia, conforme autoriza o art. 27 da Lei nº 10.931/04. Por força normativa a garantia deve ser cedularmente constituída. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (Coelho, 2021, p. 63), em se tratando de Cédula de Crédito Bancário escritural, o registro se faz via certidão — relatório em papel — expedida pelo que o referido autor cunhou a nomenclatura de Entidade de Registro de Títulos Eletrônicos (ERTE), que para o título ora estudado, são as próprias instituições financeiras o que será analisado mais detidamente em tópico adiante.

Por estar vinculada a uma operação de crédito a Cédula de Crédito Bancário é classificada como um título causal. Pode ser qualquer operação de crédito, isto é, embora causal essa causa legal é genérica e flexível haja vista que inclui crédito de produção, crédito de consumo, abertura de linha de crédito de cheque especial, mútuo bancário etc. É por isso que Gerson Luiz Carlos Branco, denomina a Cédula de Crédito Bancário como “guarda-chuva jurídico”, como se vê:

A cédula de crédito bancário serve nesse contexto como um guarda-chuva jurídico que alia aspectos econômicos, administrativos e civis. Econômicos porque propicia a realização de todos os negócios e a venda de uma gama aberta de produtos por meio de uma formalização inicial; administrativos porque a estrutura jurídica da cédula de crédito bancário possibilita a securitização de créditos para qualquer particular, ainda que não seja instituição financeira, com conseqüente segmentação de riscos; e, civis, porque propicia uma garantia de que todas as obrigações vão ser cumpridas a partir dos números e registros da instituição financeira, com pouca margem para as chamadas ações revisionais (Branco, 2008, p. 4).

O emitente do título pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, enquanto que o beneficiário deve ser instituição financeira ou equiparada integrante do Sistema Financeiro Nacional, tal como enuncia o art. 26, caput e §1º da Lei nº 10.931/04. Por força do §1º é possível emissão de Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação sujeita à lei e ao foro brasileiros.

As instituições financeiras podem negociar as Cédulas de Crédito Bancário de sua titularidade ou usá-las como lastro em operação de autofinanciamento mediante emissão de certificados de Cédulas de Crédito Bancário tal como autoriza o art. 43 da Lei nº 10.931/04.

A Cédula de Crédito Bancário pode ser emitida exclusivamente em suporte eletrônico (escritural) mediante lançamento em sistema eletrônico de escrituração, ou seja, registro em sistema informático. O sistema eletrônico de escrituração deve ser mantido em instituição financeira ou outra entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil (BCB) tal como determina o art. 27-A, parágrafo único da Lei nº 10.931/04.

O BCB já editou a Circular BCB nº 4.036/20 (Banco Central do Brasil, 2020a) que em seu art. 2º autoriza as instituições financeiras a exercerem a atividade de escrituração da Cédula de Crédito Bancário, sendo que o parágrafo único do mesmo dispositivo expressamente restringe a escrituração pelas instituições financeiras de títulos de suas próprias operações de crédito.

⁷ Há quem entenda que a Cédula de Crédito Bancário, além de ser um título de crédito, também é um valor mobiliário, se e quando ofertada publicamente de acordo com o que dispõe o art. 2º, IX da Lei 6.385/76, como aponta (Guazzelli, 2013).

2.1 A ESCRITURAÇÃO

Os títulos se diferenciam como cartulares ou escriturais de acordo com a forma pela qual lhes é dado suporte. Os títulos de crédito cartulares têm suas informações lançadas em uma cártula, isto é, em um pedaço de papel, ao passo que os títulos escriturais ou eletrônicos são registrados em um sistema informático criado e mantido por uma entidade autorizada à prestação desses serviços pelo BCB ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) — para a Cédula de Crédito Bancário é o BCB por força normativa, como vimos anteriormente.

Como bem alerta Fábio Ulhoa Coelho (2021, p. 60), é preciso ter cuidado com o fenômeno da transmutação do suporte — digitalização e relatório — que não tem o condão de desnaturar os títulos como cartulares ou escriturais. Já que cártulas digitalizadas não podem ser confundidas com títulos escriturais, nem os títulos cartulares podem ser confundidos com o relatório (certidão) que é extraída dos títulos eletrônicos. Adverte o referido autor, que se o relatório é emitido em papel, isso não o transforma o título eletrônico em cartular, mas apenas registra em um outro suporte as informações identificadoras do crédito inadimplido constantes do sistema informatizado.

A quem cabe a escrituração das Cédulas de Crédito Bancário escriturais. Consuetudinariamente, a escrituração de títulos de crédito já vinha sendo feita com base dos arts, 34 e 35 da Lei nº 6.404/1976 através da Câmara de Custódia e Liquidação de Títulos e as Resoluções CMN nº 2.843/01 e 1779/1990. A Lei nº 10.931/04 no art. 27-A, *caput*, fala em “sistema eletrônico de escrituração”, competindo ao BCB estabelecer as condições para o exercício dessa atividade, bem como a autorização e supervisão do seu exercício, art. 27-B da mesma lei.

Assim, por força normativa (art. 27-A, parágrafo único e 27-B) a escrituração das Cédulas de Crédito Bancário deve ser feita por instituição financeira ou outra entidade autorizada pelo BCB. No entanto, com o fim de dar concretude ao comando normativo foi aprovada pelo voto 196/20 (Banco Central do Brasil, 2020b) em 15/07/2020 a Circular BCB nº 4.036/20 publicada no Diário Oficial da União em 17/07/2020 que regulamentou a escrituração das Cédulas de Crédito Bancário atribuindo essa competência exclusivamente às instituições financeiras como dito alhures.

Entre os principais pontos da norma regulamentar destaca-se que só as instituições financeiras podem exercer essas atividades (art. 2º) das suas próprias operações de crédito, que a emissão das Cédulas de Crédito Bancário escritural se faz mediante lançamento no “sistema eletrônico de escrituração” gerido por “instituições financeiras” (art. 3º) e que as instituições financeiras responsável pelos sistemas para atuar com Cédula de Crédito Bancário devem cumprir uma série de obrigações no âmbito desse sistema eletrônico de escrituração.

Entre as obrigações que devem ser cumpridas pelas instituições financeiras estão:

- (i) no âmbito dos seus sistemas eletrônicos de escrituração:
 - a. a emissão dos títulos sob a forma escritural, por ordem do tomador do crédito;
 - b. a inserção das informações de que trata o art. 42-A da Lei nº 10.931/04, bem como de documentos com informações complementares, como extratos ou planilhas para apuração do saldo devedor da operação de crédito subjacente ao título; e
 - c. o controle da titularidade efetiva ou fiduciária dos títulos.
- (ii) a disponibilização, ao devedor, de instrumentos de pagamento para liquidação das obrigações constituídas no título;
- (iii) o controle do fluxo financeiro dos títulos, inclusive antecipações;
- (iv) a notificação aos devedores, por ocasião da negociação dos títulos;

(v) a efetivação do registro ou do depósito dos títulos em sistema de registro ou de depósito centralizado operado por entidade registradora ou depositário central autorizado pelo BCB;

(vi) a disponibilização de informações sobre os títulos aos devedores, aos seus titulares ou beneficiários de garantia constituída sobre eles ou a outros interessados legalmente qualificados; e

(vii) a emissão de certidões de inteiro teor. (um dia útil a contar da solicitação – art. 6º, *caput*).

Conforme dispõe o § 3º do art. 4º da Circular BCB nº 4.036/20 o acesso às informações pelos devedores, dos titulares, dos beneficiários de garantia deverá ser disponibilizado, entre outras formas, por meio de interface eletrônica, via internet.

A referida circular estabeleceu prazos exíguos para cumprimento de obrigações dela decorrentes, como o prazo de até um dia útil após o seu recebimento pela instituição financeira responsável pela escrituração do título, para transferir o titular ou ao beneficiário de garantia constituída sobre o título, se assim dispuser o instrumento que a formalize, dos recursos financeiros referentes aos pagamentos realizados pelos devedores, inclusive antecipações.

Conforme o art. 5º da regulamentação as instituições financeiras responsáveis pelos sistemas eletrônicos de escrituração devem adotar procedimentos que assegurem a integridade, a autenticidade e a validade dos títulos escriturados.

Questão importante diz respeito a assinatura eletrônica das Cédulas de Crédito Bancário escritural, a Circular BCB nº 4.036/20 em seu art. 5º, parágrafo único, admite tanto a utilização da certificação digital, como outros métodos seguros de identificação, como senha eletrônica, desde que aceitos previamente pelo credor e devedor, ou seja, a partir desta regulamentação infralegal passa a se admitir outras formas de assinatura além da assinatura eletrônica regulada através da Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil introduzida em nosso ordenamento pela MP nº 2.200-2002.

O procedimento de assinatura eletrônica acima também é admitido para elaboração da certidão de inteiro teor da Cédula de Crédito Bancário escritural. A certidão de inteiro teor deverá conter todas as informações que permitam a adoção das providências de registro de garantias perante entidades registradoras, depositários centrais, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos, e outros, tal como o art. 6º da Circular BCB nº 4.036/20.

É possível a transferência da Cédula de Crédito Bancário escritural do sistema eletrônico de uma instituição financeira para o sistema eletrônico de outra, todavia, essa operação está condicionada a venda definitiva do título pela originadora, sem coobrigação e realização de acordo operacional para permitir a operações reguladas na Circular BCB nº 4.036/20. Segundo o Voto 196/2020-BCB (Banco Central do Brasil, 2020b), essa limitação é importante porque não será necessária, nesse primeiro momento, a implementação da interoperabilidade entre instituições financeiras com o intuito de se verificar a unicidade da escrituração do título.

Por força da Resolução CMN nº 4.593/17 (Banco Central do Brasil, 2017) não há necessidade de registro por força do disposto para títulos de crédito emitidos pelas próprias instituições financeiras.

2.2 ESPECIFICIDADES DO REGIME JURÍDICO DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO ESCRITURAL

Os requisitos da Cédula de Crédito Bancário escritural ou eletrônica, não discrepam dos requisitos relativos as Cédulas de Crédito Bancário cartulares, com algumas especificidades que se encontram nos arts. 42-A e 29 e §5º da Lei nº 10.931/04.

Entres os seus requisitos normativos estão:

- (i) denominação “Cédula de Crédito Bancário”;
- (ii) promessa de pagar dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível que pode ser:
 - a. no vencimento
 - b. Se for contrato de abertura de crédito a obrigação de pagar corresponde ao crédito utilizado.
- (iii) data e lugar de pagamento da dívida, se parcelado as datas e valores de cada prestação ou seus critérios para determinação;
- (iv) nome da instituição credora, podendo ser à ordem (observe-se pelo conteúdo dessa norma que a cláusula à ordem não é essencial às cédulas de crédito bancário, sejam elas cartulares ou escriturais).
- (v) **assinatura eletrônica** do emitente, garantidor(es) se terceiros e eventuais mandatários que garanta a identificação inequívoca do seu signatário.

Como dito, quando tratamos da escrituração essa assinatura eletrônica deverá obedecer a regulamentação da Circular BCB nº 4.036/20 que em seu art. 5º, parágrafo único, admite tanto a utilização da certificação digital para efetivação da assinatura, como outros métodos seguros de identificação, como senha eletrônica, desde que aceitos previamente pelo credor e devedor.

As Cédulas de Crédito Bancário escritural podem ser emitidas com ou sem garantia, como determina o art. 27 e §1º 42-A Lei nº 10.931/20. Essa garantia, na esteira do texto legal pode ser real ou fidejussória, exigindo-se que sua constituição se dê cedularmente, ou seja, elas devem ser constituídas documentalmente, mas a sua constituição deve ser informada (escriturada) no sistema eletrônico de escrituração.

A garantia real pode se dar com bem móvel ou imóvel, material ou imaterial — como uma propriedade intelectual, por exemplo — presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, desde que disponível e alienável. O bem pode ser do próprio devedor ou de terceiro, tal como autoriza o art. 31, da Lei nº 10.931/20.

São admitidas a instituição de garantia real via hipoteca, penhor e alienação fiduciária e o bem vinculado a garantia o abrange em si, bem como todos os seus acessórios, benfeitorias de quaisquer espécies, valorizações, frutos na forma do art. 34, da Lei nº 10.931/04. A instituição de garantia por força desse mesmo dispositivo limita o uso e gozo do bem ao impedir até a efetivação da obrigação garantida, que sem prévia autorização, o credor, altere, retire, desloque ou destrua, ou ainda, modifique sua destinação, exceto quando a garantia for constituída sobre semoventes ou veículos.

O bem pode, a critério do credor, permanecer na posse direta do garantidor, quando se tratar de penhor ou alienação fiduciária, art. 34 da Lei nº 10.931/04. Também pode o credor exigir que o bem dado em garantia seja segurado até a efetiva liquidação da obrigação, art. 35 da Lei nº 10.931/04.

As garantias reais instituídas com relação a Cédula de Crédito Bancário escritural devem ser levadas a registro para que produza efeitos erga *omnes*, isto é, para que seja oponível em relação a terceiros, porque a garantia real para sua validade e eficácia não depende de registro (art. 42, *caput*

da Lei nº 10.931/04). Deve ser encaminhado ao respectivo registro uma certidão (relatório de papel) da Cédula de Crédito Bancário escritural, expedida pela própria instituição financeira, na forma do art. 6º, §2º da Circular BCB nº 4.036/20.

Em se tratando de garantia fidejussória, a garantia da Cédula de Crédito Bancário escritural se dará pela via do aval, já que o aval é garantia exclusivamente cambiária, não obstante o art. 30 da Lei nº 10.931/04 possa parecer indicar outra direção ao dizer: “Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes”.

Isso porque, nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho (2021, p. 50), igual sentido se nota no estudo das diferenças entre as duas espécies de garantia pessoal, porque o aval diz respeito aos títulos de crédito — como a Cédula de Crédito Bancário escritural —, enquanto que a fiança garante os créditos documentados nos demais instrumentos jurídicos. Adequando-se perfeitamente ao conceito de aval que segundo Luiz Emydgio Franco da Rosa Junior (2011, p. 201, grifo nosso) é:

Aval é a declaração cambiária sucessiva e eventual decorrente de uma manifestação unilateral de vontade, pela qual uma pessoa, natural ou jurídica, estranha a relação cartular ou que nela já figura, *assume obrigação cambiária autônoma e incondicional de garantir*, total ou parcialmente, no vencimento, o pagamento do título nas condições nele estabelecidas.

Assim, conclui-se que em se tratando de garantia fidejussória cambiária esta se faz pela via do aval.

Deve ficar assentado, que em razão todas as garantias dadas na Cédula de Crédito Bancário escritural, bem como a constituição de gravames e ônus sobre o título que tudo deve ser informado no sistema eletrônico de escrituração como anteriormente mencionado, conforme dispõe o art. 42, §1º da Lei nº 10.931/04; a mesma regra se estende ao aval.

A Lei nº 10.931/04 nada menciona sobre a possibilidade de aval simultâneo (co-aval) ou sucessivo (aval do aval). No entanto, como é aplicável às Cédulas de Crédito Bancário escritural o regime jurídico supletivo da LUG e do Dec. nº 2.044/1908, que preveem essa possibilidade, não há vedação para que ocorra qualquer das duas hipóteses, todavia, o sistema eletrônico de escrituração deverá ser ajustado a permitir a sua realização.

Em se tratando de Cédula de Crédito Bancário escritural não nos parece possível a ocorrência de aval em branco haja vista que todos os atos cambiários que serão praticados dependerão de assinatura eletrônica, na forma do art. 5º, parágrafo único da Circular BCB nº 4.036/20, que necessariamente identificam o dador do aval e a pessoa que ele pretende avalizar, por conta da redação da alínea 4 do art. 31 da LUG que deixa bem claro que o aval em branco é acidental, porquanto “o aval deve indicar a pessoa a quem se dá”, sendo a regra do aval em branco supletiva decorre de uma desobediência ao comando normativo, razão pela qual entendemos não ser mais possível sua ocorrência com relação às Cédula de Crédito Bancário escritural.

Pela mesma razão, não será aplicável às Cédula de Crédito Bancário escritural a Súmula 189 do STF⁸, já que nessa forma de emissão os avais em brancos não serão mais possíveis, e ainda que fosse o sistema eletrônico de escrituração não permitiria mais a superposição.

Seguindo a esteira do entendimento adotado neste ensaio, e partindo-se a constatação de que a Lei nº 10.931/04 nada menciona com relação ao aval parcial, entendemos pela sua possibilidade, todavia o sistema de escrituração eletrônico deverá se adaptar para permitir sua realização⁹.

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Súmula 189 STF “Avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos”

⁹ A menção sobre possíveis mecanismos eletrônicos (funcionalidades) que o sistema eletrônico de escrituração terá ou poderá criar são conjecturas já que a regulação do BCB em sua Circular BCB nº 4.036/20, na maioria dos casos é

Em que pese o fato de que a cláusula à ordem não seja uma cláusula cambiária obrigatória para as Cédulas de Crédito Bancário escriturais, como vimos anteriormente, é preciso analisar como se dará a sua circulação. Analisando o disposto no art. 42-A, II da Lei nº 10.931/04 verifica-se que só é possível a realização de endosso em preto — limitação originária da lei também para as Cédulas de Crédito Bancário cartulares conforme art. 29, §1º.

A partir da exegese do art. 29, §1º da Lei nº 10.931/04 verifica-se que o endosso pode ser feito tanto para uma instituição financeira ou entidade a ela equiparada quanto para terceiros que não sejam. A Circular BCB nº 4.036/20 trata no art. 4º, I, b) ao determinar que o sistema eletrônico de escrituração deve assegurar condições de inserção das informações de que trata o art. 42-A, onde se insere a menção ao endosso que obrigatoriamente será em preto, assim como garantir a identificação de todos que integrem a cadeia regular de endossos.

Nem a lei, nem a regulamentação do BCB enfrentam a questão referente a natureza do endosso realizado via sistema escritural. Quando dos primeiros estudos sobre os títulos escriturais ou eletrônicos sob o abrigo do tema “desmaterialização” foram escritos, defendia-se que a transferência desses títulos se dava à título de endosso-mandato, como se vê:

Atualmente, a prática brasileira relativa à transferência dos títulos virtuais ou desmaterializados é a de adotar a posição de Hervé Causse que considera o endosso dos títulos escriturais como a título de procuração ou mandato, visto que a instituição onde os títulos estejam “custodiados”, recebe do titular uma procuração com poderes para endossar, sendo, portanto, a transferência feita pela instituição nada mais que um endosso por procuração ou mandato (Nunes, 2013, p. 73).

No entanto, apesar de a lei e a regulamentação do BCB não adentrarem expressamente essa questão do endosso, o fato é que a Lei nº 3.986/29 ao introduzir os novos dispositivos estendeu o regime das Cédulas de Crédito Bancário cartulares às escriturais, portanto, o endosso, que obrigatoriamente será em preto por força normativa, poderá ser decorrente de ato próprio do legítimo credor-portador, ou do seu mandatário, por endosso-mandato, devendo o sistema de escrituração adaptar sua infraestrutura a permitir sua efetivação com a agilidade e a segurança necessários.

Não é possível com relação a Cédula de Crédito Bancário em quaisquer de suas formas — cartular ou escritural — a circulação via tradição, haja vista a vedação do endosso em branco e, no caso das escriturais, porque não há tradição física do título, e, também, porque todos a quem o título é transferido ou que de alguma forma nele intervêm apõem sua assinatura eletrônica, na forma do art. 5º, parágrafo único da Circular BCB nº 4.036/20.

Seguindo a posição dominante na jurisprudência do STJ esposada anteriormente neste ensaio no sentido de que a Lei nº 10.931/04 ao falar em “legislação cambial” refere-se ao regime jurídico das letras de câmbio (LUG e Dec. nº 2.044/1908), os efeitos cambiários do endosso se dão na forma do art. 15 da LUG, ou seja, o endossante é garante da obrigação endossada, respondendo, portanto, pela existência e pela solvência, diferentemente do disposto no art. 914 do Código Civil.

Seguindo esse mesmo raciocínio não observamos qualquer incompatibilidade a realização de endosso-mandato e endosso-caução (endosso-pignoratício), nesse último caso, a própria Lei nº 10.931/04 deixou clara a possibilidade no art. 42-A, §2º ao exigir, quando da constituição de gravames e ônus sobre o título, que eles devem ser informados no sistema eletrônico de escrituração.

Como se vê de tudo que foi desenvolvido neste tópico, a regulação da Lei nº 10.931/04 e da Circular BCB nº 4.036/20 acerca da criação e escrituração da Cédula de Crédito Bancário escritural é concisa, mas ambas regulações, cada qual a sua medida, buscaram tratar dos principais pontos omissos. Em nosso entendimento, dado o caráter normativo de várias conjecturas aqui expostas, a criação e implantação dessas funcionalidades sistêmicas são mandatórias.

operacionais necessários a utilização imediata e em larga escala deste novo suporte para a emissão da Cédula de Crédito Bancário.

3 DESDOBRAMENTOS

Anteriormente analisamos detalhadamente a emissão, a circulação, instituição de garantia, bem como a escrituração de tudo isso no sistema eletrônico de escrituração que, no caso das Cédulas de Crédito Bancária escriturais, fica a cargo das instituições financeiras a escrituração das representativas de duas próprias operações de crédito, conforme dispõe o art. 2º, parágrafo único da Circular BCB nº 4.036/20. Todavia há desdobramentos que decorrem da vida útil dos títulos de crédito que precisam ser analisadas como o pagamento, a execução e o protesto e é sobre isso que nos debruçaremos em seguida.

3.1 PAGAMENTO

O pagamento é o meio pelo qual qualquer obrigação se extingue. Para que o pagamento produza integralmente seus efeitos ele deve ser feito no tempo, modo e a pessoa determinada pelo título de crédito, isto é, na data do seu vencimento e ao devedor principal.

Devedor principal, segundo Luiz Emygdio F. da Rosa Junior (2011, p. 104), é aquele cujo pagamento da soma cambiária extingue a vida do título de crédito, porque não adquire direito cambiário em relação a subscritor algum, isto é, não existem devedores cambiários anteriores que o garantam.

Em se tratando de títulos de crédito a regra geral é a que todos os devedores cambiários são solidários —solidariedade cambial e não civil, já que somente o pagamento do devedor principal extingue a obrigação cambiária, já que os devedores de regresso, ao efetuarem o pagamento, seja ele total ou parcial, não extinguem a obrigação cambiária, porque adquiriram direitos decorrentes de signatários anteriores que o garantem e por isso se sub-rogam no direito de regressar em face dos demais coobrigados a ele antecedentes na cadeia regular de endosso até que se chegue ao devedor principal.

O caso da Cédula de Crédito Bancário escritural o devedor principal é o seu emitente já que se trata de uma promessa de pagamento de pagar dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível dentro das possibilidades facultadas pelo Art. 42-A, II da Lei nº 10.931/04.

O valor que deverá ser pago, seguindo o pactuado na cártula, tal como autoriza o art. 28, §1º da Lei nº 10.931/04, deve conter juros, atualização monetária e eventualmente, multas e penalidades contratuais, o que não é possível nos títulos de crédito mais comuns. No caso de dívida decorrente de contrato de abertura de crédito, o saldo devedor deve ser demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente que deve atender às exigências do §2º. Também é possível, por força normativa a inclusão das despesas para cobrança da dívida, e eventuais honorários advocatícios.

O sistema eletrônico de escrituração deve, na forma do art. 42-A, VI e da Circular BCB nº 4.036/20 art. 4º, I, b), registrar todos os pagamentos que forem efetuados, desonerando, quando for o caso, cada um dos coobrigados do título a medida que os pagamento forem sendo realizados.

Caso o emitente não efetue o pagamento no tempo e modo pactuados na Cédula de Crédito Bancário escritural nasce para o credor (beneficiário do título) a pretensão de buscar o pagamento de qualquer dos coobrigados no título sejam eles endossantes ou avalistas. Para cobrá-los o protesto cambial não é necessário, por força do art. 44 da Lei nº 10.931/04.

Em que pese a desnecessidade para fins de subsistência da relação de coobrigação entre endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores, a impontualidade poderá ser demonstrada através do protesto. A Lei nº 10.931/04 inclusive prevê no seu art. 41 a possibilidade de que a Cédula de Crédito Bancário seja protestada por indicações.

O protesto da Cédula de Crédito Bancário escritural não é diferente do que é feito com a cartular, diferenciando-se tão-somente com relação a forma como o título será distribuído. A Lei nº 13.986/20 que alterou a Lei nº 10.931/04 e muitas outras leis, em nada alterou a Lei nº 9.492/97 que chamamos de Lei de Protesto, contudo o seu art. 8º teve sua redação alterada, sendo-lhe inserido um novo parágrafo por conta da Lei nº 13.775/18 que regulamentou a duplicata escritural/eletrônica.

O antigo parágrafo único, atual § 1º do art. 8º da Lei nº 9.492/97, prevê a possibilidade de apresentação via meio magnético ou gravação eletrônica de dados a indicação a protestos da duplicata escritural. Essa previsão normativa, embora dirigida expressamente às duplicatas escriturais, não nos parece incompatível com as Cédulas de Crédito Bancário escriturais, seja pela possibilidade de protesto por indicações, por força do art. 41, seja pelo fato desse título ser emitido de forma escritural.

O § 2º do art. 8º da Lei 9.492/97 cuja redação é nova, permite que os títulos e documentos de dívidas mantidos sob a forma escritural, nos sistemas eletrônicos de escrituração, como é o caso da Cédula de Crédito Bancário escritural, possam ser recepcionados para protesto por extrato (art. 8º, § 2º da Lei nº 9.492/97), o que não nos parece fazer referência ao protesto por indicações.

Assim, uma vez recebido de uma dessas duas formas, o protesto seguirá seu curso legal, da forma como sempre seguiu.

3.2 EXECUÇÃO

A Cédula de Crédito Bancário, cartular ou escritural, constitui título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 28, *caput* da Lei nº 10.931/04, por isso em caso de inadimplemento a sua cobrança pode ser feita mediante o ajuizamento de uma Ação de Execução, comumente chamada de Ação Cambial.

O sentido da expressão Ação Cambial é assunto divergente na doutrina¹⁰, mas predomina o entendimento de que Ação Cambial é sinônimo de ação executória. Nesse sentido, Fran Martins (2008, p. 248) e Marlon Tomazette (2017, p. 181), este afirmando que:

[...] Dentre os caminhos oferecidos para a busca da satisfação do crédito, o meio normal de buscar a satisfação desse crédito é a chamada ação cambial, pela qual se exercer o direito literal e autônomo incorporado ao título de crédito.

Ela não é o único meio para o exercício do direito incorporado no título, mas é o meio normal colocado à disposição do credor, por se tratar de um meio mais ágil. No direito brasileiro, a ação cambial é uma ação executiva regida pelo Livro II do Código de Processo Civil.

O exercício da pretensão executória para cobrança da Cédula de Crédito Bancário escritural deve ser exercida mediante a exibição da certidão de inteiro teor (relatório) a que se refere o art. 27-C da Lei nº 10.931/04 e art. 6º da Circular BCB nº 4.036/20.

Boa parte das discussões que antecederam a criação da Cédula de Crédito Bancário, que inicialmente fora apenas na forma cautelar, girava em torno da presença ou ausência dos pressupostos de liquidez e certeza das obrigações exigíveis tal como exige o art. 783 do Código de Processo Civil,

¹⁰ Minoritário, entendendo que Ação Cambial inclui a Ação de execução e a Ação de Enriquecimento sem causa (Rosa Junior, 2011).

cuja redação é a mesma daquela constante do art. 586 do Código de Processo Civil/1973 que lhe antecedeu, contemporânea a entrada em vigor da Lei nº 10.931/04.

Após mais que uma década de discussões a queda de braço foi vencida pela previsão normativa do art. 29, II que inclui entre os seus requisitos a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, também no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, correspondente ao crédito utilizado. Essa regra foi complementada pelo disposto no art. 28, *caput*, cuja parte final atribui liquidez, certeza e exigibilidade às Cédulas de Crédito Bancário ao saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Isso significa dizer, que, em se tratando, de Cédula de Crédito Bancário escriturais oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, em que a dívida corresponde ao crédito utilizado, a certidão de inteiro teor deverá vir acompanhada de uma planilha de cálculo, ou dos extratos da conta corrente.

Assim, por força do art. 28 § 2º da Lei nº 10.931/04, quando necessário a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário escritural será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira. E esse documento é essencial para propositura da demanda, sem o qual implicará em inexigibilidade do título.

Os cálculos realizados deverão evidenciar o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida (art. 28, § 2º, I da Lei nº 10.931/04).

Se a Cédula de Crédito Bancário escritural, representar dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, em detalhes, todo o histórico da dívida, com o que foi utilizado, eventuais os aumentos do limite do crédito, amortizações da dívida e os encargos incidentes no período de utilização (Art. 28, § 2º, II da Lei nº 10.931/04).

A última questão que merece enfrentamento nesse tópico, diz respeito ao prazo prescricional para a propositura da demanda executiva, já que a da Lei nº 10.931/04 é silente sobre esse tema.

Na esteira do que analisamos neste ensaio, predomina o entendimento no STJ, de que o art. 44 da Lei nº 10.931/04 ao se referir a “legislação cambiária”, entende pela aplicação supletiva da LUG e Dec. 2.044/1908. Por essa razão, seguindo esse entendimento e com coerência de raciocínio o STJ vem entendendo que o prazo prescricional aplicável à Cédula de Crédito Bancário é o previsto no art. 70 da LUG, senão vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EXECUÇÃO. PRAZO TRIENAL DE PRESCRIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. 1. Hipótese em que a parte recorrente alega que a Lei Uniforme de Genebra não poderia incidir no caso dos autos, uma vez que seria aplicável apenas a letras de câmbio e notas promissórias e que, in casu, a discussão gira em torno de Cédula de Crédito Bancário.

2. Consoante jurisprudência do STJ, considerando o disposto no art. 44 da Lei n. 10.931/2004, aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que couber, a legislação cambial, de modo que, à falta de prazo específico na mencionada norma, mostra-se de rigor a incidência do art. 70 da LUG, que se apresenta, no cenário jurídico, como uma espécie de norma geral do direito cambiário.

3. É inaplicável o prazo do atual Código Civil ao caso em exame, que trata de execução de título de crédito, haja vista que o referido Diploma fez expressa reserva de subsidiariedade nos arts. 206, § 3º, inciso VIII e 903. Precedentes.

4. Agravo Interno não provido (Brasil, 2019).

Seguindo esse entendimento, conclui-se que à falta de prazo específico deve ser aplicado o prazo prescricional previsto no art. 70 da LUG, ou seja, 3 (três) anos para o devedor principal, que é o emitente da Cédula de Crédito Bancário e 1 (um) ano para coobrigados — endossantes e avalistas, devedores de regresso — para a pretensão em ação cambial de regresso.

Assim, em que pese o julgado acima referido se referir a Cédula de Crédito Bancário cartular, já que anterior às alterações promovidas na Lei nº 10.931/04, pela Lei nº 13.986/20 para introduzir no ordenamento jurídico a Cédula de Crédito Bancário escritural, não há mudança estrutural nesse sentido, tratando-se de inovação apenas quanto a forma de emissão, o seu suporte. Por essa razão entendemos que o mesmo entendimento manifestado pelo STJ deve ser estendido a Cédula de Crédito Bancário escritural.

Por fim, considerando, que a Ação Cambial constitui um meio judicial de cobrança de uma Cédula de Crédito Bancário escritural, merece menção regra especial prevista no art. 28, §3º da Lei nº 10.931/04 que penaliza o credor que cobra judicialmente valor do crédito em desacordo com o que estiver expresso na Cédula de Crédito Bancário será obrigado a pagar em dobro o valor pago a maior.

CONCLUSÃO

A novel legislação que cria e regula a Cédula de Crédito Bancário escritural — Lei nº 13.986/20 que converteu em lei a MP nº 897/19 — demorou, mas apesar disso seguiu um movimento político-legislativo contínuo de modernização da legislação empresarial para melhoria do ambiente de negócios no Brasil e da posição no ranking *doing business* iniciado com a edição da Lei nº 13.874/19, apelidada de Lei da Liberdade Econômica, de modo que a regulação cambiária não poderia ficar de fora haja vista seu papel de instrumento de circulação de crédito.

Sem crédito a economia não gira, e a Cédula de Crédito Bancário, em particular, embora causal, é dotada de uma maleabilidade prática muito interessante já que a lei autoriza sua emissão para operações de crédito em geral açambarcando a mais ampla gama de concessões de crédito que uma instituição financeira ou a ela equiparada pode realizar.

A forma ou suporte escritural dos títulos de crédito, é resultado de um movimento contínuo de desmaterialização que tem potencial, e com a Cédula de Crédito Bancário não é diferente, para tornar a operação bancária ainda mais célere, mais segura — mais segura não significa totalmente livre de inseguranças — e, ao que parece, barateará a concessão de crédito, mas ainda é necessário tempo para confirmar o que hoje se conjectura.

A regulação do BCB chegou rápido, ainda sob a vigência da MP 897/19, e se consubstanciou na Circular BCB nº 4.036/20. Trata-se de uma regulamentação concisa que de forma objetiva buscou enfrentar os principais pontos operacionais necessários a utilização em larga escala desta nova forma de emissão da Cédula de Crédito Bancário, e que já vem cumprindo esse papel.

Buscou-se neste ensaio oferecer uma visão geral a respeito de como deve-se operar na prática essa nova forma de Cédula de Crédito Bancário e espera-se que tenha contribuído para esclarecer as questões que se apresentam a partir desse arcabouço normativo.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 4.036, de 15 de julho de 2020.** Dispõe sobre o exercício da atividade de escrituração de Cédula de Crédito Bancário e de Cédula de Crédito Rural por instituições financeiras e altera a Circular nº 3.616, de 30 de novembro de 2012. Brasília, DF: BCB, 2020a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51096/Circ_4036_v1_O.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução CMN nº 4593, de 28 de agosto de 2017.** Dispõe sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros. Brasília, DF: BCB, 2017. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50425/Res_4593_v3_P.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Voto 196/2020–BCB, de 15 de julho de 2020.** Assuntos de Regulação – Propõe a edição de ato normativo dispendo sobre a atividade de escrituração, por instituições financeiras, da Cédula de Crédito Rural (CCR) e da Cédula de Crédito Bancário (CCB) e alterando a Circular nº 3.616, de 30 de novembro de 2012. Brasília, DF: BCB, 2020b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2020196/Voto_do_BC_196_2020.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

BORBA, Gustavo Tavares. A desmaterialização dos títulos de créditos. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 85-101, mar./ago. 1999.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Cédula de crédito bancário: estrutura e funcionalidade. **Revista do Direito ao Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 114-143, jan./mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Medida provisória no 1.925-1, de 11 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a cédula de crédito bancário. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1925-1.htm. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Medida provisória no 1.925-15, de 14 de dezembro de 2000.** Dispõe sobre a cédula de crédito bancário. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1925-15.htm#art22. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 148.290-RS.** Contrato de abertura de crédito, título executivo (inexistência), o contrato de abertura de crédito não é título executivo, orientação da segunda seção, embargos conhecidos, mas rejeitados. Embargante: Banco do Brasil S/A. Embargado: Nelson Nicolau Mallmann. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 24 de fevereiro de 1999b. Disponível em: <file:///C:/Users/estagiario.bcref/Downloads/5703-20807-1-SM.pdf>. Acesso em 18 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso especial nº 1.525.428 – PR.** Agravo interno no agravo em recurso especial. cédula de crédito bancário. execução. prazo trienal de prescrição. não aplicação do código civil. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravado: Moacyr Soares dos Santos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 12 de novembro de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901754311&dt_publicacao=12/11/2019. Acesso em: 18 set. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados. *In*: JORNADA DE DIREITO EMPRESARIAL, 1., 2012, Brasília, DF. **Anais** [...]. Brasília: CJF, 2012. p. 51-56. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito**: uma nova abordagem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GUAZZELLI, Tatiana Mello. **Cédula de crédito bancário**: aspectos jurídicos de sua negociação e proteção dos investidores. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

HORTA, Francisco Luiz Peduto. **Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

KOBUS, Renata Carvalho; GONÇALVES, Guilherme Reis. O processo virtual e a execução da cédula de crédito bancário eletrônica. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 7, n. 1, p. 1093-1113, 2021.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. Virtualidade ou desmaterialização dos títulos de crédito na sociedade em rede e era da informação – teoria da “cártula” eletrônica, magnética ou digital. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 56-86, jan./jun. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/9151/pdf_1. Acesso em: 10 abr. 2024.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. **Títulos de crédito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: títulos de crédito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v.

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. A cédula de crédito bancário escritural. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 41-57, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p41-57. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/11/2023

Aprovado em: 02/05/2024

OS IMPACTOS NA ESTRUTURA
ORÇAMENTÁRIA PÚBLICA
DEVIDO A JUDICIALIZAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE

THE IMPACTS ON THE PUBLIC
BUDGET STRUCTURE

DUE TO THE JUDICIALIZATION
OF THE RIGHT TO HEALTH

Erica Pinheiro de Albuquerque Leal*

Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro**

*Doutoranda em Direito
(Universidade Federal do Pará -
UFPA/PR).
Mestre em Direito (Universidade
Federal do Pará - UFPA/PA).
E-mail: ericaalbuquerqueleal@
outlook.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5132-0827>

**Doutora em Desenvolvimento
Socioambiental e Mestre em
Planejamento do Desenvolvimento
Regional pela Universidade Federal
do Pará (UFPA/PA).
Professora adjunta da Faculdade
de Direito da UFPA e do Programa
de Pós-Graduação em Gestão
Pública do Núcleo de Altos Estudos
Amazônicos (UFPA/PA).
E-mail: krishina.ribeiro@gmail.
com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2180-8503>

Como citar: ALBUQUERQUE LEAL, Erica Pinheiro de Albuquerque Leal; LOBATO RIBEIRO, Krishina Day Carrilho Bentes. Os impactos na estrutura orçamentária pública devido a judicialização do direito à saúde. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 58-70, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p58-70. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo possui como objetivo debater e identificar os efeitos da judicialização do Direito à Saúde no orçamento público, demonstrando se eles são favoráveis ou desfavoráveis para a estrutura orçamentária brasileira. Busca-se, por meio da aplicação do método dedutivo, a partir da premissa maior quanto aos impactos gerados pela judicialização e da premissa menor, que o dispêndio acentuado das demandas individuais atinge o orçamento público, analisar a hipótese se que há efeitos negativos. Desse modo, aplicou-se a revisão bibliográfica sobre os textos que tratavam sobre a temática e o levantamento documental, como método de comparar os julgados dos tribunais nacionais. A metodologia é qualitativa e pretende compreender se há esse fenômeno de causa e consequência para o orçamento público.

Palavras-chave: direito à saúde; orçamento público; judicialização.

Abstract: This article aims to debate and identify the effects of the judicialization of the Right to Health on the public budget, demonstrating whether they are detailed or unfavorable for the Brazilian budget structure. Seeking, through the application of the deductive method, based on the greater representation regarding the impacts generated by judicialization and the smaller representation, that the accentuated expenditure of individual demands affects the public budget, analyze the hypothesis whether there are negative effects. In this way, a bibliographical review was applied to the texts that dealt with the topic and a documentary survey, as a method of comparing the judgments of national courts. The methodology is qualitative and aims to understand whether there are these characteristics of cause and consequence for the public budget.

Keywords: right to health; public budget; judicialization.

INTRODUÇÃO

A análise da problemática que envolve a judicialização do direito à saúde demanda uma compreensão sistêmica quanto as normativas que compõem o ordenamento jurídico, sopesando que a apenas a categorização na Constituição Federal da República, no seu artigo 6º, no rol de direitos sociais, é categoria suficiente para subsidiar a aplicabilidade imediata, como determinado no rol do artigo 5º, §1º da referida Constituição Federal da República (Brasil, 1988).

Essa premissa constitucional não deveria servir de base e justificativa direta para deferimento de tutelas e julgamentos procedentes em ações demandas individuais, que conseqüentemente, impactam expressivamente no orçamento do Poder Executivo e dos entes federados. Ao passo que a problemática da crise de efetividade do direito à saúde, devido aos fatores sociopolíticos e jurídicos, expõe as mazelas enfrentadas pela parcela da população que depende, exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS), uma faixa de 71% da população brasileira (Brasil, 2014, p. 4).

Por sua vez, o acionamento do judiciário tem a frequência ampliada, com a finalidade de obrigar o Executivo a cumprir com o dever constitucional e, dessa forma, assegurar o direito fundamental a saúde. Contudo, a judicialização repercute efeitos para o orçamento público e indiretamente para a população a serem analisados no presente trabalho, pois essa categoria representa a ferramenta que estrutura a execução das políticas públicas que garantem o Direito à Saúde, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal da República (Brasil, 1988).

Embora o texto constitucional estabeleça fontes orçamentárias para assegurar o atendimento desse direito social, bem como enumere os percentuais mínimos de recurso que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar em políticas de saúde, a escassez de recursos públicos apresenta a paralisação no fornecimento de forma equânime, fomentando o ajuizamento das demandas judiciais.

As fontes orçamentárias são limitadas e tais considerações carecem de ser analisadas pelos juristas na atuação em demandas de saúde, carecendo a interpretação das normas em sintonia com a realidade, aplicando avanços na interpretação e concretização das normas constitucionais, porém para essa interpretação é necessário o conhecimento dos efeitos de tais decisões no orçamento público.

Nessa perspectiva, o problema de pesquisa a ser explorado propõe a análise se esses impactos orçamentários são negativos ou positivos. Somado a isso, em que medida o resultado do primeiro questionamento pode gerar problemáticas para a população. Através desses questionamentos, aplica-se o método de revisão bibliográfica, por meio da sistemática qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo a interpretação dos dados levantados sobre a temática.

Para isso, o artigo será subdividido em três partes: a primeira parte propõe uma explicação sobre o fenômeno da judicialização e demonstração de como as normas orçamentárias poderiam limitar a atuação judicial, de forma preventiva à problemática que hoje existe; o segundo tópico apresentará os fatores relevantes para formulação orçamento, dentre as escolhas racionais diante das limitações de recurso; no último tópico aponta-se de que forma as decisões judiciais operam de modo dissonante às normas orçamentárias e os efeitos dessa estrutura no judiciário para o orçamento público.

1 A JUDICIALIZAÇÃO E AS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS QUANTO A LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

A judicialização representa uma nomenclatura para um fenômeno que se reproduz em países com crescimento da justiça constitucional e eivados por discussões de grande repercussão na esfera judicial. Ocorre uma substituição das instâncias do poder executivo e legislativo, desviando a

resolução pelas instâncias políticas para a esfera judicial, nesse ponto Luís Roberto Barroso (2012, p. 24) esclarece que:

A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

Essa tendência é comumente apresentada nas sociedades com características de “democracias de massas” e com o modelo institucional que permite a ampliação da sistemática judicial (Fonseca; Couto, 2018, p. 829). Desse modo, o conceito a ser adotado da judicialização no trabalho é de decisão de questões com ampla ressonância social ou política, que deveriam ser resolvidas no âmbito das instâncias políticas, por gerar consequências coletivas, mas onde há a transferência de poder para os tribunais.

Assim, representa-se a judicialização aqui como “a expansão do campo dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais” (Tate; Vallinder, 1995, p. 13). A interferência desmedida do judiciário nos demais poderes acontece com a interpretação e aplicação dos direitos constitucionais sem compreensão do exercício político, responsável por esse controle.

Ao passo que a consecução dos direitos sociais, especificamente o direito à saúde, deve ser estruturada politicamente pelo poder executivo e legislativo, com a atuação dos representantes eleitos; o controle judiciário deveria assumir seu papel nos desvios da prática administrativa expressa constitucionalmente (Leite, 2011, p. 104). Contudo, não há interesse na dissecação do termo de forma extensa, pretende-se apenas contextualizar sobre o viés do direito à saúde.

Nesse contexto, a concretização do direito à saúde deveria ser aliada ao ideário de sanar a inércia do legislador, com conhecimento da legislação infraconstitucional e reguladora desse direito e do Sistema Único de Saúde. A intervenção se deteria aos casos em que a execução das políticas públicas não está correlacionada com a legislação, demonstrando à administração o devido cumprimento a ser seguido (Souza, 2020, p. 153).

Os exemplos são claros quando da judicialização de ações atreladas a laudos médicos indicativos, com prescrições indispensáveis de remédios, em que pese o reflexo decisório ser reproduzido em âmbito local e até mesmo nacional, como no caso do fornecimento da fosfoetanolamina, que não possuía eficácia comprovada no combate ao câncer, e no intervalo de oito meses provocou 13 mil decisões liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse o medicamento (Azevedo; Aith, 2019, p. 7).

A expansão dos direitos sociais e o caráter paternalista assumido pelos tribunais, sob o viés dos direitos fundamentais, podem ocasionar aberturas conceituais problemáticas, a prestação desmedida gera consequências orçamentárias para o ente público que carecem de estudos de impacto, principalmente da apreciação da cientificidade nos remédios indicados na lista do SUS.

Essa problemática pode ser atrelada a propositura da Constituição Federal de 1988, responsável pela imposição das normas de plena eficácia, ampliando direitos e instituindo o cumprimento imediato (Brasil, 1988). A aplicabilidade passa a ser direta e imediata pelos juízos, fortalecendo essa atuação (Novais, 2012, p. 213).

É importante ressaltar que não é pretensão criticar as beneficiés que o poder judiciário pode proporcionar à manutenção do Estado Democrático de Direito, como instrumento de tutela especialmente na garantia de remédio que já estão na relação de fornecimento pelo SUS; o aumento da regulação; a incorporação de novas tecnologias, influenciando a análise do SUS e da ANS para

incorporá-las; a concretização dos direitos fundamentais (Schulze, 2018, p. 93). Todavia, é de suma importância sopesar que não há recursos ilimitados e eles devem ser considerados diante de uma visão integrada do judiciário com os parâmetros orçamentários.

O próprio legislador constituinte estabeleceu no artigo 197 da Constituição Federal, que o direito à Saúde deveria ser regulamentado por leis, de modo a formularem as Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 (Brasil, 1990a, 1990b). Associado a isso, foram estipuladas as normas orçamentárias na categoria de normas limitadoras do poder judiciário, devendo existir assimilação das diretrizes infraconstitucionais que delimitam o conteúdo e a destinação das verbas, como no caso das leis de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

1.1 A ATRIBUIÇÃO LIMITADORA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS DIANTE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A ferramenta estatal para a execução do planejamento do Estado, por meio das discriminações de receitas e despesas sob o intervalo de tempo, pode ser encarada como a descrição do orçamento público. Dentro do ramo do direito financeiro, será levada em consideração a definição de Marcus Abraham (2018a, p. 281), no qual estabelece que:

[...] mais do que um ato ou uma peça meramente contábil, utilizada para identificar os recursos financeiros a serem arrecadados e programar as despesas a serem realizadas, o orçamento público é um documento de natureza eminentemente política, uma vez que concretiza e revela as pretensões de realização e as prioridades e programas de ação da Administração Pública perante a sociedade, conjugando as necessidades e os interesses dos três Poderes, seus órgãos e entidades e seu funcionamento harmônico e interdependente.

É por meio desse instrumento que a sociedade civil pode identificar a destinação dos recursos financeiros arrecadados, devendo as despesas públicas estarem fixadas neste, respeitando as devidas exceções. Ocorre que com o marco teórico do neoconstitucionalismo proposto pela Constituição Federal de 1988, o orçamento além de assumir o viés de controle governamental sobre os recursos, não apenas mero objeto de contabilização, passou a ser uma ferramenta de concretização de direitos fundamentais (Canela Júnior, 2013, p. 230).

Esse planejamento orçamentário e financeiro deve ser efetuado por meio de três leis orçamentárias de iniciativa do chefe do Poder Executivo, de acordo com o artigo 165 da Constituição Federal: a Lei do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. A legislação do Plano Plurianual (PPA) determina de forma regionalizadas as metas e diretrizes da Administração, para as despesas de capital, assim como os projetos e programas de longa duração, assumindo o principal papel no planejamento de médio e longo prazo, permitindo a orientação e a elaboração dos planos do poder público (Meirelles, 2008, p. 78).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) está atrelada a previsão das temáticas prioritárias da Administração, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, direciona a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA) e discorre sobre as mudanças na legislação tributária local. Por último, a LOA estima receitas e fixa despesas para um exercício financeiro, possibilitando o conhecimento dos recursos públicos no âmbito dos contribuintes e quem são os beneficiários desses recursos (Bruno, 2007, p. 65; Gontijo, 2004, p. 7).

A instituição da LDO foi uma das inovações da Constituição de 1988 que oportunizou a interconexão do plano de trabalho do exercício e o orçamento anual, para dar concretude orçamentária as pretensões do plano de governo (Brasil, 1988). No caso do direito social à saúde, que demanda

a previsão de políticas públicas com o devido planejamento, para que se otimizem os recursos e garanta a maior efetividade é necessária a compreensão da composição no orçamento.

A Constituição Federal dispôs no artigo 165, §5º, inciso III, que a natureza do orçamento da seguridade social integra a Lei Orçamentária Anual e estipula os percentuais mínimos a serem utilizados na saúde (Brasil, 1988). Acontece que a Administração Pública, diante da ausência de recursos no âmbito da saúde público, é submetida a fazer escolhas, especialmente em cenários de calamidades públicas. Essa realidade com recursos finitos gera a busca por garantias através do judiciário, mesmo que sem sopesar o orçamento, gerando alterações neste.

À vista dessa problemática, a Constituição Federal de 1988 atrelou ao orçamento a uma das funções de limitar o poder judiciário (Brasil, 1988). E, essa limitação fica visível no caso do Direito à Saúde quanto institui no artigo 196 a garantia deste direito mediante políticas sociais e econômicas, cuja previsão deve constar no orçamento público constitucional (Bühler, 2017, p. 41). Enquanto componente do rol dos direitos sociais, no artigo 6º da CF/88, ele reconhece o direito de pretensão do indivíduo contra o poder público, que poderá se realizar através das políticas públicas.

Observa-se, além disso, a interdependência entre os direitos individuais e sociais, uma vez que os segundos são condição para o gozo dos primeiros. Portanto, tratar o Direito à Saúde como apenas garantia individual pode gerar a exclusão e prejuízo a todos os demais (Bitencourt, 2013, p. 87). Compreende-se que a Carta Constitucional pretende a resolução coletiva do Direito à Saúde, com aplicação por meio de políticas públicas na coletividade. Desse modo, a previsão orçamentária é de suma importância para o controle imposto aos poderes políticos e ao poder do judiciário.

1.2 ESCASSEZ DE RECURSO DIANTE DA DEMANDA JUDICIAL

A questão apontada com frequência como causa da judicialização da saúde é a escassez de recursos e a garantia do direito fundamental à saúde não está escuso do alto custo em despesas. Isso está atrelado ao custo no planejamento, estrutura organizacional, implementação e manutenção da garantia desse direito aos cofres públicos. E, sob essa análise, o entendimento de Juliano Heinen (2009, p. 21) afirma que todos os direitos possuem despesas e que esses possuem um caráter prestacional.

Dessa forma, é imprescindível a consideração financeiro-econômica na alocação de despesas, para assegurar a prestação deles de forma continuada. Sobretudo quando se atrela esse pensamento à alocação orçamentária no sentido amplo e específico. A alocação no sentido amplo correspondendo as escolhas de recursos a serem destinados para cada unidade orçamentária, com o objetivo de suprir o planejamento em caráter coletivo. Ao passo que a alocação em sentido específico se atrelaria as decisões de repasse às instituições e serviços que serão subsidiados pelo dinheiro público fornecido (Leite, 2011, p. 47).

Os serviços a serem prestados em nenhum momento são pensados na premissa individualizada, pois as demandas espontâneas gerariam reflexos nos demais cidadãos. O desarranjo dos cofres públicos, com a eleição de demandas individuais diante da coletividade, impactaria a sociedade civil.

O reconhecimento dessa limitação é apresentado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2010), no Relatório mundial de Saúde 2010: financiamento dos sistemas de saúde – o caminho para a Cobertura Universal 2010, em que “nenhum país, independentemente do grau de riqueza, foi capaz de assegurar que toda a gente tenha acesso imediato a todas as tecnologias e intervenções que podem melhorar a sua saúde ou prolongar a sua vida” (OMS, 2010, p. 11).

Essa escassez acarreta a impossibilidade do atendimento de todas as demandas, porém não inviabiliza a garantia da concessão da saúde pelo Estado. O real entendimento é quanto à necessidade de estipular mecanismos de melhor aplicação do sistema de saúde com o maior alcance de pessoas

a serem atendidas. Cabe ressaltar que a impossibilidade citada não pode servir de justificativa para o poder público não atender a todos os cidadãos ou até mesmo isentar-se do atendimento universal, como demanda a Constituição Federal (Sabino, 2014, p. 91).

O cenário brasileiro não é de escassez absoluta, considerando a expressiva arrecadação tributária, mas é posto em questão no presente trabalho o deslocamento de quantias para atendimento de demandas individuais, que não constam nos planos de saúde, diante de doenças com largo estudo que receberam rubrica orçamentária devido ao debate acadêmico e político. É sob esse ponto que as decisões judiciais tomadas de forma dissonante do orçamento público podem prejudicar a gestão de saúde pública (Souza, 2020, p. 171).

Esse paradoxo de reconhecimento de direito e benefício individual que pode gerar negação da mesma prestação a outro cidadão e o posicionamento do magistrado deveria ser de garantir a alocação de recursos de acordo com a regulamentação legal. A estrutura normativa tributária não pode ser ultrapassada, especialmente devido a densidade normativa e ingerência na aplicação das políticas públicas que garantem o direito fundamental à saúde.

É crível o entendimento que a escassez é fenômeno anterior a judicialização do Direito à saúde, onde os recursos limitados que geram as demandas e pretensões dos cidadãos; apesar de ser justificativa também é problema, pois reafirma o aumento das demandas judiciais e o desajuste orçamentário nas contas públicas. Em consequência disso, a consideração da judicialização desatrelada do orçamento, no proferimento das decisões, pode gerar danos expressivos ao erário e a sociedade como um todo.

A exemplificação quanto ao aumento do quantitativo de processos judicializados pode ser checada a partir dos dados de gestão processual, com levantamento feito junto aos tribunais estaduais e federais através da Lei de Acesso à Informação em temas afetos à saúde. Houve aumento de 130%, entre 2008 e 2017, acima do número geral de processos judiciais em geral, que cresceu 50% no mesmo período (Azevedo; Aith, 2019, p. 7).

Esse número crescente de pretensões judiciais com expedições de ordens para inclusão de novos produtos e procedimentos não instituídos nas políticas públicas gera um “impacto deslocativo do orçamento” (Castro, 2012, p. 44), pois exige a formalização de despesas fora das políticas públicas (Dresch, 2019).

A saúde é direito humano fundamental de natureza universal e igualitário, impondo limitações quanto às políticas públicas reguladas, como demonstra o art. 196 da Constituição Federal, de modo que extrapolar esse cerne encadeia na natureza assistencial, uma vez que deve abarcar apenas aos cidadãos que não possuam condições financeiras para arcar com as despesas de tratamento, como aponta a postura do STJ e STF (Dresch, 2019).

Dessa forma, a lógica de efetuar as políticas públicas de modo planejado é premissa da Constituição Federal de 1988, com a destinação de recursos atrelada ao cumprimento de objetivos. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) também deve ser considerada nesse contexto decisório, pois possui o princípio do equilíbrio entre as receitas e despesas, com finalidade de salvaguardar o equilíbrio nas contas públicas e a correlação entre esses gastos e ganhos com a lei de diretrizes orçamentárias. O descumprimento da própria LRF gera a aplicação de sanção de natureza penal e institucional.

Associado a isso, é previsto na LRF a especificação das regras existentes nas leis orçamentárias, reduzindo a discricionariedade na destinação de verbas e impondo ao gestor a consideração dos pontos prioritários, limitando as possibilidades de atuação diante das demandas que são apresentadas por meio de decisões judiciais, conforme estipulado nos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diante desses apontamentos, na área da saúde o entendimento não seria diferente, conforme leciona Áquilas Mendes (2003, p. 115):

O gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira.

Essa primeira função da gestão orçamentário-financeira que representa o planejamento é prejudicada com o posicionamento do judiciário, dissonando da obrigação imposta pela LRF de interação dos instrumentos de planejamento, vinculando o administrador ao orçamento, passível de ser punido em caso de ordenação de despesas não previstas em lei. A assunção dessa responsabilidade pode também ser respondida pelo crime de responsabilidade fiscal, por infringir determinação legal na realização de despesa ou dispêndio de montante superior não previsto no orçamento.

Há, portanto, o reconhecimento da verdadeira importância do planejamento orçamentário antes da instituição de uma política pública de saúde e os riscos que as decisões judiciais podem ocasionar a esse planejamento. À vista disso, ao tratar sobre orçamento e sendo este aprovado por ato do poder legislativo, a ingerência do judiciário com ações que alteram e modificam a afetação das receitas, ou que determinem ao Executivo o dever de alterar a lei para cumprir determinada sentença carece de legitimidade. A usurpação de competências não coaduna para o desenvolvimento das políticas públicas continuadas estipuladas no planejamento orçamentário.

2 DISSONÂNCIA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A ORDENAÇÃO DAS DESPESAS

Após a discussão anterior que elencou a previsão do constituinte no estabelecimento de normas orçamentárias, para limitar a atuação do poder judiciário, foi possível compreender que esse limite não é efetivo. A assunção do judiciário na postura de atuar sem preocupação com as consequências de suas decisões, gera impactos financeiros subsequentes.

Onde pode ser citada tese do Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário – RE 195192, “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente” (Brasil, 2000, p. 19).

A menção do voto apresenta a compreensão do judiciário de determinações impositivas à Administração Pública, imperando que ela atenda às demandas do requerente e relegando a própria o ônus de tomar as devidas providências. Não há desconhecimento por parte do judiciário das consequências das decisões proferidas, apenas não as considera como justificativa relevante como critério de solução.

Dirley Cunha Junior (2008, p. 35) sustenta, ao analisar o controle judicial das omissões do poder público, que a vontade do constituinte não seria prejudicada se houvesse a consideração do planejamento orçamentário para a efetivação do direito social à saúde. Desse modo, o direito fundamental subjetivo poderia ser reconhecido, dentre outras condições, no caso de análise dos custos e benefícios autorizar o seu reconhecimento.

É o entendimento do presente trabalho que o judiciário necessita internalizar que a garantia e decisão a favor de uma parte implica na falta de recursos para outras, gerando a inefetividade dos direitos fundamentais e das decisões que visam garanti-los. Somado a isso, o custo aplicado nas políticas públicas, quando é realocado para garantia de direitos individuais, gera o enfraquecimento econômico do estado e sua falência não é capaz de resguardar direitos.

Nesse sentido, a constituição da república resguarda a integralidade no atendimento à saúde, de modo que a judicialização é a consequência da inefetividade desses serviços. Contudo, as decisões do judiciário proferidas carecem de atenção sobre as regras de repartição de competência, com o objetivo de evitar o “impacto deslocativo do orçamento” (Dresch, 2014, p. 19), porque a geração de despesas fora das rubricas orçamentárias, levam a uma desordem administrativa.

É sob essa perspectiva, que o poder judiciário não pode desconsiderar a estrutura administrativa hierarquizada do sistema e a influência dessa sobre as diretrizes das políticas públicas. Tal posicionamento acarreta expressivamente na modificação da previsibilidade do orçamento, gerando a assunção pelo judiciário da possibilidade de intervir e controlar políticas públicas.

De acordo com Sabino (2014, p. 74), o julgador se baseia nos fundamentos jurídicos e lineares, impedindo de concatenar os prejuízos financeiros e econômicos, bases que são de extrema importância e impacto para as políticas públicas, mesmo em pedidos individuais.

Nesse contexto, o pensamento linear tratado pelo autor aponta que o juiz decide por meio de um “argumento linear”, com a explicação de um caso em que há omissão executiva na garantia da política de saúde, e como Estado possui o dever de prover saúde a todos, de maneira isonômica, justifica-se o reconhecimento da demanda e a possibilidade de o judiciário corrigir omissões inconstitucionais.

Não é pontual a análise por doutrinadores de que o judiciário segue um padrão decisório, Miranda (2013, p. 17) também aponta que o grande número de decisões teve como argumentação principal a dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, sem correlacionar a existência de políticas específicas para o caso concreto. A incidência do “argumento linear” foi identificada a partir do proferimento do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Petição 1.246/SC de 13/02/1997 (Souza, 2020, p. 69).

A retórica linear desconsidera as temáticas orçamentárias, ignorando pontos igualmente importantes apontados por aqueles que acreditam que o poder judiciário não está preparado para lidar com a administração de políticas públicas. Então como considerar a decisão como um ato decisório fundamentado, se a linearidade o afasta de regras contrárias à conclusão simplista do judiciário (Sabino, 2014, p. 49).

Contudo, a escolha decisória diante de um caso de vida e morte é complexa, mas a estruturação da política pública de saúde não possui resolução fácil. Nesse ponto, os dados de 2020 sobre o aceite das demandas judiciais, levantados por Costa, Silva e Ogata (2020, p. 153), apontaram que a taxa de deferimento das ações de tratamento de alto custo não constante em listas oficiais chega a ser maior do que 90%.

O Conselho Nacional de Saúde (CNJ) em 2021 publicou relatório retratando os impactos da judicialização na saúde e o ponto mais expressivo é quanto ao fornecimento de medicamentos, fato que persiste desde 2019. Quanto a taxa de concessão de liminares é de em média 80%, enquanto a taxa de deferimento é de 71,6% nos processos julgados procedentes (CNJ, 2019, p. 12).

Posto isso, não é compreensível que a proteção do interesse social em caráter coletivo seja a premissa do judiciário, pois impera que a judicialização no Brasil é majoritariamente voltada para a tutela de interesses individuais. É sob esse ponto que se indaga quais as prioridades na alocação de orçamento escasso, diante de critérios diferenciados do texto constitucional e do ideário do judiciário, sem deixar de lado os critérios racionais e o conhecimento científico.

Miranda (2013, p. 51) considera os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do próprio Sistema Único de Saúde como documentos hábeis para subsidiar as decisões do judiciário, mas não os são considerados. Ressalta-se ainda que a doutrina majoritária não compreende a legitimidade do Poder Judiciário de elaborar políticas públicas ou interferir no seu planejamento, consequência

que ocorre quando há manifestação decisória. Essa função é do poder legislativo, executivo e das exigências da sociedade civil (Jabour, 2012, p. 72).

Coaduna com essa análise a ideia da alocação de recursos, que envolve escolhas políticas, técnicas e jurídicas, sob a responsabilidade do poder executivo, possuidor da visão global dos recursos disponíveis e com a prerrogativa para efetuar o levantamento das necessidades a serem supridas. Dessa forma, Riani (2013, p. 76) compreende que a substituição do poder político pelo processo judicial não é legítimo e não tem capacidade para prover essas questões.

A complexidade e o impacto orçamentário são empecilhos significativos para apontar controvérsias nos posicionamentos do judiciário, uma vez que a decisão tomada pode gerar efeito em cadeia em diversos casos semelhantes. O problema estrutural é apenas pano de fundo nas demandas individualizadas, apresentando solução mais fácil sem considerar a visão macro da problemática.

A resposta taxativa quanto as consequências em pleitear o deferimento ou não uma demanda individual não existe. Entretanto, há resultados que não são possíveis de serem afastados como o custo elevado da efetivação de direitos e o dispêndio de modo abrupto e sem planejamento em casos específicos. Essa exigência de análise custo careceria da voluntariedade do julgador em verificar a previsão legal na lei orçamentária dentro dos recursos do governo.

A peça orçamentária e seus anexos fornecem as informações necessárias e quanto aos recursos disponíveis, poderia ser utilizado o exame das leis orçamentárias (PPA, LDO, LOA e LRF) e a verificação das contas públicas do ente federado (Leite, 2011, p. 61). O sopesar dessa análise precisa ser debatida e incentivada, pois o desarranjo financeiro com a judicialização impõe realocação de valores. Tais medidas sem o levantamento da constitucionalidade desses julgados, pois a Constituição Federal explicita a proibição do aumento das despesas em dissonância com o PPA (Souza, 2020, p. 23).

O julgamento sem conhecimento multidisciplinar e sem ponderar os impactos de sua decisão pode prejudicar diretamente as políticas públicas, coadunando com o entendimento que o orçamento deveria ser diretriz obrigatória para análise decisional, com o objetivo de alcançar meios que tragam menores desvantagens e gravames no âmbito público.

As consequências devem ser precavidas e consideradas para a interpretação, especialmente as de difícil resolução. Contudo, o depreendido é a contrariedade desse pensamento por parte do judiciário que se afasta das questões jurídico-orçamentárias, não interessando quais efeitos podem gerar nos cofres públicos ou se ainda possuem recursos a serem despendidos para essas decisões (Leite, 2011, p. 67).

A proporcionalidade da liberdade na atuação do judiciário deveria ser pautada na inversa proporção das consequências da decisão nos cofres públicos, à quantidade de sujeitos a serem afetados ou que poderiam ser beneficiados pela decisão, à necessidade de mudança nos programas e projetos continuados do governo para atendimento da decisão e à possibilidade dessa via decisional virar uma saída alternativa para a garantia de direitos no lugar das políticas públicas desenvolvidas para isso. As consequências podem ser um norte para a tomada de decisão, podendo justificar a mudança do caminho a ser seguido com base no melhor fim que se almeja alcançar, sem graves danos e custos para as partes e produzindo os melhores efeitos na sociedade.

CONCLUSÃO

A conclusão a partir da análise bibliográfica e documental é de que os impactos ocasionados pela judicialização do Direito à saúde são negativos para o orçamento, gerando problemáticas para a alocação de recursos financeiros do governo e devida execução das políticas públicas que garantem a satisfação das necessidades da sociedade brasileira.

O fenômeno da judicialização já é o cerne das consequências negativas, desvinculando os custos das pretensões individuais, associando normalmente essas decisões à efetiva garantia do direito à saúde, quando na realidade pode gerar escassez e o oposto do resultado pretendido em nível coletivo. O desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema sobrecarrega e pode gerar pretensões ilegítimas e desnecessárias em nível de tomada de decisão.

Contudo, se há legitimidade e legalidade na pretensão individual, não há empecilhos para o deferimento, não devendo o orçamento ser cláusula de barreira e impedimento intransponível para assegurar o direito à saúde. Conclui-se que essa visão não pode ser generalizada para o judiciário, em que pese todas as pretensões buscadas judicialmente deterem o reconhecimento da garantia, dissonante da questão financeira.

A partir dessa premissa, pode-se inferir que a judicialização da saúde possui potencial para gerar custos inesperados às diferentes esferas de governo. Esses custos também são regressivos, podendo pesar para sobre os entes federativos mais pobres, como no caso dos municípios, e dentre esses, os menores e mais carentes.

Nesse sentido, a estrutura federativa diante da assunção das responsabilidades nas políticas públicas pode ser ou não vislumbrada com a compreensão de divisão equânime de competência entre os níveis de governo, sem que o ente federativo possa absorver o impacto orçamentário gerado pelas decisões judiciais.

Isso provavelmente se reproduzirá nos municípios menores, com menores recursos disponíveis para cumprimento das decisões sem que haja o comprometimento de outros serviços da política pública da saúde. A sugestão de pesquisas futuras, que analisem o funcionamento e a suficiência dos mecanismos para reordenar essa estrutura orçamentária ou o próprio desenho federativo distorcido pelas ações judiciais, auxiliaria nas proposições analisadas no presente artigo e ampliaria o entendimento quanto aos efeitos gerados pelos processos de judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

ABRAHAM, Marcus. **Governança fiscal e sustentabilidade financeira: os reflexos do pacto orçamental europeu em Portugal como exemplos para o Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018b. (Coleção Fórum-IRB).

AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, DF: Insper; CNJ, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 24-25, jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 11 set. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do sistema único de saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. **Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 2 jun. 2014. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2015/06jun02_71_brasileiro_sus_referencia.html#:~:text=Conselho%20Nacional%20de%20Sa%C3%BAde&text=Pesquisa%20do%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde,p%C3%ABlicos%20para%20atendimento%20de%20sa%C3%BAde. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 195192/RS**. Mandado de segurança. adequação do inciso LXIX do artigo 5. da constituição federal. saúde, aquisição e fornecimento de medicamentos – doença rara. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107199/false>. Acesso em: 9 set. 2023.

BRUNO, Reinaldo M. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BÜHLER, Alex Pereira. **Orçamento público e decisão judicial sob uma perspectiva dos limites constitucionais**. Pouso Alegre: FDSM, 2017.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 230.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais. *In*: GUERRA, Evandro Martins; CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de (coord.). **Controle externo: estudos temáticos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, DF: Insper, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatório-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Kemily Benini e; OGATA, Marcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 149–163, 2020. DOI 10.17566/ciads.v9i2.635. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/635>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DRESCH, Renato Luís. Direito à saúde na constituição: critérios da responsabilidade solidária e da integralidade de assistência. *In*: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos; CARVALHO, Kildare Gonçalves; BRANT, Marcos Henrique Caldeira; LUPIANHES NETO, Nicolau; FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo; LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. (org.). **Constituição do Brasil**: 30 anos 1988 – 2018. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2019. p. 445-469. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/9200>. Acesso em: 15 abr. 2024.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário. A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. *In*: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. **Direito e Política**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 824-854, 2018. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/13361/7592>. Acesso em: 10 set. 2023.

GONTIJO, Vander. **Instrumentos de planejamento e orçamento no Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento>. Acesso em: 10 set. 2023.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista**: uma opção trágica. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009.

JABOUR, Ana Maria Lammoglia. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**, Juiz de Fora, ano 2, n. 2, p. 67-77, jan./dez. 2012.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MEIRELLES, Hely L. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Áquilas. A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana. *In*: MENDES, Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (org.). **Tempos radicais da saúde em São Paulo**: a construção do SUS na maior cidade brasileira. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 109-122.

MIRANDA, Ciro Carvalho. **SUS**: medicamentos, protocolos clínicos e o poder judiciário: ilegitimidade e ineficiência. Brasília, DF: Edições Kiron, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito**. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório mundial da saúde 2010**: financiamento dos sistemas de saúde – o caminho para a cobertura universal. Genebra: OMS, 2010.

RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Autonomia financeira dos municípios brasileiros para a definição e execução de políticas públicas sociais: de uma visão geral à análise do município de Juiz de Fora (2005-2010). **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**, Juiz de Fora, ano 3, n. 3, p. 51-76, jan./dez., 2013.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2014.tde-11022015-134309>.

SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. **Gestão da saúde pública no Brasil: controle social, intervenção judicial e propostas de harmonização**. Blumenau: Dom Modesto, 2020.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of judicial power*. New York, NY: New York Univ. Press, 1995.

Como citar: ALBUQUERQUE LEAL, Erica Pinheiro de Albuquerque Leal; LOBATO RIBEIRO, Krishina Day Carrilho Bentes. Os impactos na estrutura orçamentária pública devido a judicialização do direito à saúde. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 58-70, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p58-70. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 13/10/2023

Aprovado em: 02/05/2024

**AÇÕES INCLUSIVAS DESTINADAS
A COMUNIDADE LGBTQIAPN+
COMO PRÁTICAS DA CIDADANIA
EMPRESARIAL NO BRASIL**

**INCLUSIVE ACTIONS FOR THE
LGBTQIAPN+ COMMUNITY**

**AS PRACTICES OF CORPORATE
CITIZENSHIP IN BRAZIL**

Cícero Pereira da Costa*

Tanise Zago Thomasi**

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS/SE). Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Centro de Estudos de Especialização e Extensão – CENES, Direito Constitucional pela Faculdade Fasouza, e Gestão Empresarial pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS/SE). E-mail: ciceromana@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-6000-3066>

**Professora adjunta na Universidade Federal de Sergipe (UFS/SE). Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB/DF). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL/RS). E-mail: tanisethomasi@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1691-3475>

Como citar: PEREIRA DA COSTA, Cícero; THOMASI, Tanise Zago. Ações inclusivas destinadas a comunidade LGBTQIAPN+ como práticas da cidadania empresarial no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 71-86, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p71-86. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar as práticas inclusivas inseridas na cultura da cidadania empresarial brasileira, destinadas à comunidade LGBTQIAPN+. No primeiro tópico, aborda-se a escassez de iniciativas de diversidade e inclusão, bem como, as singularidades dessas que compõem, junto com a equidade e igualdade, a tétrade das ações inclusivas. Em seguida, examina-se as tentativas de inclusão da comunidade LGBT no mercado de trabalho, sejam com perspectivas normativas, com enfoque na representatividade, ou considerando a responsabilidade empresarial. Por fim, apresenta-se um entendimento sobre a cidadania empresarial, bem como os benefícios e desafios das ações inclusivas. Para isso, foi utilizado o método dialético com natureza qualitativa, por meio de revisão bibliográfica e documental, recorrendo a fontes como livros, artigos, legislações e reportagens. Conclui-se que tais práticas não enfrentam empecilhos jurídicos ou sociais, devendo ser incentivadas como forma de auxílio das empresas para garantir a efetivação dos direitos fundamentais desses indivíduos. Qualquer obstáculo ao avanço dessas práticas é resultado de preconceito enraizado na sociedade, que ainda discrimina pessoas com base em sua orientação sexual e transgeneridade.

Palavras-Chave: diversidade; cultura empresarial; ações inclusivas; direitos fundamentais; comunidade LGBTQIAPN+.

Abstract: The objective of this article is to analyze the inclusive practices inserted in the culture of Brazilian corporate citizenship, aimed at the LGBTQIAPN+ community. The first topic addresses the scarcity of diversity and inclusion initiatives, as well as the singularities of these that make up, together with equity and equality, the tetrad of inclusive actions. Next, attempts to include the LGBT community in the job market are examined, whether from normative perspectives, focusing on representation, or considering corporate responsibility. Finally, an understanding of corporate citizenship is presented, as well as the benefits and challenges of inclusive actions. For this, the dialectical method with a qualitative nature was used, through bibliographic and documentary review,

using sources such as books, articles, legislation and reports. It is concluded that such practices do not face legal or social obstacles and should be encouraged as a form of assistance for companies to guarantee the realization of the fundamental rights of these individuals. Any obstacle to the advancement of these practices is the result of prejudice rooted in society, which still discriminates against people based on their sexual orientation and transgenderism.

Keywords: diversity; corporate culture; inclusive actions; fundamental rights; LGBTQIAPN+ community.

INTRODUÇÃO

Antes de qualquer outra definição, e mesmo que as siglas possam variar dentro das organizações e movimentos, será utilizada, como padrão, a sigla LGBTQIAPN+ (podendo, por vezes, ser utilizada a versão LGBT, por sua praticidade) ao mencionar os direitos, interesses ou temas relacionados a:

- Lésbicas: mulheres que sentem atração afetiva e sexual por outras mulheres;
- Gays: homens que sentem atração afetiva e sexual por outros homens;
- Bissexuais: indivíduos que sentem atração afetiva e sexual por homens e mulheres;
- Travestis, Transexuais e Transgêneros: pessoas que têm uma identidade ligada ao seu psicológico, e não ao físico, assumindo o gênero oposto ao do seu nascimento;
- Queer: pessoas que não se identificam com a heterossexualidade e a cisgeneridade, sendo que esse termo já foi utilizado de forma ofensiva à comunidade;
- Intersexo: indivíduos que possuem genitais e hormônios que não se encaixam na forma binária do masculino/feminino;
- Assexuais: pessoas que não possuem interesse sexual;
- Pansexuais: indivíduos que sentem atração por pessoas independentemente de sua identidade de gênero ou sexo;
- Não-binários: pessoas que não se identificam com a binariedade de gênero, masculino ou feminino;
- O sinal de mais (+) serve para abranger todas as orientações sexuais da comunidade.

Os direitos humanos estão presentes em todas as áreas da nossa vida, sendo garantidos a todos. Não podem ser retirados arbitrariamente das pessoas e são essenciais para que os indivíduos participem da sociedade. Para assegurar esses direitos foram criadas internacionalmente declarações, tratados e pactos que visavam uniformizá-los. Muitos deles já foram incorporados às constituições nacionais, tornando-se leis. No Brasil, um exemplo disso é o artigo 5º da Constituição Federal (CF), que estabelece a igualdade entre os indivíduos e busca promover o bem de todos sem discriminação. Internacionalmente, vale ressaltar que o Estado brasileiro é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (e suas ramificações) desde sua criação em 1948, sendo seu dever aplicá-los de forma igualitária entre seus cidadãos, conforme explicitado em seu artigo 6º. No entanto, é comum a violação desses direitos, especialmente em relação às populações vulneráveis socialmente, como a comunidade LGBTQIAPN+.

Dessa forma, torna-se essencial a proteção dessas populações pelo Estado, por meio da implementação de políticas públicas que assegurem acesso ao processo político, saúde, educação, emprego e combatam a discriminação. Muitas dessas conquistas são resultados do engajamento da sociedade civil, por meio de organizações que pressionam o Estado e apresentam propostas legislativas. No entanto, observa-se ainda diversas formas de discriminação veladas direcionadas aos LGBT's. Xingamentos, piadas e bullying não são repreendidos da mesma forma que atos misóginos, capacitistas ou racistas. A ausência de uma legislação específica contra a homofobia certamente contribui para a falta de conscientização coletiva.

Como um microcosmo social, refletindo as ações, práticas e decisões, o tratamento dispensado a essa comunidade no mundo empresarial não difere. Essa realidade só mudará quando práticas e ações de diversidade e inclusão fizerem parte da cultura das empresas. Existem legislações que recomendam, auxiliam ou orientam nesse sentido, porém só serão efetivas se as empresas adotarem tais práticas como regra, deixando de ser algo opcional.

Por não ter um consenso, tais ações nem sempre terão o apoio da opinião pública, mas os benefícios trazidos, e a efetivação da sua função social na promoção dos direitos humanos, são maiores do que as perdas que possam acontecer a empresa.

Embora nem sempre essas ações tenham o apoio da opinião pública, os benefícios trazidos e a efetivação de sua função social na promoção dos direitos humanos superam as possíveis perdas que as empresas possam sofrer. É primordial discutir a escassez de iniciativas de diversidade e inclusão para a efetivação da cidadania empresarial, juntamente com a equidade e igualdade, que formam as bases das ações inclusivas. Esses modelos de desenvolvimento são essenciais para garantir os direitos humanos das pessoas LGBT's e sua adequada inserção no mercado de trabalho.

Por fim, a temática das ações inclusivas no mercado de trabalho para a comunidade LGBT's, com enfoque normativo, representatividade e responsabilidade empresarial, é fundamental. É importante destacar a importância da cidadania empresarial inclusiva como uma resposta necessária para a inclusão desse grupo em um novo contexto social. A análise das diferentes ações inclusivas mostra que elas trazem benefícios e desafios, sendo uma opção abrangente diante das diversas demandas sociais.

Primordialmente, será discutida a escassez de iniciativas de diversidade e inclusão para a efetivação da cidadania empresarial, bem como as particularidades que compõem, juntamente com a equidade e igualdade, a tetrade das ações inclusivas. Esses quatro modelos de desenvolvimento contribuem para a efetivação dos direitos humanos dos membros da comunidade LGBT, integrando-os de forma adequada ao mercado de trabalho.

Em seguida, aborda-se a temática das tentativas de ações inclusivas no mercado de trabalho em relação à comunidade LGBT, seja com abordagens normativas, focando na representatividade, ou considerando a responsabilidade empresarial diante desse movimento atual que observa, verifica e questiona as iniciativas empresariais. Isso pode ser verificado, por exemplo, na Ação Civil Pública Cível (ACPCiv) 0020688-37.2021.5.04.0025, exposta também no artigo.

Por fim, será analisado um entendimento sobre a cidadania empresarial inclusiva, visto como uma necessidade de resposta para a inserção desse grupo nesse novo contexto social. Além disso, serão considerados os benefícios e desafios das diversas ações inclusivas, sendo uma opção mais abrangente diante das variadas demandas sociais.

Nesse contexto, metodologicamente, o artigo possui natureza qualitativa; e através do método de perspectiva dialética, será realizada uma revisão bibliográfica e documental, utilizando como fontes livros, artigos, legislações e reportagens. Serão consideradas publicações como tratados e pactos internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que abordam os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (ONU, 1948 e 2013); aquelas que discutem conceitos de diversidade, inclusão, equidade e igualdade, como o “Guia Prático de Diversidade e Inclusão para negócios de impacto, do IMPACT HUB BRASIL” (2019-2023); leis relevantes, incluindo o Decreto nº 9.571, que estabeleceu as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, promulgadas a partir de 2018 até o primeiro trimestre de 2023; e aquelas que exploram a cidadania empresarial, os benefícios e desafios de implementar iniciativas diversas e inclusivas.

O artigo justifica-se pelo fato de que as empresas desempenham um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Ao adotarem práticas inclusivas e diversificadas, elas estão contribuindo para o combate ao preconceito e à discriminação enraizados em nossa sociedade.

É importante ressaltar que a diversidade e a inclusão não são apenas questões de responsabilidade social, mas também são fundamentais para o sucesso e a sustentabilidade das empresas. Em geral, empresas que valorizam a diversidade são mais inovadoras, criativas e lucrativas.

No entanto, o preconceito ainda é uma realidade em muitos setores da sociedade, e é necessário que haja um esforço coletivo para desconstruir essas barreiras. Por isso, a realização de pesquisas

e estudos que abordem a diversidade e a inclusão é fundamental para disseminar informações e promover a conscientização sobre o tema.

Além disso, ao investirem em políticas de diversidade, as empresas podem se beneficiar de um ambiente de trabalho mais acolhedor, colaborativo e produtivo. As empresas que investem em ações inclusivas destinadas à comunidade LGBTQIAPN+ podem obter benefícios tangíveis, como atração e retenção de talentos, melhoria da imagem corporativa e aumento da produtividade e da inovação. A diversidade de pensamentos e experiências proporcionada pela inclusão contribui para o crescimento e o desenvolvimento sustentável das organizações.

Portanto, estudar e implementar ações inclusivas voltadas para a comunidade LGBTQIAPN+ é não apenas uma prática de cidadania empresarial, mas também uma forma de promover a igualdade, a justiça social e o respeito à diversidade na sociedade como um todo. A inclusão é um valor fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, e as empresas têm um papel fundamental nesse processo.

1 ESCASSEZ DE INICIATIVAS DE DIVERSIDADE E INCLUSÃO PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EMPRESARIAL

Considerando que o indivíduo possua habilidades, formação e experiência que o capacite para a vaga exigida, qual influência a sua orientação sexual deveria exercer para ser selecionado? Seria este algum fator que diminuiria a sua produtividade? Que o desabone perante o mercado de trabalho? Ou ainda, que seria inconveniente para a empresa tê-lo em seu quadro de pessoal? São questionamentos que, teoricamente, não precisariam ser feitos. No entanto, a vulnerabilidade da comunidade LGBTQIAPN+, expressa na sociedade, também se verifica no cenário empresarial. Ter o acesso dificultado, ou refutado, a um trabalho que representa o mínimo de uma sobrevivência digna, não deixa de ser uma forma de exclusão social. Iniciativas, políticas, ou incentivos, que orientem e promovam a inclusão desses indivíduos, tornam-se necessárias para minorar os efeitos negativos da efetivação de suas cidadanias plenas.

Muito do que foi conquistado pelos LGBT's, é resultado do seu ativismo, que procurou, desde sempre, estar aliado ao feminismo e ao movimento negro, devido à sua semelhança, em especial, a questões de gênero e de sexualidade. Iniciou-se na década de 1970 com os gays; seguidos, na de 1980, pelas lésbicas; nos anos 90, por transexuais e travestis, e na virada do milênio, por bissexuais. Assim, apesar de parecer somente uma “sopa de letrinhas”, percebe-se que a própria evolução da sigla, que retrata a comunidade, é uma constante busca de formas de inclusão e representatividade.

A sociedade é desenvolvida em torno de um padrão humano (homem cisgênero, branco, com orientação heterossexual, cristão, sem deficiências...) considerado o “normal”, sendo este o mais íntegro, o ideal de perfeição. Apresentar alguma característica física, moral ou social diferente, é ser estereotipado. Tudo que não se encontra nesse enquadramento social é posto em segundo plano, tendendo a ser marginalizado na sociedade. Entretanto, como apregoa Santos (1997, p. 119): “[...] as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

Desse modo, surge o debate sobre a diversidade e inclusão. Por vezes, erroneamente, consideram-nas como se fossem sinônimos. Tais processos são mais que semelhantes, complementam-se. E, por conseguinte, compete um melhor entendimento desses conceitos e onde se inserem.

1.1 AS SINGULARIDADES DA DIVERSIDADE E DA INCLUSÃO

A diversidade refere-se à variedade de características e diferenças entre indivíduos, grupos ou culturas. Essas diferenças podem ter origens diversas, como étnicas, raciais, culturais, de gênero, de orientação sexual, religiosas, entre outras. A valorização da diversidade implica em respeitar, aceitar e reconhecer essas diferenças, promovendo a convivência harmoniosa e a inclusão de todos, sem discriminação.

Já inclusão no ambiente de trabalho é sentir-se seguro para ser quem é, permitindo que a empresa possa extrair o melhor de cada funcionário. É considerada:

[...] o sentimento de pertencimento, acolhimento e respeito que cada pessoa vivencia dentro dos espaços compartilhados (organizações, universidades e até o ambiente familiar). Ela representa um conjunto de ações que proporcionam às pessoas se sentirem protagonistas da própria história, vivenciando as experiências conforme a sua singularidade (Impact Hub Brasil, 2021, p. 13).

Valorizar a diversidade e a inclusão é compreender a singularidade de cada indivíduo e ampliar sua consciência, respeitando as diferenças do outro e obtendo uma melhor visão do mundo ao seu redor. Observa-se que, quanto mais pessoas estiverem inseridas no mercado de trabalho, haverá mais acesso a bens e serviços produzidos pelas próprias empresas, promovendo o crescimento da sociedade. No final, todos sairão beneficiados.

Além desses conceitos amplamente divulgados, outros dois já estão sendo difundidos e incorporados a esse cenário, formando a téttrade das ações inclusivas.

1.2 TÉTRADE DAS AÇÕES INCLUSIVAS

Os conceitos de diversidade e inclusão, anteriormente mencionados, são considerados fundamentais na elaboração de um guia para as entidades que se propõem a cumprir suas funções sociais por meio de iniciativas inclusivas. Contudo, nos dias de hoje, para que qualquer ação seja considerada abrangente, é necessário também levar em conta dois outros fatores: equidade e igualdade.

A confusão em torno dos conceitos e da aplicação da equidade e da igualdade também não é incomum. No caso da equidade, trata-se de não oferecer o mesmo suporte a todos, reconhecendo que algumas pessoas necessitam mais ajuda do que outras. Em outras palavras, a equidade parte do princípio de que existem indivíduos que nascem com certos privilégios, enquanto outros enfrentam barreiras para alcançar seus objetivos. Na equidade, uma regra é adaptada a uma situação específica para tornar as circunstâncias mais justas. Para que as oportunidades sejam semelhantes, é importante considerar as necessidades e peculiaridades de cada indivíduo, o que resulta em uma maior justiça social. Já a igualdade busca eliminar as diferenças e tratar a todos de maneira igual, respeitando a dignidade como uma característica fundamental de todos os seres humanos (Impact Hub Brasil, 2021, p. 13).

Para que esses conceitos se tornem realidade e sejam implementados de forma sustentável nas práticas de responsabilidade social empresarial, é fundamental o envolvimento da liderança empresarial (a mudança precisa vir de cima para baixo), acompanhamento formal dos colaboradores contratados, formação de grupos que possam sugerir ações e conscientização contínua sobre o tema (Instituto Ethos, 2013).

Atualmente, há uma nova visão social que demanda que as empresas assumam a responsabilidade por sua função social. Isso inclui o acompanhamento, fiscalização e questionamento das práticas

empresariais, como evidenciado no contexto da Ação Civil Pública Cível 0020688-37.2021.5.04.0025 que impactou a concepção da cidadania empresarial (Porto Alegre, 2021).

A ação, movida por três organizações civis contra duas corretoras de títulos e valores imobiliários que atuam no estado do Rio Grande do Sul, exigia reparação por danos morais coletivos e a elaboração de um plano de não discriminação devido a uma prática de contratação pouco diversificada. A partir de imagem e vídeo publicados na internet, em junho de 2021, disseminou-se a constatação de que a equipe, de umas das rés, era formada integralmente por pessoas brancas e jovens. Não havia negros, poucas mulheres e pessoas acima de 40 anos, e não se tinha noção do cumprimento da cota de deficientes. Entre as contestações, constava a de que inexistia uma obrigação legal e de promoção da diversidade (Porto Alegre, 2021).

Chamado para se pronunciar como fiscal trabalhista sobre a ação, o Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Sul – MPT/RS assim o fez:

[...] a motivação para esta demanda, que foi a publicação de foto e vídeo, são demonstrações inequívocas de que não obstante o caminho já percorrido, tanto por meio de políticas públicas quanto de ações privadas, a realidade ainda está longe do ideal delineado na Constituição de 1988. E esta ação lança base para que mais alguns passos importantes possam ser dados na construção de uma sociedade livre, justa, solidária[...] (Porto Alegre, 2021, p. 9).

Ressaltou, ainda, que a indiferença é discriminar também; e, o reconhecimento por parte das demandadas da:

[...] existência do racismo estrutural e do patriarcado no Brasil e no mundo, causando efeitos nocivos na sociedade; reconhecem a relevância da causa e da normatividade aplicável; falam que não há divergência, mas sim convergência; mas entendem não ter obrigação legal de responder às pretensões... Aspecto de suma importância, no campo da discriminação e da exclusão, é que o não-agir significa discriminar e excluir... Ainda, a cegueira deliberada não ajuda no enfrentamento à discriminação, ao contrário, conduz à inação e assim contribui para a perpetuação dessa prática (Porto Alegre, 2021, p. 24-25).

O parecer do MPT-RS concluiria, ainda, que:

[...] enquanto as empresas utilizarem, como parâmetro das suas ações, essa “realidade” das estatísticas, o racismo estrutural e o patriarcado – dentre outras “instituições” – não serão vencidos, pois é evidente que a postura das Rés... só faz reproduzir o mesmo quadro, marcado pela discriminação... toda a empresa é socialmente responsável, devendo buscar a construção de uma sociedade sustentável e justa, responsabilizando-se pelos resultados e impactos de suas ações e atividades empresariais no meio natural e social afetados. Nessa busca, faz-se mister que aquele que explora atividade econômica respeite e valorize as diferenças como condição fundamental para uma relação ética e de desenvolvimento da pessoa, cabendo-lhe estimular a promoção da diversidade cultural, social e étnica, jamais tolerando a discriminação no seio da sua atividade empresarial ou mesmo na cadeia em que está inserida [...] (Porto Alegre, 2021, p. 29-31)

A mudança de paradigma em relação ao conceito de cidadania empresarial é evidente atualmente, devido às diversas ações inclusivas que estão sendo implementadas.

2 TENTATIVAS DE AÇÕES INCLUSIVAS NO MERCADO DE TRABALHO QUANTO A COMUNIDADE LGBT'S

Apesar de escassas e tímidas, algumas ações inclusivas buscam normatizar as práticas de promoção dos Direitos Humanos em relação à comunidade LGBT, quer sejam diretas ou não. Nesse sentido, merecem destaque a equiparação da união estável homoafetiva realizada em 2011, bem como a equiparação da LGBTfobia ao crime de racismo em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ambas as decisões foram proferidas, mesmo diante da inexistência de legislação específica sobre a temática.

Contudo, com o decorrer do tempo, algumas ações tiveram impacto positivo na qualidade de vida dessa comunidade, seja em termos legislativos ou não.

2.1 INICIATIVAS NORMATIVAS PARA O MERCADO DE TRABALHO

A crença de que o mercado, por si só, geraria ações públicas e privadas que regularizariam quaisquer tipos de desigualdades, reverteu-se, atualmente, em uma outra realidade, sendo, muitas vezes, até mesmo causador destas. Neste caso, desrespeitos e exclusões dos direitos humanos nos ambientes empresariais merecem a atenção do Estado no seu papel de fomentar a defesa e prevenir suas violações (Damásio, 2021).

Apesar de algumas alegações, discorre-se que, se ainda insuficientes, existem legislações inclusivas que buscam normatizar as práticas e ações de promoção dos direitos humanos LGBT's, diretamente, ou por análise extensiva. Dentre essas, pela sua representatividade e importância, cita-se o Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018 que estabeleceu as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, e no seu art. 8º, parágrafo IX relacionou o tema: “[...] IX – respeitar a livre orientação sexual, a identidade de gênero e a igualdade de direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros em âmbito empresarial” (Brasil, 2018).

O decreto é destinado a médias e grandes empresas que atuam no país. Para microempresas ficou estabelecido que as mesmas cumpririam dentro das suas capacidades financeiras. E, não é impositivo, mas quem aderir facultativamente poderia receber um selo denominado “empresa e direitos humanos”.

2.2 INICIATIVAS COM ENFOQUE PARA A REPRESENTATIVIDADE

A iniciativa mais representativa para essa comunidade, e todas as populações minoritárias que compõem uma empresa, é a criação de grupos de afinidades. Nestes, há acolhimento, todos são ouvidos e suas demandas são colocadas na pauta de discussão. Para isso, é necessária a institucionalização dentro das políticas e condutas de diversidade de uma organização. Sem isso, não passarão de enfeites, não possuirão robustez e ações ordenadas que efetivem as reivindicações. Vale ressaltar que grupos de afinidades são diferentes de comitês de diversidade. Estes funcionam como um canal que auxilia no atendimento das diferentes solicitações dos grupos de afinidades.

Em resumo, não é possível falar em iniciativas inclusivas se não se ouvem as demandas dos beneficiários. Os indivíduos precisam sentir-se representados. Esse tratamento adequado já é uma realidade para algumas empresas que criaram ações que atendem às diversidades existentes:

- Inserem o monitoramento de dados relativos a queixas de empregado/as nos sistemas de indicadores socialmente responsáveis da empresa;

– Propõem adoção de equidade no tratamento dos direitos conferidos a profissionais heterossexuais; (...)

– Estabelecem planos de ação visando a inserção do tema na cadeia de negócios com cláusulas de não discriminação ou práticas de ação afirmativa junto a empresas lideradas por pessoas do segmento LGBT (OIT, 2015, p. 69).

Ao respeitar a diversidade e incluir indivíduos representativos da sociedade, a empresa atrairá novos talentos, agregando o que de melhor cada um tem a oferecer ao seu processo. Um ambiente seguro e respeitoso resulta em pessoas mais felizes e dispostas a contribuir. Proporcionar igualdade de gênero, acessibilidade e oportunidades para todos faz parte da visão futurista da empresa, que não exclui, mas agrega.

2.3 A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL DIANTE DA TÉTRADE DAS AÇÕES INCLUSIVAS PARA A COMUNIDADE LGBT'S

Um trabalho digno é um direito de todos aqueles que buscam ocupações, ou para os que já as possuem. Para tanto, é necessário considerar, desde a elaboração do ambiente de trabalho, a diversidade, inclusão, equidade e igualdade. Não se pode acreditar que haja homogeneidade de vivências e personalidades no ambiente corporativo, onde todos os que compõem este local agem e lidam de forma padronizada com sua maneira de ser e entender o mundo. As empresas têm uma responsabilidade social na discussão sobre esse tema:

Expressar uma opinião pessoal que despreze os direitos humanos LGBT ou praticar discriminação contra o segmento coloca a empresa em risco em vários sentidos (opinião pública, multas, processos etc.). Como ficam os/as empregados/as do segmento LGBT quando a empresa, por meio de sua alta liderança, se posiciona contrariamente a seus direitos? (OIT, 2015, p. 58).

Uma empresa responsável precisa incluir a todos, e no caso dos LGBT's, ela se deparará com “[...] os temas da orientação sexual, da identidade de gênero..., bem como com seus sujeitos concretos demandando vagas, [...], tratamento respeitoso, oportunidades de desenvolvimento na carreira e equidade[...]” (OIT, 2015, p. 16). É o caso, por exemplo, da utilização do nome social por transgêneros. A pluralidade é um desafio, mas também uma vantagem. Soluções para problemas advêm com mais facilidade quando se tem diferentes pontos de vista.

Neste ponto, a equidade por benefícios pelas empresas a seus funcionários, merece um especial destaque. Desde que o STF reconheceu, por meio do julgamento da ADI 4277, em 2013, que as relações homoafetivas desfrutam do mesmo regime jurídico das uniões estáveis convencionais, permitiu, também, que todos os LGBT's tivessem acesso aos mesmos direitos que casais heteroafetivos, tais como: herança, visto permanente, pensão alimentícia, direito sucessório, previdenciário e assistencial. No contexto trabalhista, incluem-se direitos como licença para adoção ou para acompanhamento de companheiro doente, inclusão no plano de saúde oferecido pela empresa, auxílio-creche, descontos em farmácias, entre outros.

3 A BUSCA PELA CIDADANIA EMPRESARIAL INCLUSIVA

Inseridas na sociedade, as empresas empregam multidões e, conseqüentemente, possuem um enorme poder de persuasão sobre a sociedade. Funcionam como agentes transformadores da realidade social. Diante dessa oportunidade, são constantemente chamadas a se posicionar, agir e promover

ações que combatam as desigualdades e discriminações. O início de tudo se dá na criação de uma cultura interna diversa e inclusiva.

Não basta apenas realizar discussões institucionais ou estipular princípios contra práticas lgbtfóbicas em suas empresas, se não os colocarem em prática. Percebe-se que ser LGBT em ambientes empresariais ainda é, na maioria das vezes, viver escondendo quem realmente se é, desperdiçando energia com receio de retaliações. Os rótulos e preconceitos enfrentados por esses indivíduos afetam seu desenvolvimento e crescimento profissional, reduzindo sua produtividade e eficiência. Isso já representa uma desvantagem para esse público neste mundo altamente competitivo e globalizado.

A sociedade do século XXI está cada vez mais consciente, exigindo atuações mais responsáveis tanto socialmente quanto ecologicamente. Nesse cenário, são necessárias novas concepções que atendam a essa nova realidade. O conceito de cidadania empresarial é uma delas. Este, foi definido por Durão e Pinto (2020, p. 15) como um:

[...] conceito plural e mais abrangente de atuação eficaz, incluindo a filantropia e a responsabilidade social, transformando a empresa em agente econômico e social, que contribui, em escala global, com investimentos em bem-estar para os seus funcionários, clientes, fornecedores e parceiros, bem como toda a comunidade.

Um dos princípios de uma empresa socialmente responsável é a diversificação de seus quadros funcionais, proporcionando oportunidades equitativas a todos, e reconhecendo que, por diversas razões, alguns partem de pontos iniciais mais favoráveis para alcançar os mesmos objetivos. Aqueles que enfrentam maiores desafios merecem uma atenção especial.

A responsabilidade social empresarial deve quebrar o ciclo de desigualdade e exclusão enfrentado pela comunidade LGBT, promovendo o respeito mútuo e valorizando o desempenho individual. Em meio à diversidade, é fundamental não rotular ninguém e focar na essência de cada pessoa, reconhecendo o valor do indivíduo único. Promover o desenvolvimento de todos, eliminando barreiras, criando oportunidades e incentivando o crescimento profissional, com a consciência de que todos podem alcançar posições de liderança.

Ao reunir talentos e ideais, é possível transformar a realidade, construindo um mundo onde cada indivíduo tem o direito de ser quem é, em um ambiente respeitoso e propício para todos.

Uma empresa que adota a filosofia da responsabilidade social compreende que é corresponsável pela solução dos problemas que afetam as comunidades onde está inserida. Contribui para o desenvolvimento sustentável e consciente dos indivíduos, combatendo todas as formas de discriminação contra a comunidade LGBT, tanto dentro da empresa quanto em sua cadeia produtiva. Deve-se questionar se estão sendo oferecidas oportunidades para pessoas transexuais e se estão sendo proporcionadas oportunidades de destaque para membros dessa comunidade. Não se deve reduzir as ações a um mero oportunismo, associando a imagem da empresa a essas lutas sociais.

4 AÇÕES DIVERSAS E INCLUSIVAS, SEUS BENEFÍCIOS E DESAFIOS

Ações diversas e inclusivas por parte das empresas fazem parte de um movimento de resposta que atenda simultaneamente aos crescentes intentos provenientes da sociedade, sua responsabilidade e função social, e as normas estabelecidas internacionalmente sobre direitos humanos. Por um lado, há empresas que só se movimentam quando obrigadas, mas já há uma grande parte ciente de seus compromissos e que tomam iniciativas de forma autônoma, indo além de estratégias de marketing destinadas a esse nicho de mercado.

Para tanto, existe uma rede de apoio constituída por entidades nacionais e internacionais que estudam, recomendam e estimulam iniciativas mais inclusivas destinadas à comunidade LGBTQIAPN+. Vale ressaltar as ações exercidas por entidades públicas internacionais, nacionais e privadas, seguindo as cartilhas, padrões e Guias da ONU, Prefeitura do Rio de Janeiro e Instituto Ethos, conforme estão sintetizadas a seguir:

– Em 2017, a ONU lançou os “Padrões de Conduta para Empresas – Enfrentando a discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, pessoas trans e intersexo”. Resumidamente, são cinco padrões a serem seguidos:

1. Em Todas as Ocasões, RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS;
2. No Local de Trabalho: ELIMINAR A DISCRIMINAÇÃO;
3. APOIAR indivíduos LGBT’s ... para que possam trabalhar com dignidade e sem estigma;
4. No Mercado: PREVENIR OUTRAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, e
5. Na Comunidade: AGIR NA ESFERA PÚBLICA (ONU, 2017, p. 5-6).

Em 2013, o Instituto Ethos já havia lançado a cartilha intitulada “O Compromisso das Empresas com os Direitos Humanos LGBT”, a qual visava orientar as práticas empresariais inclusivas em relação ao tema. Para o Instituto Ethos (2013, p. 26-27):

Promover a diversidade na gestão empresarial significa compromisso com demandas legítimas da sociedade e da própria organização, expressas na sua identidade organizacional missão, visão, valores, princípios, códigos de conduta e políticas relacionadas a essa identidade. A empresa se torna mais perene quando consegue combinar os interesses legítimos da sociedade com os interesses legítimos do negócio expressos em seu propósito, maneira de ser, de realizar suas atividades e se relacionar com diferentes stakeholders.

Elaborou, ainda, dez compromissos que as empresas deveriam assumir com o objetivo de promover os direitos humanos LGBT’s, a saber:

1. Comprometer-se – presidência e executivos – com o respeito e a promoção dos direitos LGBT;
2. Promover igualdade de oportunidades e tratamento justo às pessoas LGBT;
3. Promover ambiente respeitoso, seguro e saudável para as pessoas LGBT;
4. Sensibilizar e educar para o respeito aos direitos LGBT;
5. Estimular e apoiar a criação de grupos de afinidade LGBT;
6. Promover o respeito aos direitos LGBT na comunicação e marketing;
7. Promover o respeito aos direitos LGBT no planejamento de produtos, serviços e atendimento aos clientes;
8. Promover ações de desenvolvimento profissional de pessoas do segmento LGBT;
9. Promover o desenvolvimento econômico e social das pessoas LGBT na cadeia de valor;
10. Promover e apoiar ações em prol dos direitos LGBT na comunidade (Instituto Ethos, 2013, p. 48).

– Prefeitura do Rio de Janeiro

A Prefeitura do Rio de Janeiro, por meio da CEDS (Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual), elaborou em 2019 um “Guia da Diversidade LGBT, saúde, atendimento e legislação”, por compreender ser necessário a compilação em um documento dos serviços e direitos que eram

disponibilizados na cidade para esclarecer e orientar essa comunidade e a sociedade de forma geral. Assim, teriam-se políticas públicas formalizadas, que iriam além de uma gestão, e em que todos os seus municípios eram reconhecidos e incluídos no orçamento da cidade (Rio de Janeiro, 2019).

O Guia possuía um glossário sobre a sigla LGBT, elencava algumas legislações com destaque para as municipais (carteira de identidade social, retificação de nome e gênero, protocolo de atendimento a mulheres trans e travestis nas delegacias de atendimento à mulher...), o atendimento inicial do processo transexualizador na rede de atendimento à saúde no Rio de Janeiro, entre outros serviços que visavam garantir o mínimo de dignidade e cumprimento dos direitos fundamentais de todos.

Os governos em todas as esferas, a sociedade civil de forma geral e as empresas, em especial, com seu caráter formador em todos que a circundam, devem assumir um pacto de diversidade e inclusão. A diversidade no âmbito empresarial promovendo um ambiente de trabalho inclusivo para a comunidade LGBTQIAPN+, onde esses indivíduos possam expressar o seu eu genuíno, têm muito a beneficiar-se, e dentre as vantagens, as principais seriam (Impact Hub Brasil, 2021; Sanches, 2022):

- Diferentes habilidades e pontos de vista são muito valiosos para a resolução e previsão de problemas, uma vez que pessoas com ideias semelhantes ficam presas em um estado de inércia;
- Novas ideias criativas raramente surgem de indivíduos estabelecidos;
- O aumento da produtividade e da inovação tende a ser mais consistente;
- Motivação e comprometimento ocorrem em maior escala;
- Maior respeito e compreensão levam a uma redução de conflitos;
- A saúde mental dos colaboradores melhora;
- A empresa se torna uma referência interna e externa, retendo mais talentos e reduzindo a rotatividade;
- Por fim, a empresa se torna mais competitiva diante das mudanças de mercado.

Alguns duvidam desses resultados, considerando-os apenas mais uma forma de concessão desnecessária de direitos. No entanto, o embate surgido das discussões sobre essas ações inclusivas é presente em praticamente todo o mundo. Uma abordagem diversificada e inclusiva, mesmo que inicialmente não pareça lucrativa, é a escolha mais generosa e abrangente diante da vasta gama de aspirações que compõem as demandas sociais. A exclusão resultante da falta de oportunidades alimenta as fileiras dos menos privilegiados, que lutam para atender às suas necessidades básicas.

Por outro lado, não se deve exigir com urgência, e sem planejamento, a contratação de grupos historicamente excluídos e subrepresentados no ambiente de trabalho, como mulheres, pessoas negras, LGBTQIAPN+ ou outros, em detrimento das qualificações necessárias para a organização. Sem preparação, o contratado possui maiores possibilidades de falhar, e só contribuir com as conjecturas que se baixaram os padrões de ingresso na empresa.

A resistência a essas ações muitas vezes está relacionada a questões religiosas, porém é válido defender a coletividade mais vulnerável, mesmo que vá contra a maioria. É fundamental que as críticas não impeçam o tratamento adequado aos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não discriminação, o respeito às diferenças e o acesso ao mercado de trabalho. Como afirmou o ex-Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon:

Alguns vão se opor à mudança. Eles podem invocar a cultura, a tradição ou a religião para defender o status quo. Tais argumentos foram usados para tentar justificar a escravidão, o casamento infantil, o estupro no casamento e mutilação genital feminina"... Eu respeito a

tradição, cultura e religião, mas elas nunca podem justificar a negação dos direitos básicos (ONU, 2013, p. 1).

O fato é que a cidadania empresarial é a maneira como as empresas podem colaborar com a sociedade, auxiliando na sua transformação para algo mais justo. Mesmo havendo normas que regulamentam o assunto, a adoção é voluntária. Os benefícios para seu público interno e externo são mais importantes do que quaisquer críticas que possam surgir. Evitar, ignorar ou não incorporar a diversidade em sua equipe de profissionais pode ser interpretado como uma forma de se esquivar da discussão polarizada sobre o tema, protegendo sua imagem. No entanto, um benefício material imediato pode não ser duradouro e não cumprir a função social da empresa. Atualmente, a imagem diante da comunidade em geral tem muito mais influência nas decisões de compra dos consumidores do que no passado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns grupos, historicamente, possuem vantagens e uma ascensão mais fácil a cargos e melhores posicionamentos dentro da sociedade e nas empresas. É um fato que nenhum Estado alcançará o mais alto nível socioeconômico-cultural sem a inclusão de minorias, além de estimular o desenvolvimento da identidade cidadã desses grupos.

A diversidade, no entanto, requer uma ampliação do entendimento do que é valorizado e faz compreender como a sociedade é composta por pluralidade. Apesar dos obstáculos, é possível inferir que as ações de diversidade e inclusão impulsionam o desenvolvimento. Os indivíduos podem visualizar a possibilidade de crescimento nas empresas com base em suas habilidades, e não nas características que os definem.

No que diz respeito às empresas, aquelas que estão cientes desse fenômeno já estão colhendo benefícios. Além de reconhecerem a necessidade da diversidade e inclusão, seja por obrigação legal ou voluntariamente, elas começam a perceber que a diversidade também é consumidora e valorizam a representatividade em comerciais, campanhas publicitárias, entre outros.

Além disso, ao adotar políticas inclusivas, as empresas demonstram seu compromisso com a diversidade e a igualdade de direitos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Essas ações também podem impactar positivamente a imagem da empresa perante seus consumidores e investidores, fortalecendo sua reputação e sua relação com a comunidade.

Suas repercussões ultrapassam o ambiente interno da empresa, pois pode influenciar outras organizações a adotarem práticas mais inclusivas e respeitadas com a diversidade. Dessa forma, as ações inclusivas destinadas à comunidade LGBTQIAPN+ podem ter um impacto significativo no cenário empresarial brasileiro, contribuindo para a construção de uma cultura organizacional mais inclusiva e respeitosa.

Nota-se que a relevância dessas práticas vai além do senso comum, pois desafia estereótipos e preconceitos enraizados na sociedade, promovendo a desconstrução de padrões discriminatórios e a valorização da diversidade como fator de enriquecimento e desenvolvimento. Ao reconhecer e respeitar a diversidade de gênero e orientação sexual, as empresas podem criar ambientes mais acolhedores e estimulantes, que permitem que todos os colaboradores se sintam seguros e valorizados em seu local de trabalho.

Assim, as contribuições das ações inclusivas destinadas à comunidade LGBTQIAPN+ para a cidadania empresarial no Brasil podem ser resumidas em:

1. Promoção da igualdade e diversidade: as empresas devem adotar políticas inclusivas para garantir que todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero, sintam-se respeitados e representados no ambiente de trabalho.

2. Cumprimento da legislação: No Brasil, existem decisões judiciais das altas cortes que garantem direitos e proteção à comunidade LGBTQIAPN+, como o julgamento pelo STF que reconheceu a união estável homoafetiva. As empresas devem cumprir essas decisões e garantir a igualdade de direitos para todos os seus colaboradores.

3. Melhoria do ambiente de trabalho: Ao promover a diversidade e inclusão, as empresas criam um ambiente mais positivo e acolhedor para todos os seus funcionários, o que pode contribuir para a redução do preconceito e discriminação no local de trabalho (aumentando a produtividade dos colaboradores).

4. Atração e retenção de talentos: Empresas que adotam práticas inclusivas tendem a atrair e reter profissionais talentosos, que valorizam a diversidade e buscam trabalhar em ambientes que respeitem suas identidades e diferenças.

5. Contribuição para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária: Ao se engajar em ações inclusivas, as empresas contribuem para a promoção de uma sociedade mais justa, igualitária e respeitosa, onde todos os cidadãos possam viver com dignidade e em plena cidadania.

No final, as empresas fazem parte da sociedade e são compostas por pessoas. Em um ambiente diversificado e inclusivo, elas podem se expressar verdadeiramente, aumentando sua produtividade e qualidade. Todos têm o direito de exercer a profissão que desejam, desde que possuam as qualificações necessárias. Um ambiente em que diferentes vivências coexistem é tão ou até mais enriquecedor do que aqueles que seguem padrões.

Embora alguns argumentem que é responsabilidade do Estado viabilizar a realização dos direitos humanos e reduzir as desigualdades e discriminações sociais, sem o engajamento de toda a sociedade esse objetivo não será alcançado. As empresas, portanto, têm um papel fundamental como agentes de transformação. Quem realiza atividades econômicas deve respeitar e valorizar as diferenças, promovendo as diversas variantes socioculturais e étnicas e nunca tolerando discriminações dentro de sua empresa ou em sua cadeia produtiva.

Essas ações são altamente influenciadoras, devem ser incentivadas, possuem o potencial de transformar não apenas as empresas, mas também a sociedade como um todo, promovendo a cidadania empresarial e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos os cidadãos brasileiros. Pesquisas sobre elas estimulam, promovem e fundamentam processos de decisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9571.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

DAMÁSIO. **O caso da empresa que não contrata pessoas negras**: repercussões jurídicas. São Paulo: Damásio, 2021. Disponível em: <https://damasio.vteximg.com.br/arquivos/O%20caso%20da%20empresa%20que%20n%C3%A3o%20contrata%20pessoas%20negras%20-%20repercuss%C3%B5es%20jur%C3%ADdicas.pdf?v=1>. Acesso em 18 abr. 2023.

DURÃO, Pedro; PINTO, Juliana Araújo. Dilemas contemporâneos da empresarialidade: produtividade dos negócios e human rights approach na pandemia. **Conpedi Law Review**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 216-235, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/7161/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

IMPACT HUB BRASIL. **Guia prático de diversidade e inclusão para negócios de impacto**. São Paulo: IMPACT HUB, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://brasil.impacthub.net/wp-content/uploads/2021/12/E-book-Guia-pr%C3%A1tico-de-Diversidade-e-Inclus%C3%A3o-para-neg%C3%B3cios-de-impacto-1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

INSTITUTO ETHOS. **O compromisso das empresas com os direitos humanos LGBT**: orientações para o mundo empresarial em ações voltadas a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transsexuais. São Paulo: Instituto Ethos, 2013. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Manual-LGBT_Dez_2013.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Promoção dos direitos humanos de pessoas LGBT no mundo do trabalho**. 2. ed. Brasília, DF: UNAIDS, 2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2016/01/2015_ManualPromocaoDireitosLGBTTrabalho_PT_V2.pdf. Acesso em: 17 maio 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Brasília, DF: UNICEF, 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nascidos e livres e iguais**: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Brasília, DF: UNAIDS Brasil, 2013. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 15 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Padrões de conduta para empresas**: enfrentando a discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, pessoas trans e intersexo. Genebra: CDH, 2017. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Padroes-de-conduta-para-empresas.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

PORTO ALEGRE. Ministério Público do Trabalho. **ACPCiv 0020688-37.2021.5.04.0025**. Porto Alegre: Ministério Público do Trabalho, 2021. Disponível em: https://www.prt4.mpt.mp.br/images/Ascom/2021/10/27/parecer_ACPCiv_0020688-37.2021.5.04.0025_educafro.pdf. Acesso em 18 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO. Prefeitura municipal. **Guia da diversidade LGBT, saúde, atendimento e legislação**. Rio de Janeiro: Prefeitura municipal, 2019. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9492017/4238301/GuiadaDiversidade.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2023.

SANCHES, Elizabeth Navas. Diversidade e inclusão: ações que toda empresa deve conhecer para criar equipes multidimensionais. **UPY**, São Paulo, nov. 2022. Disponível em: <https://www.gupy.io/blog/acoes-de-diversidade-e-inclusao>. Acesso em: 15 abr. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-201, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/gVYtTs3QQ-33f63sjRR8ZDgp>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Como citar: PEREIRA DA COSTA, Cícero; THOMASI, Tanise Zago. Ações inclusivas destinadas a comunidade LGBTQIAPN+ como práticas da cidadania empresarial no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 71-86, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p71-86. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 29/02/2024.

Aprovado em: 02/05/2024.

O PENHOR SEGUNDO OS JURISTAS LUSO-BRASILEIROS OITOCENTISTAS

THE PLEDGE, ACCORDING TO THE PORTUGUESE AND BRAZILIAN JURISTS OF THE XIX CENTURY

Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior*

Como citar: COSTA JUNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. O penhor segundo os juristas luso-brasileiros oitocentistas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 87-118, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p87-118. ISSN: 2178-8189.

*Doutor em História do Direito e Mestre em Direito Romano pela Universidade de São Paulo (USP/SP).

Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE/SP)
E-mail: franciscocostajr@yahoo.com.br.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-8339-8965>.

Resumo: Este artigo pretende discorrer sobre o penhor segundo os juristas luso-brasileiros do sec. XIX. Busca-se compreender o sistema de fontes do direito utilizado, assim como a influência introduzida por fatores econômico-sociais na prática do instituto naquele contexto. Com relação às traduções, adotou-se, quanto às Institutas de Justiniano, a tradução de Bernardo B. Queiroz de Moraes (2021); quanto ao Digesto, dos livros 1 a 19, a versão de Manoel da Cunha Lopes e Vasconcelos, o Conselheiro Vasconcellos (2018); adotou-se, finalmente, quanto ao título *de diversis regulis iuris antiqui* (D. 50.17), a tradução de Bernardo B. Queiroz de Moraes (2017). A tradução das demais fontes é de autoria do articulista.

Palavras-chave: penhor; história do direito luso-brasileiro.

Abstract: This paper intends to debate on the pledge, according to the Portuguese and Brazilian jurists of the XIX century. It intends to investigate the system of sources of the law, as well as the influence social and economic circumstances introduced in the role the pledge played that time. Regarding translations, the Bernardo B. Queiroz de Moraes' one (2021) was adopted for Justinian's Institutes; for the Digest, from books 1 to 19, the version by Manoel da Cunha Lopes e Vasconcelos, Conselheiro Vasconcellos (2018); finally, Bernardo B. Queiroz de Moraes' translation (2017) was adopted for the title *de diversis regulis iuris antiqui* (D. 50.17). The translation of the other sources was written by the writer.

Key Words: pledge; portuguese and brazilian legal history.

INTRODUÇÃO

É regra elementar de direito que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações. Ocorre, no entanto, que, por vezes, é conveniente ao credor exigir um reforço a essa previsão geral. A garantia de uma obrigação pode dar-se de duas maneiras, a saber, agregando-lhe uma nova obrigação pessoal, do devedor ou de terceiro, ou então mediante a constituição, também pelo devedor ou um terceiro, de um direito real, pelo que uma coisa fica especialmente afetada à garantia do adimplemento.

As arras e a cláusula penal são modalidades de reforço de obrigação, o que ocorre quando se celebra entre credor e devedor uma obrigação acessória, com a finalidade de constranger o devedor a cumprir a obrigação principal. Por outro lado, é possível que uma terceira pessoa se vincule à obrigação, a fim de conferir ao credor maiores opções de devedores contra os quais dirigir-se, na hipótese de inadimplemento, caso da fiança e do aval. Já os direitos reais de garantia conferem ao credor a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua grande vantagem consiste no direito de preferência conferido ao seu titular para pagar-se com a coisa gravada, com a exclusão dos demais credores.

A prática negocial contemporânea tem demonstrado predileção pelas garantias reais imobiliárias, razão pela qual o penhor não tem recebido muita atenção, seja da doutrina, seja da jurisprudência. Não era isso, no entanto, o que ocorria no século XIX, época na qual as fragilidades da titulação territorial brasileira tornavam a hipoteca uma garantia frequentemente pouco confiável.

Esse estado de coisas estimulava a contratação de penhores, razão pela qual o estudo de fontes mais antigas revela uma rica elaboração doutrinária e jurisprudencial sobre essa modalidade de garantia real, representando um campo de estudos para a história do direito particularmente fecundo.

1 DIREITO APLICÁVEL

Dada a omissão da legislação pátria, recorria-se ao direito romano como subsidiário, com a ressalva de que a prática oitocentista, sob os influxos do *usus modernus pandectarum*, havia alterado em muito o seu sentido, que estava já muito afastado da pureza histórica (Loureiro, 1884, p. 91-92; Rocha, 1907, p. 174). O direito romano, no entanto, não era o único direito subsidiário, verificando-se também a invocação do direito estrangeiro moderno, notadamente o francês, e, em menor escala, mas surpreendentemente, o direito prussiano do *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*.

2 CASAS DE PENHOR

Atualmente, o desenvolvimento profissional, com caráter permanente e contínuo, das operações de penhor civil é monopólio da Caixa Econômica Federal, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei 759/69¹. O direito oitocentista, embora fosse mais flexível, nem por isso franqueava a livre contratação de penhores de modo profissional. Naquela época, as casas de penhores eram reguladas pelo Decreto nº 2.692, de 14 de novembro de 1860, o qual dispunha que a concessão de empréstimos garantidos por penhor em caráter habitual dependia, na Corte, de autorização do Ministério da Justiça, e, nas Províncias, dos respectivos Presidentes (Brasil, 1860). Dispunha ainda o decreto que os infratores estavam sujeitos a pena de prisão e multa, se pessoa natural, e cassação da licença para funcionar, se sociedade anônima. Outras previsões sancionatórias vinham contempladas no art. 2º, §23, da Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860.

¹ Tramita no momento o PL 4188/2021, no Senado Federal, visando à supressão desse monopólio, com o que poderão ser abertas no Brasil casas de penhor, comuns no estrangeiro, como fonte alternativa de crédito (Brasil, 2021).

3 CONCEITO DE PENHOR

As fontes romanas antigas proclamavam que a diferença entre penhor e hipoteca era meramente nominal². Nada obstante, outras passagens ressaltavam que o penhor propriamente dito era a espécie de garantia real incidente sobre um bem móvel entregue ao credor³. Disso não discrepava a doutrina do *ius commune*, ao ensinar que, numa acepção ampla, penhor e hipoteca eram sinônimos, mas, em sentido estrito, o penhor se destinava aos bens moveis e a hipoteca aos imóveis⁴. Nesse mesmo sentido ia a glosa ao *Corpus Iuris Canonici: hypotheca est obligatio rei immobilis, pignus rei mobilis, quasi a pugno* (hipoteca é a obrigação da coisa imóvel; penhor, da coisa móvel, como que de punho) (Grégoire, 1582, p. 1.110).

No contexto especificamente luso-brasileiro, Freire (1828, p. 223-224) diz que, afora o fato de o penhor se constituir pela tradição, e a hipoteca, *per nudam conventionem*, “*in foro nulla inter pignus et hypothecam differentia*”⁵. Mas distinções mais claras entre elas não nos foram desconhecidas. Por exemplo, em nota ao Título 56 do Livro 4 das Ordenações Filipinas, Almeida (1870), define o penhor como a garantia incidente sobre bem móvel, entregue ao credor.

O art. 767 da Consolidação das Leis Civis de Freitas (1876, p. 471) reza que “*podem ser dadas em penhor cousas móveis, e imóveis*”. Nada obstante, as notas do autor a esse dispositivo restringem o penhor propriamente dito às coisas móveis entregues ao credor. Além do projeto de Código Civil de Joaquim Felício dos Santos⁶, essa compreensão restritiva se manifesta também no Código Comercial de 1850⁷ e na doutrina de Pereira ([1905], p. 378).

Trigo de Loureiro (1884, p. 91) aponta haver uma polissemia do termo no direito romano, tratado como um contrato em determinadas passagens⁸ e como um direito real em outras⁹. Firme nesta senda, a doutrina oitocentista¹⁰ observa também que o termo “penhor” designa três coisas: a) a coisa apenhada; b) o contrato; c) o direito real de garantia.

2 Marc. lib. sing. ad form. hyp., D. 20.1.5.1. *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (Entre o penhor e a hipoteca difere somente o som da palavra).

3 Inst. 4.6.7. *nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit* (Dizemos que está propriamente abrangida pelo termo “penhor” aquela <coisa> que desde logo é também entregue ao credor, sobretudo se é móvel).

4 Rodolphinus (1559, p. 884): *pignus est proprie quaedam res mobilis, quae obligatur & creditori datur, & appellatur pignus a pugno: unde res pignorata quasi pugno tradita. Et pignus ab hypotheca largo modo non differt: quia potest locum habere in rebus mobilibus & immobilibus, & sic pignus potest se habere in rebus mobilibus & immobilibus. [...] Sed stricto modo loquendo differt pignus ab hypotheca: quia hypotheca locum habet in rebus immobilibus obligatis, licet alteri sit quaesita possessio, & creditori datur actio hypothecaria. Sed pignus stricto modo locum habet in rebus mobilibus, quae obligantur, & possessio acquiritur creditori, & competit actio pignoratitia ei* (O penhor é propriamente uma coisa móvel, que é obrigada e entregue ao credor, e se chama penhor em razão de punho, pois a coisa apenhada é como que entregue pelo punho. E, num sentido amplo, penhor não difere de hipoteca. Pois pode ter lugar tanto nas coisas móveis quanto imóveis e pode-se ter penhor nas coisas móveis e imóveis [...]) Mas, falando em sentido estrito, o penhor difere da hipoteca: pois a hipoteca tem lugar nos bens imóveis obrigados, além de no outro se exigir a posse, e dar-se ao credor ação hipotecária. Mas o penhor em sentido estrito tem lugar nas coisas móveis, que são obrigadas, e a posse é adquirida pelo credor, competindo-lhe ação pignoratícia).

5 Cf. também Lobão (1885, p. 466-468), Heineccius (1726, p. 482-483).

6 Art. 2605. *Completa-se o contrato de penhor pela entrega, que o devedor, ou um terceiro por ele, faz ao credor de um móvel para segurança da obrigação.*

7 Art. 251.

8 a) Livro 13, tit. 7. Do Digesto (*De pigneraticia actione vel contra*); b) Livro 4, Título 24 do Código (*De actione pigneraticia*); c) Institutas, Livro 3.14 (*Quibus modis re contrahitur obligatio*)?

9 Nos seis títulos do Livro 20 do Digesto e nos paralelos do Código (Livro 8, Títulos 23 e seguintes).

10 Freire (1828, p. 223); Rocha (1907, p. 173); Almeida, 1870, nota ao Tit. 56 do Livro 4; (Pereira, [1905], p. 379).

3.1 O PENHOR COMO DIREITO REAL

A doutrina da época costuma reportar que o antigo direito bárbaro se teria afastado da compreensão romana do penhor como direito real sobre coisa alheia. Com efeito, o penhor do direito germânico consistia numa aquisição de propriedade em favor do credor sobre a coisa apenhada, confundindo-se com uma translação de domínio com pacto de retrovenda. Uma segunda peculiaridade, certamente entrelaçada com a compreensão do penhor como uma propriedade em garantia, era a impossibilidade de o devedor pignoratício reivindicar o bem de terceiro que viesse a adquiri-lo do credor¹¹. É possível, no particular, verificar mais uma manifestação da *gewere* germânica, que identifica na própria disponibilidade material da coisa um efeito legitimador. Isto porque, diferentemente do direito romano, que compreendia a *rei vindicatio* como uma ação passível de ser ajuizada pelo proprietário contra quem quer que tenha consigo a coisa injustamente, o direito germânico dispunha que, nos casos de privação voluntária da coisa, tais como a entrega do bem a um depositário, o depositante não dispõe de ação real para reaver a coisa, podendo demandar apenas e tão somente aquele que recebeu a coisa, conforme rezam os antigos brocardos *Wo ich meinem Glauben gelassen habe, da muss ich ihm wieder suchen* (Onde eu deixei minha confiança, lá devo buscá-la de novo) e *Hand muss Hand wahren* (A mão deve guardar a mão)¹².

Provavelmente inspirado em Heineccius (1736, p. 596), Freire (1828, p. 224) sustenta que, diferentemente dos demais povos germânicos, o direito visigótico se teria mantido fiel à compreensão romana do penhor uma hipótese de direito real sobre coisa alheia, citando, em abono de sua tese, passagem do Código Visigótico¹³. Ocorre, no entanto, e tal circunstância não passara despercebida ao próprio Heineccius, que a prática negocial germânica muitas vezes se afastava das categorias jurídicas emergentes das fontes legais. E isso parece ter ocorrido entre os visigodos, como demonstra uma antiga fonte negocial compilada por Canellas Lopez (1979, p. 170):

Imperante tibi Domino praecibus meis subuenire dignatus es ut mihi quinque solidos propter mea necessaria praestares, pro quos solidos seruum iuris nomine illum ad uniuerso seruitio impendendo tibi seponer[e] elegi, [e]ja interposita conditione, ut dum mihi Dominus dederit unde solidos ipsos tibi cum gratiarum actione restituam, tunc supra dictum seruum [de] tuo dominio in meo faciam reuerti seruitio. In quo placito stipulatione subnixa subter manu mea signum feci et testibus a me rogitis tradidi roborandum. Facto... (Instruído pelo Senhor, tu te dignaste a socorrer meus pedidos, concedendo-me, em razão de minhas necessidades, cinco moedas de ouro, moedas essas em cuja garantia separei um escravo, o qual, nos termos de direito, fica totalmente submetido a ti, convencionada a seguinte condição, de modo que, quando Deus me permitir, numa ação de retribuição, restituir-te as ditas moedas, que então eu faça o escravo acima mencionado reverter do teu domínio para o meu serviço. Estando a estipulação apoiada em comum acordo, lancei abaixo assinatura de próprio punho e entreguei às testemunhas por mim convocadas para ser confirmada).

Seja como for, o fato é que o direito posterior à formação do Reino de Portugal, pelo menos desde uma lei do sec. XIII, promulgada pelo Rei Afonso III a pedido da comunidade judaica e compilada

11 Sobre o penhor no direito germânico, cf. Heineccius (1736, p. 596-604).

12 Sobre a *gewere*, cf. Alves (1967), Cristóbal Montes (2005, p. 88-97).

13 5.6.3. *De pignore, si pro debito deponatur. Pignus, quod pro debito deponitur, si per cautionem fuerit obligatum, et ille, qui pignus deposuerat, ad tempus constitutum debitum reformare dissimulet, post diem cautionis exactum usque ad decem dies pignus saluum suo domino reservetur aut eidem domino, si in propinquo est, reportetur adque ut restituat debitum...* (Do penhor entregue em razão de uma dívida. Se um penhor é entregue em garantia de uma dívida e o depositante atrasa o pagamento no prazo ajustado, o penhor deverá ser resguardado, em benefício de seu dono, pelo prazo de dez dias, contados do vencimento, ou, se o depositante estiver na vizinhança, deverá ser notificado a saldar o débito).

nas Ordenações Afonsinas¹⁴, registrou um decidido retorno ao direito romano, erigindo o penhor em um direito sobre coisa alheia, que ficava sujeita ao credor, por vínculo real. Uma única exceção, anota Freitas (1876, p. 472-473), existia no caso de penhor de dinheiro e outras coisas fungíveis, que, uma vez entregues ao credor, implicava transmissão de propriedade.

3.2 O PENHOR COMO CONTRATO

O Projeto de Joaquim Felício dos Santos dispunha sobre o penhor em seus arts. 2.605 a 2.616 como um capítulo do título dos contratos, e não juntamente com matérias atinentes ao direito das coisas.

A doutrina assinalava que o contrato de penhor é unilateral, dele advindo, em princípio, deveres somente para o devedor, sem embargo da possibilidade de, no curso do contrato, advir alguma obrigação para o credor. É também contrato oneroso, ou, se se preferir, contrato acessório de contrato oneroso. É hipótese de contrato real, porque não se aperfeiçoa antes da tradição. Sua natureza acessória tem como consequência que a nulidade da obrigação principal acarreta a nulidade da garantia (*accessorium corrui, sublato principale*), mas o contrário não é verdadeiro. O Código Comercial de 1850 disciplinava o penhor mercantil, exigindo que o contrato se celebrasse por escrito¹⁵.

Rocha (1907, p. 173) adverte que do contrato de penhor não emerge somente um direito real, mas também ações pessoais, de que são exemplo a *actio pignoratitia directa*, que compete ao devedor para haver o *superfluum* depois de paga a dívida, e a *contraria*, que compete ao credor pela indenização das despesas que com ele fez.

3.3 O PENHOR COMO O BEM APENHADO

A regra geral é a de que podem ser apenhadadas coisas suscetíveis de alienação¹⁶, ou, dentro de uma concepção mais estrita do penhor, coisas móveis alienáveis (Pereira, [1905], p. 380)¹⁷. A coisa incorporada ao solo, mas mobilizável e destinada a separar-se do solo por sua destinação socioeconômica, é móvel por antecipação. Partindo dessa premissa, somada a uma passagem do direito romano¹⁸ admitindo o penhor dos frutos pendentes, Rocha (1907, p. 175) reputa possível o penhor da safra. Sobre penhor de escravos vamos discorrer em separado, dada a especial relevância do tema.

Freitas (1876, p. 472-473) admite o dinheiro seja dado em penhor, o que, segundo informa, era comum à época no aluguel de livros e na compra e venda por amostras, mas ressalva que, com a entrega, o devedor pignoratício perdia a propriedade dos valores empenhados. Isso porque a fungibilidade do dinheiro impedia que ele fosse objeto de reivindicação, de modo que, no caso de falência do credor pignoratício, o devedor estará sujeito ao concurso de credores, não tendo direito de restituição.

14 4.49: Quando a coisa obrigada he vendida, ou enalheada, passe sempre com seu encarrego.

15 Art. 271.

16 Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 20.1.9.1. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* (Pode-se também apenhar aquilo que se pode vender).

17 Pereira ([1905], p. 380). Nesse sentido, cf. arts. 2608 do Projeto de Felício dos Santos e arts. 1628 e 1630 do Projeto Coelho Rodrigues.

18 Gai. *lib. sing. ad form. hyp.*, D. 20.1.15pr. *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usu fructu aut de his quae nascuntur sive is, qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.* (Podem ser hipotecadas as coisas que ainda não existem, mas que devem vir a existir, tais como frutos pendentes, o parto da escrava, o feto das reses, de modo que as coisas que nascem ficam gravadas de hipoteca. E, como escreve Juliano, isso deve ser observado, tenha contratado o proprietário ou o usufrutuário, sobre o usufruto ou sobre as próprias coisas que venham a nascer).

O art. 468 do Código Comercial previa a hipoteca de navios, mas essa previsão foi revogada pela Legislação Hipotecária de 1237/1864 (Ribeiro, 1871, p. 44-45)¹⁹. A partir desse momento, os navios passaram a ser suscetíveis de oneração de penhor tão somente, numa orientação que prestigiada expressamente consagrada pelo art. 1691 do projeto de Coelho Rodrigues.

3.3.1 Penhor de direitos

O direito romano conta com fragmentos, aceitando ou rejeitando, penhor de servidão²⁰ e de usufruto²¹. O direito romano do fim da época imperial admitiu o penhor de direitos, constituído apenas pelo consenso. O caso mais comum era o penhor de crédito (**pignus nominis**), envolvendo uma cessão com fins de pagamento pignoratício (Jörs; Kunkel, 1937, p. 232-233).²² Já quando o direito apenhado tinha por objeto prestação outra que não a pecuniária, o crédito pignoratício podia exigir a execução dessa obrigação e fazer incidir sobre o produto um penhor comum, legitimando-o a vender essa coisa e pagar-se com o produto²³. O direito romano conhece também passagem admitindo o penhor de segundo grau²⁴, que a doutrina oitocentista invoca para admitir que o devedor dê em

19 Sobre o assunto Ribeiro (1871, p. 44-45).

20 Marc. lib. sing. ad form. hyp., D. 20.1.11.3. *Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint* (As servidões dos prédios urbanos não podem ser dadas em penhor; portanto, tampouco se pode convencionar que sejam hipotecadas).

21 Marc. lib. sing. ad form. hyp., D. 20.1.11.2. *Usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere “non esse ei ius uti frui invito se”, tali exceptione eum praetor tuebitur: “si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit”: nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicietur exceptio.* (Questionou-se se o usufruto podia ser dado em penhor ou hipoteca, seja se o tiver convencionado o titular da propriedade, seja aquele que tem apenas o usufruto. E escreve Papiniano, no livro onze das respostas, que se deve tutelar o credor e se o proprietário quiser objetar ao credor com a alegação de que “ele não tem o direito de usufruir contra sua vontade”, o pretor o protegerá com a seguinte exceção” se não tiver convencionado entre o credor e aquele que tem o usufruto, de que o usufruto fique em penhor”. Pois, se o pretor ampara o comprador do usufruto, por que não amparará também o credor? Pela mesma razão, a exceção também prejudica ao devedor).

22 Sobre o assunto, cf. Jörs e Kunkel (1937, p. 232-233). C. 8.16.4. *Imperator Alexander Severus. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.* (Imperador Alexandre Severo. Já há tempos se determinou, geral e especialmente, ser possível apenhar o crédito do devedor. De modo que se esse devedor não pagar a quem tu emprestaste, cuja dívida te foi dada em penhor, será compelido, por ações úteis, a pagar-te nos limites do montante que tiveres provado ser-te devido pelo credor dele, nos limites também do que ele mesmo deve, a menos que já tenha pago a quem devia, não tendo sido cientificado por ti dessa obrigação). No mesmo sentido, C. 8.23.1

23 Paul. 29 ad ed., D. 13.7.18 pr. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.* (Se convencionar te dar em penhor uma obrigação de meu devedor, deve o pretor respeitar essa convenção, de maneira a ser-te permitido cobrar esse dinheiro e a ser protegido o meu devedor se eu quiser intentar a ação contra ele. Assim, se essa obrigação for pecuniária, deverás descontar, na minha dívida, o dinheiro que receberes; se for de algum objeto corpóreo, ficar-te-á fazendo as vezes de penhor).

24 Marc., lib. sing. ad form. hyp., D. 20.1.13.2. *Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem* (Tendo-se admitido que se recebesse em penhor uma coisa já apenhada, enquanto se devem ambas as prestações, o penhor fica obrigado ao segundo credor e a ele devem ser concedidas tanto uma exceção quanto uma ação útil. Mas se o dono tiver pago a prestação, o penhor também perime. Mas se pode duvidar se deve ser concedida ou não ao credor uma ação útil e razão dos valores pagos. Pois e se a coisa tiver sido resgatada? E é verdadeiro o que escreve Pompônio no livro sete de comentários ao edito, de que se realmente deve o dinheiro em razão do qual o penhor foi dado, tendo-a cobrado o credor, deverá compensar consigo mesmo. Mas

penhor a terceiro a própria coisa que lhe está empenhada, com a ressalva de que o segundo penhor depende do primeiro, de modo que, extinto por qualquer causa o primeiro, extingue-se o segundo (Pereira, [1905], p. 381; Telles, 1909, p. 169).

O fato de ser um contrato acessório não conduz à necessidade de ser convencionado simultaneamente com a obrigação principal. Em outras palavras, o penhor pode ser contratado tanto antes quanto depois da obrigação principal. No entanto, o penhor constituído anteriormente à existência da obrigação fica sob condição suspensiva, não existindo enquanto direito real enquanto não houver obrigação a ser garantida (Loureiro, 1884, p. 91; Pereira, [1905], p. 380).

O art. 273 do Código Comercial de 1850 admitia o penhor de títulos da dívida pública, ações de companhias ou empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio (Brasil, 1850). Tratando do assunto, assinala Pereira ([1905], p. 385) ser conveniente notificar o devedor, pois este, enquanto não intimado, podia opor eficazmente ao credor pignoratício os pagamentos feitos ao devedor empenhante.

Rocha (1907, p. 175) admite o penhor de direito invocando art. 2075 do Code Civil²⁵. Freitas (1876, p. 471) entende que o art. 273, *caput*, do Código Comercial²⁶ é meramente exemplificativo, permitindo que sejam dados em penhor todos os direitos estampados em títulos de crédito ou de qualquer forma representados por instrumentos. Admite penhor de direito, mas exige incidência de uma cartularidade. Não admite penhor de direito exclusivamente imaterial. No mesmo sentido parece ir Pereira ([1905], p. 381), quando limita o penhor de bens incorpóreos àqueles passíveis de circulação pela tradição de títulos representativos.

Acórdão da Relação do Rio de Janeiro entendeu que, muito embora o credor pignoratício de título de crédito estivesse legitimado a receber e mesmo a cobrar extrajudicialmente o crédito empenhado, não tinha legitimidade para a propositura da ação de assinação de dez dias (Revista [...], 1878)²⁷. Diferentemente, o Supremo Tribunal de Justiça considerou possível que a apólice de seguro de mercadoria fosse dada em penhor, legitimando o credor a perseguir o valor de indenização pela ação de seguro, disciplinada pelos arts. 299 a 307 do Regulamento 737 (Revista [...], 1873)²⁸. Um interessante acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em recurso de revista interposto pela célebre Mauá, Mac-Gregor & C. entendeu possível que o devedor apenhasse ações, endossando-as a um determinado credor e, recebendo deste a cautela de que cuida o art. 6º do Decreto nº 2.692, de 14 de novembro de 1860, dessas mesmas ações em penhor de segundo grau por meio do endosso das referidas cautelas a um segundo credor (Apelação [...], 1874)²⁹. Existe um último acórdão digno de menção, novamente da Relação do Rio de Janeiro³⁰. Determinados fundadores de sociedade anônima ainda não autorizada a funcionar recolheram antecipação de valores de interessados na subscrição das ações. Nessa mesma ocasião, convencionou-se que as ações seriam apenhas em garantia do valor a descoberto, tendo sido emitidas cautelas representativas da entrega dos títulos. A Relação decidiu que a contratação era ilícita, porquanto infringente da legislação atinente às sociedades anônimas³¹.

se ele devia uma coisa corpórea e a tiver entregue, essa coisa permanecerá com o credor, a título de penhor).

25 Art. 2075. *Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sou seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.*

26 Art. 273 – *Podem dar-se em penhor bens móveis, mercadorias e quaisquer outros efeitos, títulos da Dívida Pública, ações de companhias ou empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio.*

27 Relação do Rio de Janeiro, Aggravo de Petição nº 1.000, (Aggravo [...]. 1878).

28 Supremo Tribunal de Justiça, Revista nº 8.333, (Revista [...], 1873).

29 Revista Cível nº 5.959, de 23 de março de 1861, cf. Pinheiro (1870, p. 69-78).

30 Apelação Commercial nº 46, (Apelação [...], 1874).

31 Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860, art. 17. *Em quanto o Governo não declarar constituído hum Banco, Caixa filial ou Agencia deste, não se poderá emittir, sob qualquer pretexto, titulo algum, cautela, promessa de acções ou declaração de qualquer natureza, que possa certificar a qualidade de accionista; e ainda depois de constituída, suas acções não serão negociaveis, nem poderão ser cotadas, sem que esteja realizado hum quarto do seu valor. Sobre*

3.3.2 Penhor geral

As Ordenações referem, *en passant*, a possibilidade de contratação de uma garantia geral, incidente sobre todo o patrimônio ou sobre todos os bens pertencentes ao gênero gravado³². Freire (1828, p. 225) defende que, salvo expressa previsão em sentido contrário, a garantia geral só alcança os bens presentes, mas não os futuros, afastando-se, no particular, do direito romano³³. A garantia real de caráter geral incide sobre todos os bens compreendidos na expressão. Assim, se o devedor gravou todos os seus bens móveis, ficam excluídos os imóveis. Pelo contrário, se gravou os imóveis, seguem desembaraçados os móveis. Freire (1828, p. 225) acresce, ainda, que se o devedor obrigou os bens móveis e imóveis, isso não alcança os direitos de crédito, que constituiriam uma terceira espécie. Do penhor geral somente se excetuam determinados bens, como móveis para uso cotidiano ou exercício da profissão ou ofício do devedor³⁴. O penhor especial, por sua vez, só alcança os bens designados. Loureiro (1884, p. 94) invoca o direito romano para asseverar ser possível que o devedor constitua em favor de um credor um penhor especial sobre determinados bens e um penhor geral sobre os demais. Neste caso, instaura-se uma ordem de preferência, devendo o credor fazer recair a execução primeiramente sobre o penhor especial, somente avançando sobre o penhor geral se insuficiente o valor apurado com primeiros³⁵.

Com o advento da legislação hipotecária, instaurou-se um sentimento de aversão às garantias gerais, passando-se a exigir a sua especialização³⁶.

3.3.3 O que não pode ser dado em penhor

O penhor é um direito real de realização do valor da coisa. Portanto, apenhar um bem é o mesmo que praticar um ato inicial de alienação, razão pela qual não podem ser apenhadadas coisas fora do comércio (Loureiro, 1884, p. 95-96). Os exemplos mais significativos extraídos da doutrina oitocentista são os seguintes:

a instrumentalização de penhor de ações, vide art. 7º, §4º, da Lei nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, e art. 7º, §4º, do Decreto nº164, de 17 de janeiro de 1890. Sobre a proibição de a companhia receber em penhor suas próprias ações, art. 19, §2º, do Decreto nº 8.821, de 30 de dezembro de 1882, e art. 2º, §10, da Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860. 32 Ord. 4.9 “obrigou geral ou specialmente a cousa”.

33 C. 8.16.9.1. *Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut et, si “res suas” supponere debitor dixerit, non adiecto” tam praesentes quam futuras”, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producat.* (Sobre a tal hipoteca geral, sancionamos para preservar a vontade das partes que se o devedor tiver declarado que onera seus bens, sem acrescer “tanto presentes quanto futuros”, ainda assim se estenda a hipoteca geral aos bens futuros).

34 Trigo de Loureiro (1884, p. 93); Freire (1828, p. 225). Nas Ordenações, cf. 3.86 23. Em que bens se não fará penhora. Porém não se penhorarão os Fidalgos, e Cavalleiros, e nossos Desembargadores nos cavalos, armas, livros, vestidos de seus corpos, nem as mulheres dos sobreditos, nem mulheres Fidalgas nos vestidos de seus corpos e, camas de suas pessoas...

35 O autor invoca: C. 8.13.2. *Imperatores Severus, Antoninus. Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit* (Embora conste que o teu adversário tenha recebido alguns bens em penhor especial e o todo o patrimônio em penhor geral e que tem igual direito incidente sobre todos eles, ainda assim a jurisdição deve ser temperada. Por isso, se se evidenciar que ele pode recuperar toda a dívida com aqueles bens que lhe foram obrigados em penhor especial, neste caso o presidente determinará que não sejam expropriados aqueles que recebeste posteriormente em penhor do mesmo patrimônio).

36 Dentro desse espírito se deve ler a proscrição do penhor geral pelo art. 1.653 do Projeto Coelho Rodrigues.

- a) Coisas sagradas e destinadas ao culto divino, por força de disposição das Ordenações Filipinas³⁷, que vem na esteira de previsão constante do *Corpus Iuris Canonici*³⁸;
- b) Coisas litigiosas³⁹;
- c) Bens de pupilos e menores, sem consentimento do tutor, curador e do juiz de órfãos⁴⁰;
- d) Bens dotais, ainda que a mulher consinta⁴¹;
- e) Freire (1828, p. 230) invoca um alvará de 17 de janeiro de 1766, que proibiu a penhora dos ordenados dos Oficiais de Justiça e Fazenda, para sustentar a impossibilidade de tais créditos serem também objeto de penhor;
- f) Os bens públicos⁴².

4 CONSTITUIÇÃO

Enquanto modalidade de contrato real, o penhor não existe enquanto não aperfeiçoada a entrega da coisa. A doutrina (Rocha, 1907, p. 174; Freitas, 1876, p. 471; Loureiro, 1884, p. 91), unanimemente, advertiu que não só a tradição efetiva constituía o penhor, mas também a simbólica, seja em virtude de disposições expressas da legislação comercial (Brasil, 1850)⁴³, ou hipotecária (Brasil, 1864)⁴⁴, ou mesmo em virtude da invocação do direito romano subsidiário⁴⁵. Nesse sentido ia também o Projeto de Coelho Rodrigues⁴⁶.

37 Ord. 2.24. Que se não possa comprar, nem receber em penhor prata e ornamentos das Igrejas, ou Mosteiros, sem licença de El Rei.

38 X.3.21. *Res ecclesiae pignori non debent nisi ex necessitate et rationabili causa. Ex concilio Remensil. Nullus presbyter praesumat calicem, vel patenam, aut pallam altaris, vel vestimentum sacerdotale, aut librum ecclesiasticum tabernario, vel negotiatori, aut cuilibet laico vel feminae in vadium dare, nisi iustissima necessitate urgente.* (Os bens da Igreja não devem ser apenados senão em razão de necessidade e por uma causa razoável. Por força do concílio de Remensil. Que nenhum presbítero em vão, mas apenas em razão de uma justíssima necessidade urgente, se atreva a entregar o cálice, tigela, ou o manto do altar, ou vestimenta sacerdotal, ou livro eclesiástico a um mercador, ou negociador ou a qualquer laico ou mulher)

39 Ord. 4.10.3. Depois que a cousa for litigiosa per cada hum dos sobreditos modos, pendendo o litígio, antes que seja findo per sentença definitiva, passada em cousa julgada, não a deve o réo vender, nem escaimbar nem dar a outrem.

40 Loureiro (1884, p. 95-96), invocando Ord. 1.88.25. Dos Juizes dos Orfãos. E achando que os Orfãos têm bens moveis, que será mais seu proveito venderem-se, mandal-os-há vender em pregão em almoeda, a quem por eles mais der.... Ord. 1.23.2. E ainda que algum órfão de Nós impetre a dita graça em idade de vinte anos ou de dezoito, como dito he, se ele vender, alhear, obrigar ou empenhar bens de raiz que tiver, ou parte deles, tal venda, alheação, obrigação ou apenamento será nenhum e de nenhum valor, assi como se não houvesse impetrado a dita graça, porque a graça per Nós outorgada não se estende a alheação ou obrigação ou apenamento assi feito dos bens de raiz, salvo se for feito per autoridade de Justiça...

41 Ord. 4.59. Se algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens que a ella pertencem. E sendo casados por dote, e arras, não pdoerá obrigar os bens que per o contrato dotal pertencem à parte de sua mulher.

42 Ord. 4.55. Que as terras da Corôa e os assentamentos del Rey não possam ser apenados, nem obrigados.

43 Código Comercial de 1850, art. 274 – *A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (artigo nº. 199).*

44 art. 6º, §6º, da Lei Hipotecária de 24 de setembro de 1864: O penhor de escravos pertencentes às propriedades agrícolas, celebrado com a clausula constituti, tambem não poderá valer contra os credores hypothecarios, se o titulo respectivo não fôr transcripto antes da hypotheca.

45 Ulp. 3 disp., D. 13.7.26pr-1. *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.* (Não é de admirar que se constitua o penhor quando, por qualquer motivo, o magistrado imita alguém na posse dos bens de outrem, contanto que, na conformidade de muitos rescritos de nosso Imperador e de seu pai, também se possa constituir um penhor em virtude de um testamento. Deve-se ficar sabendo que, quando o penhor se constitui por ordem do magistrado, somente pode ser havido como constituído quando se está na posse da coisa).

46 Art. 1.646. *É também lícito estipular que o devedor continue a possuir o penhor em nome do credor. Esta cláusula*

Este tema é desenvolvido com especial atenção por Pereira ([1905], p. 383-384). O autor lembra que a constituição do penhor pelo constituto possessório é vedada em determinados ordenamentos jurídicos que não conferem seqüela ao direito real mobiliário, tal como se dá na França, onde prevalece o princípio *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Ocorre, no entanto, que isso não se dá no Brasil, que conhece a seqüela mobiliária. Por esse motivo, o autor não vislumbra razão para a vedação da constituição do penhor pelo constituto possessório. Essa orientação parece ter encontrado ressonância na prática social, como demonstra uma escritura de penhor do ano de 1887, levada a registro no Primeiro Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo⁴⁷, no qual se contrata o penhor, com cláusula de constituto possessório, tendo por objeto um locomóvel e outros maquinários.

A questão da tradição tampouco foi estranha aos tribunais. Há notícia de um julgado relativo a um caso no qual o autor emprestara ao réu determinada quantia de dinheiro, para o pagamento da última prestação do preço de dois navios, por este último encomendados e que ainda estavam em fabricação num estaleiro inglês. Convencionou-se, em garantia do crédito, que os navios estariam gravados de penhor em favor do credor. Inadimplida a dívida e tendo chegado ao Brasil uma das embarcações, pretendeu o credor a excussão da garantia. O devedor resistiu, argumentando que a pretensão era insubsistente, uma vez que ela não tinha a posse dos navios quando da celebração do contrato de penhor, razão pela qual não a podia transferir, além do que não ratificou o contrato após a efetiva aquisição da posse. O Supremo Tribunal de Justiça manteve o acórdão da Relação do Rio de Janeiro que decidiu que, em tendo sido contraída a dívida justamente para efetuar o pagamento da última parcela do preço dos navios, era evidente a higidez a garantia pignoratícia, afigurando-se contrária à boa-fé a alegação de nulidade da garantia (Revista [...], 1878)⁴⁸.

Para Rocha (1907, p. 174-177), em que pese a tradição, a posse da coisa apenhada continua com o devedor, tendo o credor apenas a posse natural, ou seja, a detenção. Assim, por ser possuidor o devedor, pertencem-lhe os frutos e rendimentos, salvo se contratada a anticrese, continuando a fluir em seu favor eventual prescrição aquisitiva contra terceiro. Em sentido contrário, Lobão (1885, p. 469-470) e Pereira ([1905], p. 378) consideram que o credor pignoratício é, sim, possuidor do bem. Solução intermediária adotava o Projeto de Coelho Rodrigues⁴⁹, segundo o qual o credor pignoratício era possuidor, salvo disposição contratual em sentido contrário.

4.1 CONSTITUIÇÃO DE PENHOR A *NON DOMINO*

O empenhador de coisa alheia ou de coisa própria já apenhada está incurso no crime de burlão ou estelionato, tipificado na Ord. 5.65⁵⁰. Sem prejuízo dessas repercussões criminais, Rocha (1907, p. 175) defende que “o credor que recebeu em penhor bens alheios em boa fé não tem obrigação de os entregar em quanto não for pago da dívida”. Esta tese parece querer introduzir no direito luso-brasileiro uma espécie de *gewere*, pouco afeita às nossas tradições, tributárias das fontes latinas. Tanto é assim que essa proposta se ampara em invocação, como direito subsidiário, de dispositivo do Código Prussiano⁵¹.

se presume no penhor agrícola.

47 Transcrição nº 2, de 15 de dezembro de 1887.

48 Revista Commercial nº 9303 (Revista [...], 1878).

49 Art. 1644. *Salvo disposição expressa no título, compete ao credor a posse do penhor e ao dono da coisa a posse da hypotheca; assim como o usufruto, quer desta, quer daquele.*

50 Sobre o assunto, cf. Freire (1828, p. 226).

51 P 1, 20.80. *Ist der Gläubiger zum Besitze des Pfandes nach der Bestimmung Tit. XV. §. 25. redlicher Weise gelangt, so ist er zur Ausantwortung des Pfandes an den Eigenthümer, nur gegen Entrichtung dessen, was er dem Schuldner darauf wirklich gegeben hat, verpflichtet* (Se o credor se investiu de boa-fé na posse do penhor, na forma do Tit. XV §25, ele só é obrigado a entregar o penhor ao proprietário depois de ser ressarcido daquilo que comprovadamente entregou ao devedor).

Com efeito, outra era a orientação do direito romano⁵², que se mantinha firme ao princípio segundo o qual, via de regra, a disposição *a non domino* era inoperante, porquanto, como anotara Ulpiano⁵³, em aforismo mais tarde acolhido pela canonística⁵⁴, a ninguém é dado transmitir mais direitos do que dispõe. Firme nesta senda, que nos parece mais razoável, Pereira ([1905], p. 381) sustenta que o proprietário pode reivindicar o bem do credor pignoratício, esteja ele de boa ou má-fé. A única ressalva feita pelo autor é a de que o contrato de penhor vale sempre *inter partes*, de modo que: “O penhor não produz direito real em favor do credor sobre a coisa alheia; mas, no caso figurado, como contracto prevalece entre o credor e o devedor com os seus efeitos naturaes. Assim o credor, paga a dívida, não se pode eximir de restituir a coisa ao devedor sobre o fundamento que ella não lhe pertence”⁵⁵.

5 INDIVISIBILIDADE DA GARANTIA

Antes de pagar a dívida toda, o devedor não pode pedir a devolução do penhor. Da mesma forma, sendo vários os bens, o pagamento parcial não dá direito à remição de parte dos bens (Telles, 1909, p. 168)⁵⁶. Isso porque, enquanto não pagar a dívida, o penhor permanece hígido, incidindo sobre a totalidade da coisa empenhada. Para Rocha (1907, p. 177), “sendo muitos os objetos empenhados, o credor não tem obrigação de aceitar o pagamento por partes e ir restituindo os penhores em proporção, exceto se assim se ajustou”⁵⁷.

6 PREFERÊNCIA

O crédito real prefere ao quirografário⁵⁸. Havendo uma pluralidade de créditos reais gravando a mesma coisa, instaura-se uma ordem de preferência segundo a ordem de constituição, preferindo-se aqueles constituídos em primeiro lugar àqueles subsequentes.

O direito das Ordenações previa que entre os quirografários a ordem de preferência se dava na anterioridade da penhora, sendo irrelevante a data da dívida⁵⁹. Essa orientação foi alterada pela Lei de 20 de junho de 1774⁶⁰, que estabeleceu uma ordem de preferência entre os créditos quirografários, segundo a ordem da contratação da dívida (Freire, 1828, p. 233).

52 C. 8.15.2. *Imperatores Severus, Antoninus. Si probaveris praesidi hortos de quibus agebatur tuos esse, intellegis obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.* (Se provares que são teus os prédios e jardins sobre os quais se demanda, compreenderás que não podiam ser obrigados ao credor por outrem, a menos que, conhecendo tal fato, dissimulaste em fraude ao credor que o ignorava).

53 Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50.17.54. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (Ninguém pode transferir a outrem mais direito do que ele próprio tem).

54 VI.5.12.79. *Nemo potest plus iuris transfere in alium quam sibi competere dinoscatur* (Ninguém pode transferir a outrem mais direito do que se lhe reconhece competir).

55 No mesmo sentido, Telles (1909, p. 169), invocando a *ratio iuris* de Ord. 4.54.3

56 Sobre o assunto, cf. também o art. 1632 do Projeto de Coelho Rodrigues.

57 Cf. também Pereira ([1905], p. 388).

58 Pomp. 11 *ad Sab.*, D. 50.17.25 *Plus cautionis in re est quam in persona* (a garantia real é melhor do que a pessoal).

59 Ord. 3.91. Quando o credor que primeiro houver sentença e fizer execução precederá os outros posto que sejam primeiros em tempo.

60 42. Estabeleço como segunda regra subsidiária, depois das hypothecas, a da prioridade das datas das dívidas, sendo contratadas por escripturas publicas, ou por escritos particulares de pessoas que lhes dão neste caso a mesma força.

7 TÍTULOS DO PENHOR

7.1 NEGÓCIO JURÍDICO *INTER VIVOS*

A depender do valor, o penhor podia ser contratado por instrumento público ou particular, indistintamente, ou somente por instrumento público (Loureiro, 1884, p. 92; Pereira, [1905], p. 382). As Ordenações Filipinas, no Livro 3, Título 59, exigiam escritura pública se o contrato dissesse respeito a bem móvel de valor superior a sessenta mil réis. A essa previsão se deve agregar um assento da Casa de Suplicação de 23 de Novembro de 1769, dispensando dessa formalidade os comerciantes⁶¹, e o Alvará de 30 de outubro de 1793, que determinava subordinarem-se a essa regra apenas os contratos firmados em cidades, vilas ou arraiais em que haja tabelião ou no caso em que os moradores forem vizinhos de tais localidades, sendo-lhes possível ir e voltar do cartório no mesmo dia, e se o contrato exceder a 13 mil cruzados, tratando-se de bem móvel.

Para Freitas (1876, p. 471-472), a redução do contrato a um instrumento escrito e assinado pelas partes é evidentemente conveniente para a prova do direito, mas não é da essência do contrato, razão pela qual sua falta pode ser suprida pela confissão judicial da parte. Em sentido contrário, sustentando que a redução do negócio ao escrito é da substância do contrato, não podendo ser suprida nem mesmo por confissão judicial, pronuncia-se Araújo Costa. Numa posição intermediária, entendendo que, *inter partes*, a falta de instrumento escrito pode ser suprida pela confissão, sendo o instrumento escrito imprescindível apenas e tão-somente para conferir eficácia real ao direito, manifesta-se Ribeiro (1871, p. 52-58).

7.2 TESTAMENTO.

A fonte era o direito romano⁶².

7.3 JUDICIAL

No direito contemporâneo, penhor e penhora são institutos jurídicos inconfundíveis. Isso, no entanto, não era bastante claro no direito oitocentista. Sinal disso se encontra nas Ordenações Filipinas, que, embora conhecendo a expressão penhora⁶³, ainda assim por vezes designa penhor⁶⁴ o ato judicial que dá início à expropriação de bens do devedor, no bojo de um procedimento executivo. Uma distinção mais nítida se verifica no Regulamento nº 737, de 1850, que usa do termo penhor somente para referir-se ao instituto de direito privado⁶⁵, valendo-se da expressão penhora para designar o ato executivo judicial⁶⁶. Nessa mesma linha vai Teixeira de Freitas (1876, p. 474), quando proclama: “A

61 *As procurações e obrigações dos Negociantes não se regulão pela Ord. liv. 3 tit. 59, mas sim pelas Leis Maritimas, Mercantes e Costumes louváveis das Nações mais ilustradas da Europa*, cf. Almeida (1869, p. 254).

62 Ulp. 3 disp., D. 13.7.26pr-1. *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit.* (Não é de admirar que se constitua o penhor quando, por qualquer motivo, o magistrado imita alguém na posse dos bens de outrem, contanto que, na conformidade de muitos rescritos de nosso Imperador e de seu pai, também se possa constituir um penhor em virtude de um testamento).

63 Ord. 4.57.

64 Ord. 4.6.3. E no caso, onde pendendo entre o credor e devedor demanda, de que depois descendeu a execução, ou depois della em qualquer tempo antes da arrematação, veio algum outro credor, que pretende haver direito na coisa apenhada...

65 Arts. 12, 172, 281 e seguintes.

66 Arts. 244, 288, 310 e seguintes.

penhora, posto que tenha o nome de penhor judicial, não é penhor... A penhora é uma apreensão judicial dos bens do devedor executado, que ao credor não atribui, como no penhor, direito de ser pago pela coisa empenhada”.

Em sentido contrário, mais afeito às tradições, pronuncia-se Loureiro (1884, p. 92)⁶⁷, reputando serem hipóteses de penhor não apenas a penhora⁶⁸, mas também as garantias prestadas pela parte ou um terceiro no curso do processo, espontânea⁶⁹ ou compulsoriamente⁷⁰. Freire (1828, p. 227) também trata, sob a rubrica de penhor, de figuras processuais. Considera ser modalidade de penhor uma antiga figura do direito romano, consistente na imissão do autor na posse dos bens do devedor revel⁷¹, alertando para a sua insubsistência no direito português, por força de previsão expressa nas Ordenações⁷².

Justamente em razão dessa relativa indistinção, cremos ser relevante lembrar que o direito romano conheceu, na *legis actio per pignoris capionem* uma modalidade extrajudicial de apoderamento pelo credor de bens pertencentes ao devedor⁷³. Parece-nos que esse fenômeno não integrava o direito subsidiário oitocentista, em que o direito nacional dispunha que os penhores judiciais são sempre produzidos *ope iudicis*⁷⁴.

7.4 PENHOR LEGAL:

Loureiro (1884, p. 93)⁷⁵ indica como exemplos de penhor legal o penhor do arrendante sobre os frutos do prédio rústico arrendado e o penhor do locador do imóvel urbano sobre os “*móveis e trastes*” introduzidos pelo locatário nesse mesmo prédio. As Ordenações⁷⁶ previam que a apreensão

67 Em abono de sua tese, o autor cita Ord. 3.86. Das execuções, que s fazem geralmente per as sentenças. Quando algumas sentenças da mor alçada, ou outra qualquer, que passar em cousa julgada.... será o condenado requerido, que pague o conteúdo na sentença, ou dê penhores bastantes à condenação....

68 Ord. 3.86. Das execuções, que s fazem geralmente per as sentenças. Quando algumas sentenças da mor alçada, ou outra qualquer, que passar em cousa julgada.... será o condenado requerido, que pague o conteúdo na sentença, ou dê penhores bastantes à condenação....

69 Ord.4.6pr. Do que compra alguma cousa obrigada a outrem, e consigna o preço em juízo por não ficar obrigado aos credores. Comprando alguém alguma cousa móvel, ou de raiz, se quiser ser relevado de o poderem mais demandar, por razão da cousa ser a outrem obrigado, tanto que a comprar, leve logo e ofereça o preço, porque a comprar, perante o Juiz ordinário do lugar, onde a venda foi feita, e requeira-lhe, que o mande pôr em sequestro em mão de algum homem fiel e abonado por tempo conveniente, a que o vendedor seja obrigado, ou tenha apenhada a cousa vendida.

70 Ord. 3.31. Quando o reo he obrigado satisfar em Juizo por não possuir bens de raiz. Se o autor mover demanda contra o reo sobre cousa móvel, dizendo que lhe pertence per Direito, intentando sobre ella ação real, ou pessoal, e o reo não possuir bens de raiz seus, que valham tanto, como a cousa móvel demandada, sendo o Julgador para isso requerido, constringerá o réu que satisfaça com penhores ou fiadores bastantes...

71 Ulp. 59 *ad ed.*, D. 42.4.7.1. *Praetor ait: “Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo”* (O pretor diz: Mandarei que sejam possuídos e vendidos os bens daquele que se esconder fraudulentamente, se não for defendido a juízo de um homem bom)

72 Ord. 3.15. “*Em que modo se procederá contra o reo que for revel, e não aparecer ao termo para que foi citado: se absentar sem deixar Procurador, o autor seguirá seu feito à sua revelia, sem poder requerer contra ele, que o mettam em posse de nenhuns bens por benefício do primeiro...*”

73 Gai. 4.26. Sobre o assunto, cf. Azevedo (1994, p. 37-42).

74 Ord. 4.57.1. Nem outrossi poderá o credor penhorar seu devedor ainda que tenha sentença contra ele. Porque o penhorar se deve fazer por autoridade de Justiça pelos Officiaes para isso deputados, salvo no caso dos alugueres das casas, como dissemos no tit. 23: dos alugueres das casas.

75 O autor recorre ao Alvará de 24 de julho de 1793; Lei de 20 de junho de 1774, §38: ...os Senhores dos prédios rústicos ou urbanos, e os Senhores directos, quando concorrem, para haverem dos seus Rendeiros, Inquilinos, ou Emphyteutas, as pensões, alugueres, e fôros, para preferirem neste caso pela sua tácita, e legal hypotheca a outros Credores, posto a tenham geral, ou especial mais antiga. No direito romano: Marc. *lib. sing. ad form. hyp.*, D 20.2.2.; Nerat. *lib. prim. membr.*, D. 20.2.4.

76 Ord. 4.23. E se o alugador da casa não pagar o aluguer ao tempo que prometeu, o senhor della o não poderá per si penhorar, por se escusarem diferenças; mas poderá mandar fazer isso ao Alcaide da Villa, ou lugar, onde acontecer,

do penhor não se podia operar diretamente pelo locador, mas, sim, por intermédio do Alcaide da Vila, mas Almeida (1870, p. 804), com amparo em Teixeira de Freitas, afirma que esse procedimento não era mais usado, anotando também que o locatário não tem penhor legal contra o sublocatário. Freire (1828, p. 229) entende subsistirem as hipóteses de penhor legal enumeradas no título 2 do Livro 20 do Digesto, porquanto observadas no costume português e apoiadas nas boas razões natural e civil.

8 PACTOS ESPECIAIS NO PENHOR

8.1 PACTO DE ANTICRESE

As Ordenações⁷⁷ limitavam a contratação da anticrese nos negócios firmados entre foreiro e senhorio. Mais tarde, com a liberação da usura⁷⁸, entendeu-se possível a sua contratação para garantia de dívida de qualquer natureza. Muito embora não admitisse a anticrese de bem móvel (Pereira, [1905], p. 392), o direito brasileiro oitocentista conhecia o pacto de anticrese de bem móvel como modalidade de pacto adjeto no penhor, em virtude do qual o credor podia usar e gozar da coisa em compensação dos juros da dívida, restituindo ao devedor ou abatendo do capital aquilo que sobejar. Em outras palavras, o pacto anticrético afastava a incidência da obrigação geral do credor de, uma vez extinta a dívida, a devolver ao devedor o penhor com os respectivos frutos e acessões. Telles (1918, p. 324) entendia que esta cláusula devia ser expressamente convencionada. Em sentido contrário, Lobão (1885, p. 475) sustentava entender-se “*constituído tacitamente, se o devedor, em segurança da dívida, entrega ao seu credor em penhor uma coisa fructífera sem reserva alguma dos fructos; porque se supõe dados estes para o credor gozar d’elles enquanto se não pagar a dívida*”, o que parece amoldar-se ao direito romano⁷⁹. No mesmo sentido ia o Projeto de Felício dos Santos⁸⁰, conferindo *ope legis* ao credor o poder de apropriação dos frutos da coisa, numa orientação que somente viria a triunfar no Código Civil de 2002 (arts. 1433, inc. V, e 1436, inc. III).

8.2 PACTO COMISSÓRIO

No direito romano, a *lex commissoria*, cláusula contratual segundo a qual o credor poderia ficar com a coisa apenhada ou hipotecada no caso de não pagamento da dívida garantida, foi frequente até a República tardia, especialmente na porção oriental do Império. Uma lei de Constantino⁸¹,

ao qual mandamos, que per seu mandado faça essa penhora, sem autoridade de Justiça.

77 Ord. 4.67.4. E se o que trazer alguma possessão por certo foro, ou prazo de algum senhorio, a apenhasse ao dito senhorio por dívida alguma, sob tal condição, que o senhorio houvesse em salvo os fructos e rendas della, até ser pago da dívida, em este caso poderá o senhorio haver as ditas rendas e novos em salvo, até ser pago da dívida, sem descontar della cousa alguma; porque em quanto assim houver os fructos e rendas do dito foro, ou prazo não haverá a pensão, que lhe he devida em cada hum anno, por virtude do contracto do aforamento, ou emprazamento. E sendo feito semelhante apenhamento entre outras pessoas, que não sejam o foreiro e o senhorio, tal contracto de apenhamento feito com clausula, que o credor haja em salvo as rendas e fructos da cousa apenhada, até ser pago de sua dívida, será usurário, e haverão os contraentes as penas de usuários conteúdas neste título.

78 Art. 1º da Lei de 24 de outubro de 1832, “sobre o juro ou premio de dinheiro, de qualquer espécie”: “*O juro ou premio de dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes convencionarem*”.

79 Paul. 2 sent., D. 20.2.8. *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere* (Quando o devedor usa de dinheiro gratuito, o credor pode reter os frutos da coisa que lhe foi apenhada a título de juros, até o limite legal).

80 Art. 2606.

81 C. Th. 3.2.1. *Imperator Constantinus A. ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt* (Imperador Constantino Augusto, ao povo. Uma vez que, entre outros

mantida por Justiniano⁸², proibiu o pacto comissório, com o que o credor passou a ser compelido a pagar-se com o preço apurado na venda do bem apenhado. O direito luso-brasileiro oitocentista também proibiu o pacto comissório, proibição essa que somente não alcançava a adjudicação judicial no bojo do processo executivo (Telles, 1909, p. 169).

8.3 PACTO MARCIANO

Também conhecido como pacto *addictionis in diem* (Heineccius, 1726, p. 488; Loureiro, 1884, p. 94; Freire, 1828, p. 236), seu nome se deve ao jurista romano homônimo que em primeiro lugar teria cogitado de uma cláusula contratual segundo o qual, na hipótese de inadimplemento do devedor, o credor adquiria a propriedade da coisa dada em garantia, pelo valor de sua avaliação, e devolução de eventual excesso⁸³. Esta disposição foi replicada nas Ordenações Filipinas⁸⁴ e, num linguajar renovado, na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas⁸⁵. O art. 1.641 do Projeto de Coelho Rodrigues contemplava o pacto marciano, mas com a adjudicação do bem ao credor pelo valor de avaliação da coisa previsto no contrato⁸⁶.

9 DIREITOS E DEVERES DO CREDOR PIGNORATÍCIO

- a) Não pode, via de regra, usar a coisa apenhada, sob pena de responder por furto (Brasil, 1830)⁸⁷. Por assim dizer, o direito do credor não recai sobre a coisa propriamente dita, mas sobre o seu valor;

enganos, cresce a dureza da cláusula comissória, convém invalidá-la e abolir toda sua memória para o futuro. Portanto, se alguém estiver em apuros em razão de tal contrato, recobre o ânimo em virtude desta disposição, que repele as <cláusulas> presentes juntamente com as passadas e proíbe as futuras. Pois mandamos aos credores que tenham perdido a coisa que recuperem o que deram).

82 C. 8.34.3.

83 A denominação pacto marciano deve-se à origem remota dessa convenção, no direito romano, retratada num fragmento do livro de comentários à fórmula hipotecária, atribuído ao jurista Élio Marciano: D. 20.1.16. 9. *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt* (A entrega do penhor ou hipoteca pode ser de modo que, se dentro de certo tempo não for paga a quantia, o credor possua a coisa por direito de comprador, a ser então estimada pelo preço justo. Pois, nesse caso, considera-se ser, de certa forma, condicional a venda. E assim responderam os divinos Severo e Antonino).

84 Livro 4.56: *Se algum devedor empenhar a seu credor alguma cousa móvel, ou de raiz, com condição que, não lhe pagando a dívida a dia certo, o penhor fique por ella vendido e arrematado ao credor, mandados que tal convença seja nenhuma e de nenhum efeito. Porém, se o devedor der alguma cousa sua em penhor a seu credor sob condição, que não lhe pagando a tempo certo, fique o penhor arrematado pelo justo preço, o tal apenhamento assi feito valerá, e a convença será guardada. E em este caso, o penhor será estimado depois do tempo da paga por dous homens bons juramentados e escolhidos pelas partes, convem a saber, per cada hum seu, e ficará arrematada ao credor por o preço, em que for estimado.*

85 Art. 769. *É nulla a cláusula de ficar o credor com o penhor para pagamento da dívida sem avaliação alguma, ou sendo feita a avaliação pelo mesmo credor.* Art. 771. *Do mesmo modo, é lícita a cláusula de ficar o credor com o penhor pelo seu justo preço.* Art. 772. *No caso do Art. antecedente, vencida a dívida, o penhor será avaliado por dois peritos, escolhidos por ambas as partes, e juramentados, aplicando-se então ao pagamento pelo preço de avaliação.*

86 Art. 1641. *Ainda que seja autorizado pelo título a ficar com o objeto da garantia da dívida, si esta no vencimento não for paga, o credor é obrigado a fazer intimar o devedor, ou o dono da cousa, ou seus sucessores para, no prazo de dez dias, remir ou dar lançador a ella, sob pena de proceder-se à adjudicação pelo valor declarado no contrato, ou à hasta pública, conforme preferir o exequente.*

87 Código Criminal do Império, Art. 258. *Tambem commetterá furto, e incorrerá nas penas do artigo antecedente, o que tendo para algum fim recebido a cousa alheia par vontade de seu dono, se arrojar depois o dominio, ou uso, que lhe não fôra transferido.* No direito romano: Inst. 4.1.6. *...creditor pignore, sive is apud quem res deposita est...* (comete furto o credor pignoratício que usa a coisa). Na doutrina Loureiro (1884, p. 96), Pereira ([1905], p. 385), Telles (1909, p. 168-169).

- b) Tem direito real que o legitima a reivindicar a coisa⁸⁸. O direito das Ordenações concede sob a denominação geral de ação hipotecária, uma ação real a todo titular de um direito real de garantia, facultando-lhe optar entre exigir a entrega da coisa dada em garantia ou haver o pagamento da dívida de quem a detém⁸⁹. O dono que lhe subtrai a coisa também incide em crime de furto⁹⁰. A *vindicatio pignoris* ou *pignoris persecutio*, pode ser suprida pelos remédios possessórios, segundo Pereira ([1905], p. 387);
- c) Tem direito a indenização das despesas necessárias e úteis para conservação do penhor⁹¹. Caso o devedor não indenize as despesas, o credor fica legitimado a vender o penhor⁹²;
- d) Responde pelo dano causado por dolo ou culpa, ainda que leve⁹³. O caso fortuito e força maior escusam;

88 Ulp. 15 *ad ed.*, D. 20.1.17. *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (A reivindicação do penhor gera para o credor uma ação real).

89 Freire (1828, p. 234), Loureiro (1884, p. 92). Ord. 4.3: “*Que quando se vende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo. Se o devedor, que obrigou alguma sua cousa ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a cousa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a dívida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa, para haver per ella pagamento de sua dívida...*”; Ord. 4.10.1. ... *se for contenda sobre a posse de alguma cousa per ação real, que em Direito se chama hypothecaria, assi como se o credor demandar ao devedor, ou a algum outro possuidor, a cousa que lhe foi empenhada, para haver por ella sua dívida, em tal caso essa ação assi movida será feita litigiosa, tanto que a lide for contestada, e não de outra maneira; mas a cousa demandada não será feita litigiosa, porque não he movida questão sobre o senhorio della.*

90 Código Criminal do Império, Art. 259. *Tirar sem autorização legal a cousa propria, quando se achar em poder de terceiro par convenção, ou determinação judicial, e o terceiro com a tirada sentir prejuizo, ou estiver a soffrel-o.* No direito romano: Inst. 4.1.10. *Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit* (E, por vezes, alguém <pode> cometer furto também de sua <própria> coisa, como, <por exemplo>, caso o devedor tenha subtraído a coisa que deu ao credor a título de penhor); Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.12.2. *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? Et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.* (Se uma coisa tiver sido entregue em penhor, também concedemos ao credor a ação de furto, embora a coisa não esteja em seus bens. Ainda mais, daremos ação de furto não só contra um estranho, mas também contra o próprio dono, e assim escreveu Juliano. E convém que essa ação seja concedida também ao próprio dono, de modo que acontece de ele não se obrigar pelo furto, mas demandar em razão dele. A ação é concedida a ambos, pois interessa a ambos. Mas interessa sempre ao credor ou apenas quando o devedor não paga? Pompônio considera que ele tem sempre interesse no penhor, o que Papiniano também demonstra no livro 12 das questões. E é mais verdadeiro considerar o interesse do credor em todos os casos, como muitas vezes escreveu Juliano).

91 Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13.7.8pr. *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebō: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.* (Se o credor fizer despesas necessárias com o escravo ou o imóvel que lhe forem dados em penhor, terá não só o direito de retenção, mas ainda a ação contrária pignoraticia; por exemplo, se houver pagado os médicos que trataram o escravo na doença de que morreu, ou que haja escorado ou consertado a casa que depois se incendiou, e que não tinha mais o que reter); Art. 2080. *Le créancier répond, selon les règles établies au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles em general, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.*

92 Pomp. 35 *ad Sab.*, D.13.7.8.5. *Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt.*(Convencionando-se em poder ser vendido o penhor, poderá ser vendido por falta de pagamento não só do principal, como também do mais, como juros e despesas feitas com o penhor).

93 Ulp. 38 *ad ed.*, D. 13.7.13.1. *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit* (Nesta ação, como na de comodato, leva-se em conta o dolo e a culpa. O mesmo acontece com a responsabilidade pela guarda; só não se atende à força maior).

e) Alguma doutrina (Loureiro, 1884, p. 96; Telles, 1909, p. 167) invoca o Código Prussiano para defender que, no caso de perda ou diminuição do valor do penhor, o credor pode pedir o reforço da garantia ou o seu pagamento antecipado⁹⁴.

9.1 RESTITUIÇÃO DO PENHOR

Com o pagamento da dívida garantida, o credor estava, em princípio, obrigado a devolvê-la ao devedor. Em princípio porque uma Constituição Imperial de Gordiano permitiu a retenção da coisa, em virtude de uma *exceptio doli*, se ainda havia outros créditos insatisfeitos. Frise-se que esse era apenas um direito de retenção, não legitimando a venda do penhor⁹⁵. Telles (1909, p. 170) entende que essa constituição imperial integra o direito subsidiário vigente. Outros autores admitem essa retenção, mas o fazem invocando disposição do Code Civil⁹⁶ (Rocha, 1907, p. 176-177; Loureiro, 1884, p. 96). O Projeto J. FELÍCIO DOS SANTOS seguia essa mesma orientação⁹⁷.

10 DIREITOS E DEVERES DO DEVEDOR PIGNORATÍCIO

Alguns autores entendem que a posse da coisa apenhada continua com o devedor, sendo o credor pignoratício apenas e tão somente seu detentor. Partindo dessa premissa, Coelho da Rocha (1907, p. 177) sustenta que, salvo a contratação de anticrese, os frutos e rendimentos pertencem ao devedor, em cujo favor continua a fluir eventual prescrição aquisitiva prejudicial a terceiro. O credor pignoratício, mero depositário, nunca poderá usucapir o bem. Invocando o Código da Prússia⁹⁸, Loureiro (1884, p. 97) acresce que, se o credor abusa do penhor, o devedor pode pedir-lhe caução ou depósito do penhor em poder de outrem.

Já Lobão (1885, p. 470) considera o credor pignoratício um possuidor legitimado a valer-se dos interditos possessórios. No mesmo sentido vai Pereira ([1905], p. 385-386)⁹⁹, esclarecendo que o

94 P. 1.20, 441. *Dagegen hat aber auch der Gläubiger das Recht, wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen ihrer Substanz seine Sicherheit schmälert, seine Befriedigung noch vor der Verfallzeit zu fordern.* (Por outro lado, o credor também tem o direito de exigir o pagamento antes do vencimento, se o possuidor da coisa tem reduzida a sua garantia em razão de uma consideração diminuição de sua substância).

95 C. 8.26.1.2. *Imperator Gordianus. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint* (O Imperador Gordiano. E se tiveres convencionado que estivesse na posse, não serás compelido a restituir <a coisa>, em razão de uma exceção de dolo mau, a menos que aquela quantia, devida sem garantia, também seja devolvida ou paga pelo devedor. Pois com direito sustentas que não devem ser ouvidos os devedores que pagam apenas aquelas dívidas garantidas por penhor, a menos que também adimplam aquilo que tomaram por simples mútuo).

96 Art. 2082. *S'il existait de la part du même débiteur envers le même créancier une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.*

97 Art. 2615.

98 P1.20.126. *Auch ist der Verpfänder, wider dessen Willen der Gläubiger das Pfand gebraucht hat, nach richterlichem Ermessen, entweder die Leistung) einer besondern Caution gegen allen fernern dergleichen Mißbrauch, oder die gerichtliche Niederlegung auf Kosten des Gläubigers, zu fordern berechtigt* (Se o credor usar do penhor contra a vontade do devedor, este último pode exigir a prestação de uma caução especial contra futuros abusos semelhantes, ou a extinção judicial do penhor). Conferindo ao devedor apenas o direito de exigir a substituição de depositário, o art. 2613 do Projeto de J. FELÍCIO DOS SANTOS.

99 O autor invoca Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.1.15. *Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditori, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum possideat.* (Juliano diz que nós não adquirimos a posse por meio do escravo que materialmente entregue em penhor, pois para somente uma única causa se considera

credor pignoratício tem uma posse derivada, pelo que pode invocar a proteção interdital, ao passo que o devedor pignoratício tem uma posse civil que vale para efeitos de prescrição aquisitiva¹⁰⁰.

11 EXCUSSÃO DO PENHOR

Em não sendo paga a dívida no prazo, o credor fica legitimado a vender o penhor. A venda extrajudicial só era permitida caso expressamente autorizada pelo contrato. Do contrário, a excussão do penhor é necessariamente judicial (Telles, 1909, p. 167). Os aspectos procedimentais da execução vinham disciplinadas nos arts. 282 a 288 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, e arts. 381 e seguintes do Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890. A ação de excussão de penhor tem procedimento singelo, comportando uma defesa restrita do devedor às alegações de falsidade, pagamento, compensação, novação e transação, não comportando matérias diversas (Sobre [...], 1876)¹⁰¹.

Invocando o direito romano¹⁰², a doutrina (Rocha, 1907, p. 178; Telles, 1909, p. 170) entende que o credor não é responsável pela evicção na venda do penhor, exceto se obrou com dolo. O credor só aliena eficazmente o penhor em sede de regular procedimento de excussão do penhor, de modo que, se se verificar irregularidade na venda, assiste ao devedor direito à reivindicação da coisa¹⁰³.

As Ordenações¹⁰⁴, em disposições mais tarde recolhidas nos arts. 773 e 774 da Consolidação das Leis Civis, dispunham que, caso o penhor fosse de valor significativamente superior ao da dívida,

ser possuído pelo devedor, *ad usucapionem*. Também não adquire para o credor, embora este o possua, pois nem por estipulação nem por qualquer outro modo se adquire por ele).

100 Cumpre asseverar que doutrina corrente entre autores oitocentistas assinalavam que antigo direito germânico não tinha dificuldades em reconhecer ao credor pignoratício a qualidade de possuidor da coisa (Heineccius, 1736, p. 600 e 603). Assinale-se que o direito brasileiro contemporâneo reconhece ao credor pignoratício a qualidade de possuidor, mas, diferentemente do que acontecia no antigo direito germânico, não lhe reconhece a faculdade de explorar o bem, devendo comportar-se como depositário (Loureiro; Peluso, 2020, p. 1.519).

101 Sobre o assunto, Acórdão da Relação de Recife proferido em 17 de Dezembro de 1875, cf. (Appellação [...], 1876, p. 612/613).

102 Ulp. 32 *ad ed.*, D 19.1.11.16. *Sententiam Iuliani verissimam esse arbitrator in pignoribus quoque: nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit, denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus* (Penso que o parecer de Juliano tenha também toda a aplicação em matéria de penhores; de fato, se um credor vender, nessa qualidade, um objeto que lhe foi empenhado e, posteriormente, esse objeto for-lhe evicto, não terá responsabilidade alguma e nem ficará sujeito à ação de compra para restituir o preço; e muitas constituições têm assim decidido. O credor que vender o objeto empenhado deve, na verdade, indenizar o dolo que praticar e até comprometer-se expressamente por esse dolo; se, entretanto, ainda quando não se tenha comprometido, tiver conhecimento de que a coisa não lhe estava empenhada, pertencendo essa a outrem, o qual não fosse aquele que lhe empenhou, ficará sujeito à ação de compra, pois já mostramos que ele devia responder pelo dolo que praticasse).

103 Nesse sentido, Telles (1909, p. 170), invocando C. 8.29.2. *Imperator Alexander Severus. Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos servos vendidit* (Teu pai ou tu, se a herança dele te pertencer, podeis reivindicar dos possuidores os escravos que dizes terem sido vendidos pelo credor sem nenhum direito. Caso os escravos já tenham sido usucapidos, teu pai pode demandar o valor deles do credor, pois os vendeu sem nenhum fundamento jurídico); C. 8.29.4. *Imperator Gordianus. Cum contra bonam fidem venditionem obligatae possessionis a creditore factam adleges, non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito praeside provinciae experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore potueris docere, ut revocatis, quae mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio et damni quod inrogatum apparuerit haberi possit* (Como alegas que a venda da posse obrigada foi feita pelo credor contra a boa-fé, não se tendo observado as coisas que se costumam fazer nas vendas dos penhores, demanda com a ação cabível, diante do presidente da província, não somente contra o credor, mas também contra o possuidor, se pudeste provar que ele participou da fraude com o credor, a fim de que, revogados os atos comprovadamente praticados de má-fé, se possa avaliar o valor dos frutos e do dano que se revelar produzido).

104 Ord. 3.78.7 “*E pode-se também por exemplo no credor a que foi dado, por convença das partes, poder para vender*

o devedor podia, em que pese a mora, remir a garantia, intimando o credor. Caso o credor, ainda assim, vendesse ao penhor, o devedor poderia reduzir as coisas ao seu estado anterior.

12 EXTINÇÃO DO PENHOR

Eram causas de extinção do penhor:

- a) Solução da dívida, ou sua extinção, por qualquer forma de direito¹⁰⁵;
- b) Entrega do penhor ao devedor ou quando o credor consente na venda sem ressalva de seu direito¹⁰⁶;
- c) A resolução do domínio do empenhante¹⁰⁷. Loureiro (1884, p. 98) entende que a extinção do penhor depende da prova de que o credor pignoratício conhecia a resolubilidade do direito do empenhante. Em sentido contrário, dispensando a prova de qualquer elemento anímico, numa orientação que nos parece mais acertada, pronuncia-se Pereira ([1905], p. 391);
- d) Verificação de condição ou termo extintivo¹⁰⁸;

o penhor, se a tempo certo não fosse paga a dívida, e passado o dito tempo quer vender o penhor, que he de grande preço, por dívida pequena, ou não quer receber a paga, que lhe o devedor oferece, poderá o devedor protestar e requerer-lhe da parte do Juiz, que lhe não venda seu penhor, porque logo quer pagar. E se depois da dita protestaço o credor alguma cousa fizer e atentar, todo será tornado ao primeiro stado pelo Juiz da terra por virtude e vigor da dita protestaço feita, assi como cousa inovada depois da apelação interposta”.

105 Ulp. 28 ad ed., D. 13.7.9.3. *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit* (Para ter lugar a ação pignoratícia, é indispensável que toda a dívida tenha sido paga ou que o redor esteja satisfeito, qualquer que seja o modo pelo qual se queira dar por tal, ainda que sem haver pagamento: ou querendo outros penhores para sua garantia para resgatar os primeiros, ou fiadores, ou um outro responsável pela mesma dívida, ou recebendo um preço qualquer, ou por uma simples convenção. Em todos esses casos tem lugar a ação pignoratícia. Em geral, deve-se dizer que todas as vezes que o credor quer dispensar o penhor, é considerado como satisfeito quando lhe forem dadas outras garantias que pedira, ainda que venha a se enganar a tal respeito).

106 Gai lib. sig. ad form. hyp., D. 20.6.7pr. *Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca...* (Se o credor consentiu com venda, libera-se a hipoteca...); Ulp. 73 ad ed., D. 20.6.4.1. *Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. Sed si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit exceptionem ei non nocere. Sed et si non concesserat pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum* (Se o credor tiver consentido na venda do penhor, ou que o devedor a permute, ou doe, ou dê em dote, dever-se-á dizer que o penhor se libera, a menos que tenha consentido com a venda ou outra alienação com ressalva do direito de penhor. Pois muitos credores costumam anuir com ressalva do vínculo pignoratício. Se o próprio credor tiver vendido, mas feito essa venda ressalvando o penhor, a menos que lhe tenha sido paga a dívida, dever-se-á dizer que a exceção não o prejudica. O mesmo deve ser admitido se o credor não tiver consentido na venda, mas tiver ratificado o negócio).

107 Scaev. 1 resp., D. 20.1.31. *Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est. Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset. Respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.* (Determinada cláusula sobre um terreno aforado dispunha que, se o foro não fosse pago até determinada data, o terreno voltaria ao senhorio. Depois de celebrado esse contrato, o terreno foi dado em penhor pelo possuidor. Questionou-se se tinha sido empenhado regularmente. Respondeu que, se mediou dinheiro, há, sim, penhor. Também se questionou, caso tanto o devedor quanto o credor tenham inadimplido o foro, dando azo a que se julgasse que o terreno havia revertido ao senhorio se tanto o devedor quanto o credor tiverem cessado e por isso se tiver pronunciado que o terreno era do senhorio, cuja situação era preferível. Respondeu, se se tiver proposto que, em razão de o foro não ter sido pago, o senhorio tiver usado de seu direito, também o direito de penhor se evanesceu).

108 Marc. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.6.5.2. *Si convenerit, ut pro hypotheca fideiussor daretur, et datus sit, satisfactum*

- e) Extinção da coisa ou mudança substancial¹⁰⁹;
- f) A confusão da qualidade de credor e proprietário na mesma pessoa¹¹⁰.

Salvo no caso de extinção da obrigação garantida, a extinção do penhor não acarreta a extinção da dívida. No caso da tradição do penhor, há, contudo, presunção de solução ou remissão decorrente da conduta, presunção essa a ser derrubada pelo credor (Loureiro, 1884, p. 98-99).

13 PENHOR AGRÍCOLA

Na prática contemporânea brasileira, os penhores especiais, notadamente o agrícola, são, de longe, os de contratação mais frequente. Dentre essas figuras especiais, o mais antigo é o penhor agrícola, introduzido entre nós pelo Decreto nº 3.272, de 5 de outubro de 1885, que dispunha, em seu art. 10, que “*os Bancos e sociedades de credito real, e qualquer capitalista, poderão tambem fazer emprestimos aos agricultores, a curto prazo, sob o penhor de colheitas pendentes, productos agricolas, de animaes, machinas, instrumentos e quaesquer outros accessorios não comprehendidos nas escripturas de hypotheca, e quando o estejam, precedendo consentimento do credor hypothecario*”. O período republicano teve especial atenção com o assunto, editando-lhe copiosa regulamentação¹¹¹. Diferentemente do que ocorria com o penhor comum, esta garantia devia ser levada a registro, sob pena de não valer contra terceiros. Esse registro devia ser levado a efeito no livro 5 do Registro Geral, no imóvel de o valor da dívida ser superior a 5:000\$; dívidas de valor inferior a esse montante eram inscritas em livro próprio do cartório do juiz de paz da situação do objeto penhorado¹¹². O art. 366 do Decreto nº 370, de 27 de maio de 1890 contemplava a possibilidade de se fazerem penhores sucessivos, instaurando-se uma ordem de preferência, à semelhança do que ocorre com as hipotecas.

Segundo o projeto de Coelho Rodrigues, o penhor agrícola e pecuário, incidente sobre colheitas pendentes ou em formação, ou instrumentos aratórios e de locomoção e animais, dizerem respeito a bens imóveis por destinação ou natureza¹¹³, deviam ser inscritos em registro público, sob pena de não operar frente terceiros¹¹⁴. Muito embora pudesse, dentro da sistemática do projeto, considerar-se uma hipótese de mobilização de bem imóvel¹¹⁵, era, por expressa disposição legal, um direito imobiliário¹¹⁶.

Atualmente, o penhor agrícola é quase sempre contratado na forma de uma cédula de crédito, de modo a permitir uma cômoda circulação do crédito no mercado de capitais. A cartularização de

videbitur, ut hypotheca liberetur. Aliud est, si ius obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit: tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine (Se se tiver ajustado que se desse fiador no lugar da hipoteca, e isso foi feito, considera-se cumprida a avença e o bem é liberado da hipoteca. Diferentemente, se o credor tiver vendido seu crédito e recebido o dinheiro, pois, então, todas as obrigações seguem íntegras, já que o dinheiro é recebido no lugar do preço, e não de pagamento).

109 Paul. 29 *ad ed.*, D. 13.7.18.3. *Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: “Quaeque ex silva facta natave sint”* (Se alguém convencionar em ser-lhe dada uma floresta em penhor, o navio construído com a madeira tirada dessa floresta não fica empenhado, segundo diz Cássio. Com efeito, há diferença entre o navio e a madeira de que é ele construído. E é por esse motivo que diz ele ser indispensável acrescentar-se, na convenção de semelhante penhor, a seguinte cláusula: “tudo o que for feito ou provier dessa floresta”); Marc. lib. sing. *ad form. hyp.* D. 20.6.8pr. *Sicut de re corporali extincta, ita et usu fructu extincto pignus hypothecave perit.* (extinta a coisa corpórea, extingue-se também o usufruto, assim como o penhor ou hipoteca)

110 Pereira ([1905], p. 391), invocando o aforismo *res sua nemini pignori esse potest*.

111 Decreto 165-A, de 17 de janeiro de 1890; Decreto nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890; Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890.

112 Art. 3º, §6º, do Decreto 165-A, de 17 de janeiro de 1890; arts. 27 e 370 do Decreto 370, de 27 de maio de 1890

113 Art. 103, §2º.

114 Art. 1.651, §2º.

115 Art. 108.

116 Art. 105, §9º

crédito garantido por penhor rural só conheceu uma disciplina mais robusta com o advento da Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937. Nada obstante, é possível identificar um primeiro esforço legislativo no direito oitocentista. É o que se extrai da leitura do art. 13 do Decreto nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, que, após uma minuciosa disciplina das letras hipotecárias, faz uma breve menção a “letras de penhor”, emitidas por sociedades especialmente autorizadas pelo governo.

14 ESCRAVOS

Assim como nos tempos do Império Romano, também no Brasil, até os anos finais do sec. XIX, os escravos foram um ativo econômico relevante. E, dada essa qualidade, reconheceu-se no escravo a possibilidade de ser objeto de uma garantia real. A matéria conheceu abundante legislação.

Nosso primeiro regulamento hipotecário, Decreto nº 482/1846, previu deverem as hipotecadas ser registradas no Ofício Imobiliário da Comarca onde situados o imóvel, exceto a hipoteca recainte sobre escravo, a qual devia ser registrada no cartório do domicílio do devedor¹¹⁷.

O art. 273, *in fine*, do Código Comercial de 1850 proibiu o penhor mercantil de escravos¹¹⁸. Posteriormente, foi promulgada a Lei Hipotecária, Lei nº 1.237/1864, que, no seu art. 2º, contemplou a possibilidade de dar-se em hipoteca os escravos, juntamente com as unidades agrícolas em que estivessem localizados¹¹⁹. Esta construção faz uso da categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, categoria essa da qual é possível extrair consequências jurídicas outras além da possibilidade de ser objeto de hipoteca. É o que demonstra antiga discussão sobre a necessidade ou não de o escravo destinado ao serviço do prédio como bem imóvel por destinação ou acessão intelectual e notadamente a discussão sobre o seu valor integrar a base de cálculo do imposto sobre transmissão de bem imóvel (sisa) (Ribas, 1983, p. 383-386)¹²⁰.

O art. 4º, §2º, dispunha que a hipoteca compreende as benfeitorias, bem como as acessões naturais, de modo que as crias nascidas das escravas hipotecadas consideravam-se compreendidas na hipoteca¹²¹. Nos demais casos, isto é, quando dado em garantia separadamente do imóvel, o escravo podia ser objeto de penhor. A esse respeito, adverte o art. 6º, §6º, que o penhor de escravo contratado com cláusula constituti somente prevalece contra a hipoteca se o título tiver sido transcrito anteriormente à hipoteca¹²².

117 Art. 2º. *As hypothecas deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral da Comarca onde forem situados os bens hypothecados. Fica porém exceptuada desta regra a hypotheca que recahir sobre escravos, a qual deverá ser registrada, no registro da Comarca em que residir o devedor.*

118 Art. 273 – *Podem dar-se em penhor bens móveis, mercadorias e quaisquer outros efeitos, títulos da Dívida Pública, ações de companhias ou empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio. Não podem, porém, dar-se em penhor comercial escravos, nem semoventes.*

119 Art. 2º *A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas à hypotheca de bens de raiz.*

§ 1º *Só podem ser objecto de hypotheca:*

[...]

Os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades.

120 Também sobre a figura da acessão intelectual, confira-se a Lei nº 46, de 30 de agosto de 1833, que dispondo sobre as fábricas de mineração e açúcar, determinou serem “*partes integrantes das ditas fabricas, e lavouras para se não desmembrarem, mediante as indicadas execuções, as machinas, os escravos maiores de 14 annos, e as escravas maiores de 12, os bois, cavallos, e todos os moveis, effectiva, e immediatamente empregados na laboração das mesmas fabricas, e lavouras*”.

121 Art. 4, § 2º: *A hypotheca convencional comprehende todas as bemfeitorias, que accrescerem ao immovel hypothecado, assim como as acessões naturaes nas quaes se considerão incluídas as crias nascidas das escravas hypothecadas.*

122 Art. 6º, § 6º *O penhor de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a clausula constituti, tambem não poderá valer contra os credores hypothecarios, se o titulo respectivo não fôr transcrito antes da hypotheca.*

A promulgação da legislação hipotecária gerou uma discussão sobre a eventual revogação da antiga proibição da contratação de penhor mercantil de escravos. Duas, com efeito, eram as interpretações possíveis. A primeira seria sustentar a revogação da proibição; a segunda, compreender que as disposições da lei hipotecária conviveriam com aquelas da legislação comercial, segundo o critério da especialidade, permitindo-se o penhor civil e proibindo-se o penhor comercial. A primeira corrente foi a esposada por Freitas (1876, p. 471-474). Nesse mesmo texto, o jurista defendeu, com base no direito romano¹²³, que é nula a alforria de escravos apenhadados sem o consentimento dos credores pignoratícios.

Com a abolição da escravidão e a Proclamação da República, sobreveio o art. 11, parágrafo único, do Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, determinando a incineração do livro 6, de transcrição dos penhores de escravos¹²⁴. Essa disposição, no entanto, acabou não encontrando execução prática. Para Jacomino (2010^a), “*o traslado das ditas transcrições seria custoso e de difícil consumação, já que tal implicaria uma investigação afanosa e de duvidosos resultados práticos. Não foram poucos os registros cujas garantias eram constituídas de escravos e outros bens necessários à lavoura*”¹²⁵.

No mesmo ano, a 14 de dezembro, Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, determinou a incineração também de todos os demais documentos constantes de repartições públicas atinentes a escravos¹²⁶. A intenção era eliminar documentos oficiais que pudessem servir de base ao ajuizamento de ações indenizatórias¹²⁷.

O receio não era sem motivo. Nem bem saía à luz a Lei Áurea, Coelho Rodrigues, já na sessão de 24 de maio de 1888 (Brasil, 1888), apresentava o Projeto de Lei nº 10 daquele ano, que dispunha:

Art. 1º. Fica o governo autorizado a indenizar, em títulos da dívida pública, os prejuízos resultantes da extinção do elemento servil, aos ex-senhores de escravos e aos credores hipotecários e pignoratícios, em relação aos compreendidos nos respectivos títulos de crédito, podendo, para isso, fazer as operações necessárias”¹²⁸.

123 Ulp. 3 disp., D. 40.9.4. *Servum pignori datum manumittere non possumus* (não podemos manumitir o escravo dado em penhor); Herm. 1 iuris epit., D. 40.9.27.1. *Pignori datus servus, antequam debiti nomine fiat satis, sine consensu creditorum manumitti non potest. Sed pupilli creditoris citra tutoris auctoritatem consensus nihil libertati prodest, sicuti non prodest, si fructuarius pupillus manumissioni similiter consentiat* (O escravo dado em penhor não pode ser manumitido sem o consenso dos credores antes de pagar a dívida. Mas o consenso do pupilo credor sem a autoridade do tutor do credo rem nada aproveita à Liberdade, assim como não aproveita se o pupilo usufrutuário tiver consentido da mesma maneira).

124 Art. 11, § único: *Os livros do registro sob o n. 6, nos quaes era transcripto o penhor de escravos, serão incinerados, e si delles constarem outros registros, estes serão transportados com o mesmo numero de ordem para os novos livros de ns. 2, 4 ou 5.*

125 Soriano Neto, Machado, Ruy e a queima de arquivos (Protegido [...], 2010a).

126 Manda queimar todos os papéis, livros de matrícula e documentos relativos à escravidão, existentes nas repartições do Ministério da Fazenda. Ruy Barbosa, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e presidente do Tribunal do Tesouro Nacional: Considerando que a nação brasileira, pelo mais sublime lance de sua evolução histórica, eliminou do solo da pátria a escravidão – a instituição funestíssima que por tantos anos paralisou o desenvolvimento da sociedade, inficionou-lhe a atmosfera moral; Considerando, porém, que dessa nódoa social ainda ficaram Vestígios nos arquivos públicos da administração; Considerando que a República está obrigada a destruir êsses vestígios por honra da Pátria, e em homenagem aos nossos deveres de fraternidade e solidariedade para com a grande massa de cidadãos que pela abolição do elemento servil entraram na comunhão brasileira; Resolve: 1º – Serão requisitados de todas as tesourarias da Fazenda todos os papéis, livros e documentos existentes nas repartições do Ministério da Fazenda, relativos ao elemento servil, matrícula dos escravos, dos ingênuos, filhos livres de mulher escrava e libertos sexagenários, que deverão ser sem demora remetidos a esta capital e reunidos em lugar apropriado na Recebedoria. 2º – Uma comissão composta dos Srs. João Fernandes Clapp, presidente da Confederação Abolicionista, e do administrador da Recebedoria desta Capital, dirigirá a arrecadação dos referidos livros e papéis e procederá à queima e destruição imediata deles, que se fará na casa da máquina da Alfândega desta capital, pelo modo que mais conveniente parecer à comissão. Capital Federal, 14 de dezembro de 1890 – Ruy Barbosa (1986, p. 338-340).

127 Para uma apreciação crítica dessas deliberações, cf. Jacomino (2010b) e (Protegido [...], (2010b).

128 Anais da Câmara dos Deputados (Brasil, 1888, p. 113-4). Sobre o assunto, cf. também Sérgio Jacomino (2010b).

Para execução dessa lei deveria ser composta uma comissão nomeada pelo governo, composta de um ministro do Supremo Tribunal de Justiça, um conselheiro de Estado, um empregado do Tesouro, outro da Secretaria da Agricultura e mais um capitalista ou proprietário, comissão essa que poderia nomear delegados nas províncias. As indenizações se calculariam de acordo com os valores legalmente previstos na legislação que dispunha sobre a matrícula de escravos¹²⁹.

Jacomino (2010a) reporta a apresentação, pelo Barão de Cotejipe, de um projeto de lei semelhante ao de Coelho Rodrigues, sob a alegação de que as principais potências europeias haviam indenizado os seus antigos proprietários de escravos. Consulta aos Anais do Senado (Brasil, 1888, p. 107) permite que se conheça o discurso de apresentação e defesa da proposta, que, no que mais interessa, era vazado nos seguintes dizeres:

Senhor presidente, venho desempenhar-me hoje do compromisso de apresentar um projecto de lei que tivesse por fim indemnizar os ex-proprietários de escravos dos prejuízos que soffreram com a rápida e inesperada abolição da escravidão no Brazil. ... Contra essa indemnização, apenas anunciada, levantaram-se os Ministros com seu poder, a imprensa com sua influência e os ex-abolicionistas da classe dos comunistas com a sua força. [...] Dos ex-abolicionistas nada tenho a dizer. [...] Supponho, talvez não me engane, que o seu fim já manifestado por alguns, não é outro sinão levar avante a espoliação, isto é, aquillo que fizeram com a propriedade escrava, praticarem com a propriedade rural. Chega a audácia com que atacam um direito garantido pela Constituição do Império ao ponto de dizer-se que, em vez de indemnizar-se aos ex-proprietários de escravos, estes é que deviam ser indemnizados pelo tempo em que estiveram ao serviço daqueles¹³⁰.

Jacomino (2010b) relata também que o Ministro da Fazenda indeferiu, por despacho publicado no Diário Oficial de 12 de dezembro de 1890, um requerimento de indenização dos prejuízos decorrentes da abolição da escravidão, sob o argumento de que “*Mais justo seria, e melhor se consultaria o sentimento nacional, se se pudesse descobrir meio de indenizar os ex-escravos, não onerando o Tesouro*”.

14.1 DUAS QUESTÕES

Feito esse relato, duas questões se apresentam. A primeira diz respeito à ocorrência prática dessa contratação. Busca no tabelião de notas de São Bento do Sapucaí resultou na localização de uma única escritura pública, lavrada em 21 de setembro de 1883, denominada de “dívida e penhor”, tendo por objeto “o escravo de nome Luiz, pardo, 19 anos de idade”. O registro de imóveis de Jaú, um promissor polo cafeicultor dos anos finais do Império, conta com uma única inscrição de penhor dessa natureza, lançado em 21 de outubro de 1881, tendo por objeto os escravos Benedicto, pardo, solteiro, de 22 anos, Francisco, preto, solteiro, 20 anos, Feliciano, pardo, solteiro de serviços domésticos, Antonio, preto crioulo, solteiro. O Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Pindamonhangaba, uma próspera produtora de café até o início da década de 1880, conta com apenas cinco transcrições de penhor de escravos, todos solteiros, tendo os mais jovens deles doze anos de idade. Ao que parece,

129 Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885: Art. 1º *Proceder-se-ha em todo o Imperio a nova matricula dos escravos, com declaração do nome, nacionalidade, sexo, filiação, si fôr conhecida, occupação ou serviço em que fôr empregado, idade e valor, calculado conforme a tabella do § 3º. [...] § 3º O valor a que se refere o art. 1º será declarado pelo senhor do escravo, não excedendo o Maximo regulado pela idade do matriculando, conforme a seguinte tabella:*

Escravos menores de 30 annos.....	900\$000
» de 30 a 40 »	800\$000
» » 40 a 50 »	600\$000
» » 50 a 55 »	400\$000
» » 55 a 60 »	200\$000

130 *Annaes do Senado do Imperio do Brazil* (Brasil, 1888, p. 107).

finalmente, o vertiginoso progresso econômico experimentado pela cidade de São Paulo na segunda metade do sec. XIX¹³¹ passou ao largo do mercado de crédito garantido por penhor de escravos, como demonstra informação que nos foi passada pelo seu Primeiro Oficial de Registro de Imóveis, noticiando contar com apenas duas inscrições de garantias dessa natureza, uma delas tendo por objeto os escravos Bárbara, parda, de 26 anos de idade, solteira, sua filha Francisca, de 13 anos, e Antonio, preto, 42 anos, solteiro.

É possível que a contratação de penhor de escravos não tenha sido muito comum, ao menos no Estado de São Paulo do final do séc. XIX, o que evidenciaria uma fragilidade do mercado de crédito. Ou, se ocorria, reduzia-se apenas ao instrumento particular, sem registro, com o que havia a sanção de inoponibilidade ao credor hipotecário. Motivos de economia ou insegurança quanto ao título de propriedade podiam concorrer para essa segunda hipótese, que está em consonância com a observação do historiador econômico Caldeira (2017, p. 283), para quem a economia brasileira oitocentista era marcada pela informalidade das relações de confiança do âmbito pessoal. Seja como for, não se pode daí extrair a conclusão de que os escravos fossem raros nas lavouras cafeeiras. Pelo contrário. Especificamente na cidade de Jaú, tem-se notícia de um recenseamento divulgado pela Câmara local no ano de 1872, apurando que a cidade contava com 7.312 habitantes, 906 dos quais escravos, ou seja, pouco mais de 12% da população (Chaves, 2006, p. 23). Sabe-se também que a presença da mão de obra escrava foi ainda mais acentuada na região de Pindamonhangaba¹³².

Passemos à segunda questão. Nos exemplos consultados, os escravos dados em garantia eram solteiros e quase sempre jovens. Qual o motivo disso? Talvez mais que por um escrúpulo humanitário de separar famílias ou mesmo por um frio cálculo utilitário de manutenção da paz no interior da senzala¹³³, isso se devesse sobretudo à Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, denominada Lei do Ventre Livre, que proibiu, em caso de alienação ou transmissão de escravos, a separação de cônjuges e de filhos menores de 12 anos do pai ou da mãe¹³⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do penhor segundo os juristas oitocentistas é revelador de paradoxos próprios da história brasileira.

A primeira impressão que se tem ao consultar a bibliografia da época é a de se estar diante de uma ciência jurídica bastante cosmopolita. Isso, sem dúvida, se deve à quase inexistência de fontes jurídicas nacionais sobre a matéria, pelo que se fazia necessário o recurso ao direito estrangeiro. O fato de ainda serem aplicadas as Ordenações Filipinas em matéria de direito privado tornava inevitável uma comunhão doutrinária com Portugal, mesmo após a independência. Mas as lacunas dessas mesmas Ordenações tornavam ainda frequente o uso do antigo direito romano, ou, vez por outra, do direito moderno estrangeiro, notadamente francês e prussiano, o que colocava nossos antigos juristas em posição de diálogo com uma ampla doutrina estrangeira.

131 A propósito, Taunay (2004, p. 325) anota que “em 1886 contava a cidade de São Paulo 44.030 almas quando em 1822 teria 16.000, em 1836: 21.993, em 1872: vinte e quatro mil, em 1883: trinta e cinco mil”.

132 Nas palavras de Reale (1970, p. 159): “a população escrava de Pindamonhangaba era bastante numerosa. Em 1876, temos 2.500 escravos na cidade e o recenseamento de 1879 nos mostra que um quarto da população era cativa, pois, para 14.636 habitantes, havia 3.718 escravos. Em 1882, Pindamonhangaba era a terceira cidade do Vale do Paraíba em número de escravos (4.777), só sobrepujada por Guaratinguetá (5.312) e por Taubaté (5.155)”

133 Denunciando a desumanidade da venda de crianças separadamente dos pais, antes da Lei do Ventre Livre, o poema “Tragédia no Lar”, de Castro Alves.

134 Art. 4º, § 7º *Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos, é proibido, sob pena de nullidade, separar os conjuges, e os filhos menores de 12 annos, do pai ou da mãe.*

Mas, ultrapassada essa camada mais externa de universalismo, o estudo revela características específicas da nossa realidade.

A riqueza e o cuidado das discussões doutrinárias demonstram que a contratação do penhor era bastante frequente, sinalizando, ao que parece, para uma fragilidade da hipoteca, numa época em que se estava apenas iniciando a implantação de um registro público da propriedade imobiliária.

O penhor de escravos é um segundo ponto revelador de peculiaridades brasileiras. De um lado, chama a atenção o fato de parte da pouca legislação nacional sobre o penhor ter sido produzida para regular justamente da oneração de escravos, quando havia uma tendência internacional irrefragável no sentido da abolição da escravidão. De outro lado, a escassez de registros cartoriais de penhor de escravos acena para uma provável resistência dos agentes econômicos em atender as exigências legais para essa espécie de contratação, evidenciando, mais uma vez, o triunfo das relações informais sobre as formalidades impostas pelo legislador.

Finalmente, é no apagar das luzes do império que aparece a primeira regulação específica do penhor agrícola, introduzindo os esquemas gerais dos penhores especiais que são hoje, de longe, aqueles de mais frequente contratação.

REFERÊNCIAS

AGGRAVO de Petição nº 1.000. **O Direito** Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano. 6, v. 16, p. 369/370, maio/ago. 1878. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/303>. Acesso em: 10 out. 2022.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Auxiliar jurídico**: apêndice às ordenações filipinas. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869. v. 1.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado D'El Rey D. Philippe I.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ALVES, José Carlos Moreira. A “gewere”: um instituto do antigo direito germânico. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, n. 63, p. 193-228, 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66559/69169>. Acesso em: 13 out. 2022.

APPELLAÇÃO Cível. **O Direito**: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano 4, v. 10, p. 612/613, maio/ago. 1876.

APPELLAÇÃO Commercial nº 46. **O Direito**: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 238/245, 1874. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/278>. Acesso em: 10 out. 2022.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Da penhora**. Osasco: Fieo: Resenha Tributária, 1994.

BARBOSA, Ruy. **Obras completas de Rui Barbosa**: atos legislativos. decisões ministeriais e circulares. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986. v. 17, t. 2.

BIONDI, Biondo, **Istituzioni di diritto romano**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BRASIL. **Decreto n. 2.692, de 14 de novembro de 1860.** Regula o estabelecimento de escriptorios ou casa de empréstimos sobre penhores. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1860. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2692-14-novembro-1860-556846-norma-pe.html>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.** Código comercial. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864.** Reforma a legislação hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1864. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim1237.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.237%2C%20DE%2024%20DE%20SETEMBRO%20DE%201864.&text=Reforma%20a%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Hypothecaria%2C%20e,das%20sociedades%20de%20credito%20real. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de lei 4188/2021.** Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de letra financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificadas que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior e o procedimento de emissão de debêntures [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2309053>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Senado Imperial. **Annaes do Senado do Império do Brazil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888. v. 2. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1888/1888%20Livro%202.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

CALDEIRA, Jorge. **História da riqueza no Brasil.** Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CANELLAS LOPEZ, Angel. **Diplomática hispano-visigoda.** Zaragoza: Institución Fernando El Catolico, 1979.

CHAVES, Hamilton. **Dos farrapos à urna eletrônica:** tramas e alianças na política jauense. Jaú: VHK Editora, 2006.

GRÉGOIRE, IX. **Decretales D. Gregorii papae IX, suae integritati un cum glossis restitutae. Cum privilegio Gregorii XIII. pont. max. & aliorum principum.** [Romae]: Aedibus populi romani, 1582. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=BqcUOLC6_3IC&hl=p-t-BR&source=gbs_navlinks_s. Acesso em: 13 out. 2022.

FREIRE, Paschoal José de Mello. **Institutiones juris civilis lusitani**. 2. ed. Coimbra: Typographia Academico-Regia, 1828. v. 3.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb. **Corpus iuris civilis germanici antiqui**. Magdeburg: [s. n.], 1738.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb. **Elementa iuris civilis**. Coimbra: Tipografia Academico-Régia, 1726. v. 1.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb. **Elementa iuris germanici**. Halle: Impensis Orphanotrophei, 1736. v. 1.

JACOMINO, Sérgio. Penhor de escravos e queima de livros de registro. **Observatório do Registro**, [São Paulo], 5 jan. 2010a. Disponível em: <https://cartorios.org/2010/01/25/penhor-de-escravos-e-queima-de-livros-de-registro/#more-1048>. Acesso em: 15 set. 2022.

JACOMINO, Sergio. Soriano neto, Machado, Ruy e a queima de arquivos. **Observatório do Registro**, [São Paulo], 11 jan. 2010b. Disponível em: <https://cartorios.org/2010/01/11/soriano-neto-machado-ruy-e-a-queima-de-arquivos/>. Acesso em: 15 set. 2022.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. **Römisches recht**. 2. ed. Barcelona: Labor, 1937.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso prático e críticas**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885. v. 3.

LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, Cezar (org.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. Barueri: Manole, 2020.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1884. v. 2.

MOMMSEN, Theodor; KRÜEGER, Paul. **Corpus iuris civilis**. Berlin: Weidmann, 1872. v. 1.

MONTES, Angel Cristóbal. **Direito imobiliário registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu**. São Paulo: YK, 2021.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Manual de introdução ao digesto**. São Paulo: YK, 2017.

NUNES, Eduardo Borges; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Ordenações afonsinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PROTEGIDO: Soriano Neto, Machado, Ruy e a queima de arquivos. **Observatório do Registro**, [São Paulo], 11 jan. 2010a. Disponível em: <https://cartorios.org/2010/01/11/soriano-neto-machado-ruy-e-a-queima-de-arquivos/>. Acesso em: 15 set. 2022. Acesso em: 15 set. 2022.

PROTEGIDO: Penhor de escravos e queima de livros de registro. **Observatório do Registro**, [São Paulo], 25 jan. 2010b. Disponível em: <https://cartorios.org/2010/01/25/penhor-de-escravos-e-queima-de-livros-de-registro/#more-1048>. Acesso em: 15 set. 2022.

REVISTA commercial n. 9303. **O Direito**: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano 6, v. 17, p. 767-790, ago. 1878.

REVISTA n. 8,333. **O Direito**: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1-9, p. 269-275, 1873. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/263>. Acesso em: 10 out. 2022.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das cousas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, [1905].

PINHEIRO, Francisco Baptista Marques. **Jurisprudência commercial**: collecção de todas as sentenças proferidas em gráo de revista pelo supremo tribunal de justiça e accordãos revisores dos tribunais do commercio desde a promulgação do código de commercio. Rio de Janeiro: Typographia do Apostolo, 1870.

REALE, Ebe. Pindamonhangaba: cidade do segundo reinado. **Revista de História**, São Paulo, v. 41, n. 83, p. 137-174, 1970. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.1970.129085>.

RIBAS, Joaquim. **Direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

RIBEIRO, Annibal André. **Breves observações sobre as anotações do dr. Sallustiano Orlando de Araújo Costa ao código commercial do império do Brasil**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1871.

ROCHA, Manuel Antonio Coelho da. **Direito civil portuguez**. 9. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1907. v. 2.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto do codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

RODRIGUES, Dárcio R. M. **Institutas de Gaio**: primeiros fundamentos de direito romano clássico. São Paulo: YK, 2020.

RODULPHINUS, Rolandinus. **Summa artis notariae**. Lyon: Herdeiros de Tiago Iunta, 1559.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do código civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

SOBRE o assunto, Acórdão da Relação de Recife proferido em 17 de Dezembro de 1875. **O Direito**: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 10, p. 612-613, 1876.

TAUNAY, Affonso de E. **História da cidade de São Paulo**. Brasília, DF: Senado Federal, 2004.

TELLES, José H. Corrêa. **Digesto portuguez**. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1909. v. 3.

TELLES, José H. Corrêa. **Doutrina das ações**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

VASCONCELOS, Manoel da Cunha Lopes e. **Digesto ou pandectas do imperador justiniano**. São Paulo: YK, 2018. v. 3.

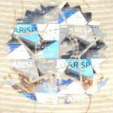
Como citar: COSTA JUNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. O penhor segundo os juristas luso-brasileiros oitocentistas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 87-118, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p87-118. ISSN: 2178-8189.

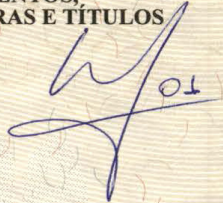
Recebido em: 04/02/2024.

Aprovado em: 02/05/2024.

ANEXOS

Certidões de registro de penhor de escravos


**1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS,
CIVIL DE PESSOA JURÍDICA E 1º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS**
 COMARCA DE JAÚ - ESTADO DE SÃO PAULO
Manoel Edson Trindade
 OFICIAL




C E R T I D ã O - N.º.: 248.015

**MOACIR ANTONIO JUNIOR - ESCRIVENTE, DO 1º OFICIAL
DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS.**

C E R T I F I C A a requerimento de pessoa interessada, que revendo nesta Serventia, o Livro nº 6 de Transcrição do penhor de escravos, à página 02, dele verificou constar o registro do teor seguinte: **Nº de ordem:** 1. **Data:** Em 22 de outubro de 1881. **Freguesia do imóvel:** Dous Córregos. **Denominação do imóvel:** Ventania. **Nomes e característicos dos escravos:** Benedicto, pardo, solteiro, com vinte e dois anos de idade, matriculado na collectania da Cidade de Limeira, em 22 de agosto de 1872, com os números 1591 da matrícula geral e 2 da relação. Francisco, preto, solteiro, com vinte anos de idade, matriculado na mesma data e collectania, com os números 1592, da matrícula geral, e 3 da relação. Feliciano, pardo, solteiro de serviços domésticos, matriculado na mesma collectania em 26 de agosto de 1872, com os números 2216, da matrícula geral e 3 da relação. Antonio, preto, crioulo, solteiro, serviço de lavoura, matriculado na collectania da Palma (Rio Grande do Sul), com os números 1236 da matrícula geral e 1 da relação, em 24 de julho de 1872. **Nome e domicílio do credor:** Dona Antonia Umbelina de Almeida, moradora na cidade de São João do Rio Claro; **Nome e domicílio do devedor:** Alferes José Corrêa de Mattos, morador na Vila do Dous Córregos; **Valor da dívida e juros estipulados:** Sete contos de réis ao juros de 1% ao mez, pagável a 21 de outubro de 1884, sendo os juros vencidos pagos de doze em doze mezes; **Título;** Empréstimo, por escritura pública, lavrada pelo Escrivão de Órphãos, servindo de Tabellião, João Gil de Andrade Vasconcellos, aos 21 de outubro de 1881. O Sub Official Francisco Augusto Ferraz do Amaral. (a) O Official Amaral Gurgel. Nada mais ao pedido que foi feito.


O referido é verdade e da fé.

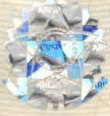
JAHU, 02 de setembro de 2022.


 .. Automação de sistemas - www.ocian.com.br ..

Av. Rodolpho Magnani, 766 - Centro - Jaú/SP - CEP: 17210-100
 Fone/Fax: (14) 3622-3469 - e-mail: crijau@uol.com.br

'QUALQUER ADULTERAÇÃO, RASURA OU EMENDA, INVALIDA ESTE DOCUMENTO'

Oficial de Registro de Imóveis e Anexos
 Comarca de Jaú - SP
 11157-5-AA 292986




REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL

PRIMEIRO
OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS
Flauzilino Araújo dos Santos
CNS Nº 11.145-0
Protocolo nº 218024

CERTIDÃO

FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS, Primeiro Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, República Federativa do Brasil etc.

CERTIFICA, revendo os Livros do Registro de Imóveis a seu cargo, deles, no de **TRANSCRIÇÃO DO PENHOR DE ESCRAVOS**, verificou constar às folhas 01 e 02 o registro com o seguinte teor: **NÚMERO DE ORDEM**: (01) Um; **DATA**: 25.7.1874; **FREGUESIA DO IMÓVEL**: Conceição dos Guarulhos; **DENOMINAÇÃO DO IMÓVEL**: São Gonçalo; **NOMES E CARACTERÍSTICAS DOS ESCRAVOS**: **Barbara**, parda, de 26 anos de idade, solteira; **Francisca**, filha da escrava Barbara, de 13 anos de idade e **Antônio**, preto, de 42 anos de idade, solteiro; **NOME E DOMICILIO DO CREDOR**: Bento Alves de Siqueira Bueno, morador desta Cidade; **NOME E DOMICILIO DO DEVEDOR**: Marciano José de Souza, morador da Freguesia da Conceição dos Guarulhos; **VALOR DA DÍVIDA E JUROS ESTIPULADOS**: Rs. 2.000:000, 15% ao ano; **TÍTULO**: Escritura Pública de 21.5.1874, do Tabelião de Joaquim José Gomes. **NADA MAIS**. É o que tem a certificar de conformidade com o pedido feito. O referido é verdade e da fé. **São Paulo, 07 de novembro de 2022**. Expedida às 15:17:53 horas. Eu _____ (CESAR OLIVEIRA LINO), (Escrivente), procedi às buscas e digitei.

Flauzilino Araújo dos Santos
FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS
OFICIAL

Letícia Akemi Koike Checcoli
Letícia Akemi Koike Checcoli
Escrivente

Ao Oficial:	R\$ 38,17
Ao Estado:	R\$ 10,85
Ao IPESP:	R\$ 7,43
Ao Reg. Civil:	R\$ 2,01
Ao TJSP:	R\$ 2,62
Ao Município:	R\$ 0,78
Ao MPSP:	R\$ 1,83
Total:	R\$ 63,69

Para lavratura de escrituras esta certidão é válida por 30 dias
(NSCGJSP, XVI, 15, "c").
Para conferência do selo eletrônico pelo QR Code em
<https://selodigital.tjsp.jus.br>

Nº SELO: 1114503C3000000106230622L
CUSTAS E CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDOS CONF.
ART.12, LEI 13.331/2002



1º Oficial de Registro de Imóveis
Comarca de São Paulo - SP

11145-0-AA 862329

11145-0-855001-865000-0822



Fone: (11) 3291-6455 – R. Tabatinguera, 140 / Térreo / Loja 01
Centro / Cep: 01020-0001 São Paulo – SP / www.primeirosps.com.br

'QUALQUER ADULTERAÇÃO, RASURA OU EMENDA, INVALIDA ESTE DOCUMENTO'

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

THE RELATIVIZATION OF RES JUDICATA IN COLLECTIVE ACTIONS

Marília do Amaral Felizardo*

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Como citar: FELIZARDO, Marília do Amaral; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. A relativização da coisa julgada nas ações coletivas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 119-130, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p119-130. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo se propõe a questionar a possibilidade da relativização da coisa julgada nas ações coletivas, enquanto criação doutrinária e jurisprudencial, diante de suposta injustiça da decisão. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o objetivo de compreender o instituto da coisa julgada, enquanto garantia fundamental constitucional que busca concretizar o sobreprincípio da segurança jurídica, no Estado Democrático de Direito, permitindo a pacificação social e impedindo a eternização de conflitos. Considerando a legitimidade extraordinária das pessoas que atuam como substitutas nas ações coletivas, representando grupos, classes e categorias, o estudo se verticaliza à análise das especificidades da coisa julgada que irradia efeito *erga omnes*, desbordando os limites subjetivos da lide, apenas quando benéficas aos jurisdicionados substituídos, cujos interesses são representados na figura dos substitutos processuais. Nesse contexto, compreende-se pela inviabilidade da relativização da coisa julgada nas ações coletivas, salientando a força da coisa julgada e da segurança jurídica.

Palavras-chave: segurança jurídica; relativização; coisa julgada; ações coletivas; estado democrático de direito.

Abstract: The study proposes to question the possibility of relativizing res judicata in collective actions, as a doctrinal and jurisprudential creation, in the face of the supposed injustice of the decision. To this end, the deductive method is used, through bibliographical and jurisprudential research, with the aim of understanding the institution of res judicata, as a fundamental constitutional guarantee that seeks to implement the principle of legal security, in the Democratic State of Law, allowing the social pacification and preventing the perpetuation of conflicts. Considering the extraordinary legitimacy of the people who act as substitutes in collective actions, representing groups, classes and categories, the study focuses on the analysis of the specificities of the res judicata which radiates an *erga omnes* effect, going beyond the subjective limits of the dispute, only when beneficial to those under jurisdiction. substituted, whose interests are represented in the figure of procedural substitutes. In this context, it is understood that it is unfeasible to relativize res judicata in collective actions, highlighting the strength of res judicata and legal certainty.

Key-words: legal certainty; relativization; res judicata; collective actions; democratic state of law.

*Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Especialização em Direito e Processo Penal e em Direito do Estado - Área de Concentração em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). E-mail: marilia@marcelodinizadvogados.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9635-7888>

**Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor adjunto do Curso de Direito e Professor permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). E-mail: luizribeiro@uel.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0313-1095>

INTRODUÇÃO

A segurança jurídica se traduz em sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, descrito pelo art. 5º *caput* da Constituição Federal, que protege os indivíduos do abuso e arbítrio do poder estatal. Ela se efetiva por meio de outros princípios, tais como legalidade, anterioridade, igualdade, irretroatividade, universalidade da jurisdição e outros.

A segurança jurídica confere estabilidade passada e futura às relações, impedindo a modificação de atos e fatos que se consolidaram no tempo.

Por essa razão, a coisa julgada, garantida pelo art. 5º, XXXVI da Carta Magna, é tida como um dos vieses da segurança jurídica, de tal sorte que sua afronta inviabiliza a estabilidade do sistema, ao violar a garantia do passado dos jurisdicionados.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência cunharam a relativização da coisa julgada injusta e inconstitucional, permitindo o afastamento da decisão transitada a qualquer tempo, sob a justificativa da inviolabilidade dos direitos fundamentais e da impossibilidade de eternização de decisões supostamente injustas.

A tese da relativização da coisa julgada afasta o princípio da segurança jurídica, em prol de outros valores constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana, admitindo-se novo julgamento, independentemente do ajuizamento de ação rescisória.

Contudo, há particularidades nos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas que divergem dos efeitos das ações individuais. Isso porque, em razão da legitimidade extraordinária dos substitutos processuais, os limites subjetivos desbordam os interesses das partes, atingindo os terceiros substituídos, desde que sejam favorecidos pela decisão prolatada em ação coletiva.

É *erga omnes* o efeito da coisa julgada nas ações coletivas julgadas procedentes. Diante desse fato, indaga-se acerca da possibilidade da relativização da coisa julgada nas ações coletivas.

Buscando dirimir tal questionamento, propõe-se a análise da coisa julgada, enquanto viés do sobreprincípio da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, adotando o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 O SOBREPRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica é garantia constitucional estabelecida pelo art. 5º, XXXVI da CF, que visa assegurar e implementar o Estado Democrático de Direito (Alvim, 2021, p. 57).

A segurança jurídica é um sobreprincípio que se efetiva por meio de outros princípios, tais como legalidade, anterioridade, igualdade, irretroatividade, universalidade da jurisdição e outros. Assim, a certeza do direito é princípio que decorre da segurança jurídica, segundo o qual o enunciado normativo deve especificar o fato e a conduta regradada.

Da mesma forma, a proteção da confiança (enquanto desmembramento da segurança jurídica) é princípio que diz respeito à previsibilidade dos indivíduos em relação ao comportamento adotado em sociedade, sob o risco do caos normativo e do descumprimento das diretrizes fixadas pelo ordenamento (Mitidiero, 2021, p. 23).

Contudo, o direito foge do caos. Na sua contramão, o direito busca a pacificação e o bem-estar social. O Estado Democrático de Direito, enquanto instrumento de tal finalidade, necessita da confiança das pessoas nas instituições sociais e estatais, permitindo que elas conheçam e antevejam as consequências de suas condutas. Por essa razão, a segurança jurídica deve proteger os indivíduos, enquanto jurisdicionados, frente ao poder estatal.

Para uma convivência pacífica e harmoniosa em sociedade, é imprescindível que nós, enquanto cidadãos e jurisdicionados, confiemos uns nos outros e que todos nós possamos confiar no Estado, que deve ser impedido de lançar mão de comportamentos contraditórios. O Estado de Direito pressupõe confiança. Nesse sentido, é dever do Poder Público agir de boa-fé e de maneira coerente (Alvim, 2021, p. 71).

Quando se fala em segurança jurídica, está-se a referir à certeza do direito, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas e, quando se fala em estabilidade, quer-se dizer que as normas jurídicas que compõem o sistema e suas respectivas interpretações devem se manter as mesmas, impedindo drásticas e repentinas alterações (Cambi; Almeida, 2016, p. 278-280).

As pessoas precisam conhecer as “regras do jogo” para que possam “joga-lo”. Vale dizer, os cidadãos, em sociedade, precisam conhecer as normas que compõem o ordenamento jurídico para que possam saber como se comportar, conscientes dos riscos e das consequências de seus atos. O desconhecimento gera incerteza, insegurança e desrespeito de normas pela ignorância, enquanto mudanças abruptas inviabilizam organização e planejamento, impedindo o jurisdicionado de “dormir em paz” (Mitidiero, 2021, p. 23-24).

Para Teresa Arruda Alvim (2021, p. 31, 41) a proteção à confiança, assim como a segurança jurídica são representadas pelo sentimento de previsibilidade. Não se trata de um exercício de futurologia, mas de calculabilidade dos atos praticados, possibilitando o exercício de boas escolhas. Por isso é que se veda a surpresa e se protege a confiança e a previsibilidade do direito, como fatores essenciais ao planejamento das atividades econômicas.

Porém, a estabilidade provocada pela segurança jurídica não se limita à previsibilidade em relação ao futuro. Essa mesma estabilidade também atinge o passado. Enquanto desdobramento da segurança jurídica, o princípio da irretroatividade impede a modificação de atos e fatos que se consolidaram no tempo.

Diante desse cenário, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada da retroatividade da lei. Isso quer dizer que uma lei nova tem efeitos prospectivos com aplicação para fatos futuros, mas não para fatos passados.

Mas a referida retroatividade não se restringe à lei. Valendo-se do princípio da segurança jurídica, Roque Carraza (apud Alvim, 2021, p. 64) defende que a irretroatividade se aplica ao direito como um todo e não somente à lei, conferindo significado mais amplo ao referido termo como norma jurídica. Como consequência, tanto quanto a lei, qualquer outra norma jurídica esbarra na irretroatividade.

Nos dizeres de Humberto Ávila (apud Alvim, 2021, p. 61) a segurança jurídica não tolera a retroatividade, eis que “a retroatividade faz com que o indivíduo atue com base na norma vigente ao tempo de sua ação, no entanto, tenha sua conduta valorada com base noutra norma, inexistente e incapaz de consideração no momento em que foi adotada”.

Por conseguinte, a violação do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal inviabiliza a estabilidade do sistema, pois afronta a certeza do direito e a segurança jurídica, que dão a garantia do passado aos jurisdicionados.

De acordo com Nelson Nery Júnior (apud Alvim, 2021, p. 71-72) “o Poder Público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque ao ver do Estado estaria correta, não pode, de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior, modificar seu entendimento em detrimento do administrado”.

Com efeito, a segurança jurídica é intimamente ligada ao tempo, mais especificamente ao direito intertemporal, o qual, nas palavras de Carlyle Popp (apud Lenza, 2022, p. 428-429) se traduz na “segurança dos cidadãos no que concerne ao passado... O respeito ao direito adquirido, com

a consequente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste”. Nessa mesma linha, Pontes de Miranda (apud Lenza, 2022, p. 428-429) defende que “a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência”.

Dentro dessa linha, é que se defende a segurança jurídica como direito e garantia individual do cidadão, enquanto jurisdicionado, o qual deve ser protegido do arbítrio estatal.

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA COISA JULGADA

Um dos vieses da segurança jurídica é a coisa julgada, garantia constitucional prevista pelo art. 5º, XXXVI da CF¹, conceituada pelo art. 502 do CPC² e regulada pelos arts. 502 a 508 do CPC.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior (2004, p. 500-501):

[...] a coisa julgada é elemento de existência do Estado democrático de direito. [...] a segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado democrático de direito (CF 1º *caput*). [...] Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado democrático de direito, fundamento da República brasileira.

Ainda, Deocleciano Batista (2005, p. 30) ressalta ser insuportável viver em estado de dúvida e de sujeição do jurisdicionado a futuras e incertas nulidades processuais.

A coisa julgada protege o indivíduo da interferência estatal e se caracteriza como uma qualidade da sentença, representada na imutabilidade do julgado e de seus efeitos, quando não seja mais possível a interposição de recursos por preclusão ou esgotamento.

Mais do que isso, a coisa julgada estende e projeta os efeitos da sentença definitivamente para o futuro, permitindo a projeção de efeitos extrínsecos ao processo (Wambier; Medina, 2003, p. 20).

Para além de salvaguardar o princípio da segurança jurídica, a coisa julgada confere estabilidade às relações jurídicas e impede a eternização dos conflitos. Por assim dizer, os sentimentos de certeza, segurança e confiança proporcionam paz e equilíbrio social e viabilizam o Estado Democrático de direito.

A coisa julgada (sob a perspectiva material que atinge o mérito da controvérsia) é legalmente conceituada pelo art. 502 do CPC, que a compreende como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Trata-se de decisão judicial definitiva e imutável, que vincula definitivamente as partes e impede que elas e o julgador restabeleçam a mesma controvérsia no processo encerrado ou em qualquer outro (Theodoro Júnior, 2020, p. 1073-1077).

Entretanto, o fenômeno da indiscutibilidade/imutabilidade e irrecorribilidade se opera unicamente em relação à coisa julgada material, que dirime o mérito da questão controvertida posta. Não se refere, portanto, às decisões terminativas, que extinguem a demanda por ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais, as quais são denominadas de coisa julgada formal (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 446).

Ensina Liebman (1984, p. 40-41)³ que a coisa julgada não se confunde com a eficácia natural da sentença. Enquanto a coisa julgada, entendida como imutabilidade, é uma qualidade da sentença que

1 Art. 5º. [...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Brasil, 1988).

2 Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso (Brasil, 2015).

3 [...] Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada; e, nesse sentido é certamente de acolher a distinção formulada por Carnelutti entre imperatividade e

recai sobre seus efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios; a eficácia natural da sentença se refere à imperatividade do comando judicial, que produz efeitos mesmo antes do trânsito em julgado.

Afirma-se, portanto, que a coisa julgada é uma qualidade e não um efeito da sentença, representada na imutabilidade do julgado e de seus efeitos, quando não seja mais possível a interposição de recursos por preclusão ou esgotamento. A coisa julgada não acrescenta efeito novo à sentença, apenas lhe confere uma qualidade, tornando definitivo e irreversível o que era discutível e modificável. Mas esse fenômeno não se restringe à sentença, ele se estende a todas as decisões interlocutórias que tratem do mérito de algum ponto controvertido da lide.

Para José Carlos Barbosa Moreira (2007, p. 252), a referida imutabilidade atinge o conteúdo da decisão judicial que não comporta modificação, e não os seus efeitos ou a relação jurídica posta em juízo.

Além disso, os limites objetivos da coisa julgada se limitam à parte dispositiva, conforme art. 504 do CPC⁴. Desta forma, o relatório, os fatos e os fundamentos, ainda que relevantes, não fazem coisa julgada (Dinamarco, 2009, p. 318). De outro lado, os limites subjetivos da coisa julgada atingem somente as partes, ou seja, os sujeitos que figuram no processo, nos termos do art. 506 do CPC⁵.

Contudo, essa é a lógica sistêmica e processual da coisa julgada individual, que não se opera nas ações coletivas, cujos efeitos da coisa julgada desbordam os limites subjetivos da lide.

3 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Os direitos coletivos foram reconhecidos como direitos fundamentais pelo art. 5º da CF, sendo garantido o direito constitucional de acesso à justiça e de inafastabilidade da tutela coletiva, por meio da ação civil pública (art. 129, III da CF) e do mandado de segurança coletivo (Brasil, 1988, art. 5º, LXX).

Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 44-45), “a ação coletiva é um canal aberto para a coletividade reivindicar a proteção dos direitos transindividuais, como os direitos ao meio ambiente e do consumidor, e assim participar do poder, ainda que através de um ente legitimado”. Por essa razão, ele a considera como uma verdadeira via de participação popular, à luz de uma democracia participativa, permitindo a “democratização da democracia”.

Os direitos transindividuais (aqui compreendidos como direitos coletivos, difusos e transindividuais homogêneos) são regulados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que atribuem legitimidade às associações, sindicatos, Ministério Público, Defensoria Pública, cidadãos, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista para o ajuizamento de ações que tutelam tais interesses.

imutabilidade da sentença; porque é esta imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária consequência: a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autônomo (Liebman, 1984, p. 40-41).

4 Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (Brasil, 2015).

5 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros (Brasil, 2015).

O microsistema processual confere legitimidade extraordinária⁶ a tais pessoas, na qualidade de substitutas processuais, sob a autorização legal do art. 18 do CPC⁷, enquanto a coisa julgada das ações coletivas é disciplinada pelos arts. 103⁸ e 104⁹ do CDC, que não se limita às ações pertinentes às relações de consumo, mas se estende a todas as ações coletivas.

Quando se trata de limites subjetivos da coisa julgada em ações coletivas, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 322) elucida ser “inerente ao instituto da substituição processual ficar o substituído vinculado à coisa julgada material produzida na causa conduzida pelo substituto”.

Isso porque, ainda que não participem da relação jurídica processual, os substituídos participam da relação jurídica material controvertida, e são a eles e não ao substituto que se endereçam os efeitos da sentença. Consequentemente, para além das partes envolvidas na demanda, a coisa julgada atinge os indivíduos que tiveram seus interesses tutelados pelo substituto, enquanto parte.

Diante disso, Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 1116-1120) entende que a coisa julgada do processo coletivo não respeita os limites subjetivos do art. 506 do CPC. Todos os legitimados a apresentar a ação coletiva e todas as pessoas lesadas pelo ato danoso usufruem dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva. É a extensão subjetiva da coisa julgada *erga omnes*, que excepciona a regra do art. 506 do CPC, em virtude da autorização legal (art. 18 do CPC). Como consequência, o referido dispositivo legal estende a coisa julgada a terceiros que possam extrair dela benefícios, superando os seus limites subjetivos.

A sentença de procedência, nesses casos, tem efeitos *erga omnes e ultra partes*, estendendo-se a todos os indivíduos representados pelos legitimados para a propositura das ações coletivas (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015 p. 43-44). A regra, portanto, é que a coisa julgada favorável aos indivíduos (substituídos) os beneficia, e de outro lado não os prejudica, conforme art. 506 do CPC¹⁰.

6 Situação específica, autorizada pelo ordenamento jurídico, em que um sujeito fale em nome de outro. Vale dizer, o sujeito que não participa da relação jurídica material, exerça a pretensão jurisdicional, compondo, assim, a relação jurídica processual (Mourão, 2008, p. 238).

7 Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico (Brasil, 2015).

8 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

9 Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (Brasil, 1990).

10 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros (Brasil, 2015).

4 DA RELATIVIZAÇÃO COISA JULGADA: INOVADORA TESE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

O ordenamento o jurídico contempla hipóteses taxativas de desconstituição da coisa julgada em seus arts. 966 e 535, §8º e 525, §12 do CPC, ao estabelecer os instrumentos processuais adequados ao afastamento da coisa julgada, a exemplo da ação rescisória e da impugnação de título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo inconstitucional.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência inovaram o sistema jurídico, quando passaram a defender a relativização da coisa julgada injusta e inconstitucional, com o mero ajuizamento de ação declaratória de nulidade, perante o Juízo de primeiro grau, independentemente do tempo transcorrido desde o trânsito da decisão.

Segundo José Augusto Delgado (ex-Ministro do STJ) e Humberto Theodoro Júnior (Bueno, 2020, p. 412-413), a relativização da coisa julgada afasta o princípio da segurança jurídica, em prol de outros valores constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana, admitindo-se novo julgamento, independentemente do ajuizamento de ação rescisória.

A título de exemplo, Dinamarco (2009, p. 314) cita casos esdrúxulos e absurdos que, jamais poderiam fazer coisa julgada, como: tirar coelhos de uma cartola sem terem sido colocados dentro dela e caminhar sobre o rio sem qualquer embarcação. Tais decisões seriam juridicamente inexistentes e ineficazes.

Para ele, “não se legitima que, para evitar a perenização de conflitos, perenizem inconstitucionalidades de extrema gravidade ou injustiças insuportáveis e manifestas” (Dinamarco, 2009, p. 315). Defende, assim, a mitigação da coisa julgada apenas em hipóteses excepcionais como essas.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 505) compreende a relativização da coisa julgada como verdadeira desconsideração, pois “na verdade, pretende-se desconsiderar a coisa julgada, como se ela não tivesse existido, utilizando-se do eufemismo da relativização. Como conclusão, essa corrente propala que *só em casos excepcionais será relativizada (rectius: ‘desconsiderada’) a coisa julgada*”.

A justificativa para a relativização estaria na *justiça das decisões*, prevista pelo art. 5º, XXIV e art. 184 da CF (justa indenização na desapropriação), art. 7º, I da CF (justa causa na despedida do empregado), art. 193 da CF (justiça social na ordem social) e art. 170 da CF (justiça social como fundamento da ordem econômica).

Assim, constatada a injustiça da decisão, pela afronta a direito fundamental constitucional do jurisdicionado, autoriza-se a relativização da coisa julgada com a mitigação do princípio da segurança jurídica, ainda que anos depois e independentemente do ajuizamento de ação rescisória (Neves, 2021, p. 887, 892).

Nos dizeres de José Augusto Delgado (apud Mourão, 2008, p. 373), nem mesmo a sentença judicial acobertada pelo manto da coisa julgada pode ser veículo de injustiças.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se pronunciou sobre o assunto ao admitir a relativização da coisa julgada (dispensado o ajuizamento de rescisória), em ação de investigação de paternidade, em virtude de exame de DNA não realizado na primeira demanda, sobrepondo o princípio da dignidade da pessoa humana à segurança jurídica, conforme RE nº 363.889 com repercussão geral, de 02.06.2011¹¹.

11 EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA

Portanto, desde 2011, o STF tem admitido, com cautela, a relativização da coisa julgada (dispensando o ajuizamento de ação rescisória) para exames de DNA em ações de investigação de paternidade (direitos fundamentais da personalidade).

5 DA IMPOSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Apesar de defendida por parte da doutrina e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível que se indague acerca da possibilidade da relativização da coisa julgada, especialmente nas ações coletivas, em que a coisa julgada favorável aos substituídos irradia efeito *erga omnes*, desbordando os limites subjetivos da lide.

Vale lembrar que a coisa julgada coletiva excepciona a regra do art. 506 do CPC e se estende a todos os indivíduos representados pelos legitimados para a propositura das ações coletivas, mas apenas quando são beneficiados pela decisão.

Assim, na esfera das ações coletivas, a relativização da coisa julgada é tese que não se sustenta, pois ela somente seria autorizada em casos de injustiça da decisão, pela afronta a direito fundamental constitucional do jurisdicionado.

Extrai-se do posicionamento adotado pelo Pretório Excelso (RE nº 363.889 com repercussão geral), que o referido direito fundamental constitucional se confunde com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que apenas ele poderia se sobrepor ao princípio da segurança jurídica.

Ocorre que a coisa julgada somente se opera em relação aos terceiros jurisdicionados, representados nas ações coletivas na pessoa de seus substitutos processuais, quando eles são beneficiados pela decisão. Conseqüentemente, é difícil imaginar uma situação em que o reconhecimento de direitos que favorecem os jurisdicionados represente violação de direitos ou afronta a direito fundamental ou à dignidade da pessoa humana.

De toda forma, a infinita busca por justiça não tem o condão de relativizar a coisa julgada, enquanto princípio e garantia do Estado Democrático de Direito (Mourão, 2008, p. 379-386).

A *injustiça da sentença* nunca foi e jamais poderá servir de fundamento para afastar a força da coisa julgada, sob pena de extirpá-la do sistema (Moreira, 2007, p. 247). A relativização em razão de coisa julgada permite que a decisão seja desconstituída a qualquer tempo, sendo o seu fim e o da segurança jurídica.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2016, p. 571-573) relembram que as hipóteses de afastamento da coisa julgada já foram tratadas pelos arts. 966, 252, §12 e 535, §5º do CPC. Assim, o limite

DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos (RE 363889, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02-06-2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420).(Brasil, 2011).

da coisa julgada é taxativo e excepcionalmente previsto pela lei. Afora isso, é abuso e arbítrio do Poder Estatal¹².

Há tempos, Araken de Assis (2002, p. 12) alerta para o fato de que “o vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário”, perdendo-se a noção de segurança e hierarquia judiciária, pois os litígios se eternizarão, renovando-se a todo instante, sob a alegação de ofensa aos mais diversos princípios constitucionais. E o que é pior, o juiz de primeiro grau da ação declaratória ou dos embargos à execução poderá afastar a decisão transitada em julgado, proferida por Corte Superior, circunstância que ofende as regras de hierarquia jurisdicional.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 520) compartilha das mesmas preocupações, pois suposta injustiça da decisão não pode servir de fundamento para a relativização da coisa julgada. Em seus dizeres: “O magistrado da segunda ação, posterior (que pode até ser um juiz substituto, recém ingressado na carreira), seria o juiz da justiça ou da injustiça da sentença anterior, que pode até ter sido prolatada pelo STF! Maior arbítrio do que esse? Impossível!”.

Não bastasse o exposto, a relativização afasta a segurança jurídica que é essencial à estabilização de relações jurídicas em um Estado Democrático de Direito, além de impedir a concretização do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, diante da possibilidade de revisão do julgado a todo instante, sem qualquer tipo de ferramenta processual (Neves, 2021, p. 894).

Corroborando o exposto, em 04.07.2022, no julgamento dos embargos de declaração do Tema nº 725 (RE nº 958.252 com repercussão geral), o Ministro Luiz Fux do STF esclareceu que “não há como se admitir a possibilidade de rescisão de decisões transitadas em julgado após o transcurso de lapso temporal indefinido, sob pena de se restringir excessivamente a garantia fundamental da coisa julgada, a ponto de vulnerar o seu núcleo essencial”. Naquela oportunidade, ele sugeriu a fixação da seguinte tese:

A ação rescisória de que tratam os §§15 do art. 525 e 8º do art. 535 do CPC, em respeito à segurança jurídica, deve ser proposta no prazo de 2 (dois) anos do trânsito em julgado da publicação da sentença ou acórdão que se fundou em ato normativo ou lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em curso desse biênio.

Naquela mesma oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou pela inconstitucionalidade dos arts. 525, §15 e 535, §8º do CPC, que permitem a revisão da coisa julgada depois de muitos anos, por entender que a superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica não se sobrepõe à coisa julgada.

Ora, se os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal colocam em xeque os dispositivos de lei que permitem o afastamento da coisa julgada, com maior razão deve ser questionada a relativização da coisa julgada a qualquer tempo, em razão de suposta injustiça.

A força e higidez do sobreprincípio da segurança jurídica impera no Estado Democrático de Direito e impede a relativização da coisa julgada, especialmente nas ações coletivas, em que seus efeitos são *erga omnes* quando benéficos aos jurisdicionados.

12 [...] A ingerência será legítima na medida em que prevista em lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí, será ilegítima. Se o Poder Judiciário já inferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados (Moreira, 2007. p. 248).

CONCLUSÃO

As ações coletivas constituem o microssistema processual que confere legitimidade extraordinária para associações, sindicatos, Ministério Público, Defensoria Pública, cidadãos, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, na qualidade de substitutos processuais.

Em razão de suas particularidades, a coisa julgada nas ações coletivas desborda os limites subjetivos da lide, produzindo efeito *erga omnes*, de sorte que, quando favorável aos indivíduos (substituídos) os beneficia; porém, quando desfavorável não os prejudica.

Nesse contexto, é difícil imaginar uma situação em que o reconhecimento de direitos que favorecem os jurisdicionados represente violação de direitos ou afronta a direito fundamental ou à dignidade da pessoa humana, tal como sustentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 363.889 com repercussão geral, que admitiu a relativização da coisa julgada, ao fazer prevalecer a dignidade humana sobre a segurança jurídica.

Especialmente no que toca às ações coletivas, permitir a relativização é invalidar o seu propósito e natureza jurídica, já que apenas a procedência das ações coletivas autoriza a extensão da coisa julgada a todos os indivíduos (substituídos), preservando a isonomia entre os jurisdicionados, ao conferir o mesmo resultado de julgamento a todos eles, a menos que o resultado seja de improcedência.

Nas ações coletivas, deve-se observar não apenas a segurança jurídica da coisa julgada como também a preservação da isonomia.

Por si só, o efeito *erga omnes* já constitui óbice à relativização da coisa julgada; pois, a decisão é para todos e eventual desconstituição da decisão provocaria desordem e caos, inviabilizando o restabelecimento do *status quo ante* à decisão.

A prestação jurisdicional deve ser efetiva e finita, de modo a promover a estabilização de demandas e a pacificação social. Por essa razão, a *injustiça da sentença* não constitui fundamento para afastar a força da coisa julgada, sob pena de torná-la letra morta.

O sobreprincípio da segurança jurídica que se traduz na garantia da coisa julgada não pode ser mitigado nem relativizado. Impera a sua força no Estado Democrático de Direito, especialmente nas ações coletivas, que apresentam legitimidade extraordinária com coisa julgada que irradia efeitos *erga omnes*, extrapolando os limites subjetivos da lide.

A garantia do passado deve ser preservada e o Poder Público deve ser coerente com suas condutas, restando por impedido de modificar seu entendimento em detrimento do jurisdicionado, que deve ser protegido do arbítrio estatal.

Nem mesmo as hipóteses legais do art. 535, §8º e art. 525, §12 do CPC (ação rescisória e impugnação de título executivo judicial) se eximem de críticas de inconstitucionalidade tecidas pelos próprios Ministros do Supremo, Luiz Fux e Gilmar Mendes, no Tema nº 725 (RE nº 958.252 com repercussão geral). Com maior razão, a tese da relativização, a qual é desprovida de lei, deve ser alvo de tais críticas.

De mais a mais, a hierarquia do Judiciário deve ser preservada. Não se pode admitir que uma decisão do Juízo de primeiro grau se sobreponha e se desfaça de um acórdão das Cortes Superiores, em nome da relativização.

Por tudo isso, impossível é a relativização da coisa julgada nas ações coletivas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 301, 2002.

BATISTA, Deocleciano. **Coisa julgada inconstitucional e a prática jurídica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 363889**. Recurso extraordinário. Direito processual civil e constitucional. Repercussão geral reconhecida. Relator(a): Dias Toffoli, Brasília, DF, 2 de junho de 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20998282>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinicius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 277-304, out. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de A. Buzaid. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada, hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Como citar: FELIZARDO, Marília do Amaral; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. A relativização da coisa julgada nas ações coletivas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 119-130, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p119-130. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/04/2024.

Aprovado em: 03/06/2024.

DO CONTROLE JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

JUDICIAL REVIEW OF CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT

João Carlos Leal Júnior*
Marcelo Costenaro Cavali**

Como citar: LEAL JÚNIOR, João Carlos; CAVALI, Marcelo Costenaro. Do controle judicial no acordo de não persecução cível. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 131-148, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p131-148. ISSN: 2178-8189.

*Doutor em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Juiz Eleitoral no TRE/RS. E-mail: joaocarloslealjunior@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1095-4786>

**Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra (Coimbra/Portugal). Professor da Pós-Graduação em Sentido Estrito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e da Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP).
E-mail: mccavali@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8633-0371>

Resumo: Trata do controle judicial realizado sobre o acordo de não persecução cível (ANPC), notadamente quanto à sua natureza e conseqüente abrangência, com especial enfoque às particularidades deste tipo de ajuste, diante das características dos interesses em discussão. O ANPC constitui negócio jurídico celebrado, de um lado, por um dos legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa, e, de outro, pelo suposto agente ímprobo, e que tem por escopo substituir eventual sentença meritória proferida pelo Poder Judiciário. Cuida-se de expressão do modelo consensual de Administração Pública, confirmado, no âmbito da improbidade administrativa, pela Lei nº 13.964/19. Nessa perspectiva, o trabalho, que utiliza o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, aborda o tratamento legislativo concedido a este novo instituto no que tange a aspectos basilares, pressupostos e forma. Após, analisa as variações quanto à (des)necessidade de controle judicial concomitante em acordos no Direito Sancionador para, enfim, averiguar parâmetros e limites do controle judicial especificamente quanto ao ANPC.

Palavras-chave: acordo de não persecução cível; improbidade administrativa; direito sancionador; controle judicial; parâmetros de controle.

Abstract: This article deals with the judicial review of Brazilian civil non-prosecution agreement (ANPC), especially in terms of its nature and scope, with a special focus on the particularities of this type of agreement, given the characteristics of the interests under discussion. The ANPC is a legal agreement entered into by the parties of an improbity action. Its purpose is to replace any sentence handed down by the Judiciary. This is an expression of the consensual model of public administration, confirmed in the context of administrative improbity by Brazilian Law 13.964/19. From this perspective, the paper, which uses the deductive method, from bibliographic research, discusses the legislative treatment given to this new institute in terms of its basic aspects, requisites and form. It then analyzes the variations regarding the (dis)need for concomitant judicial review of agreements in Sanctions Law and, finally, examines the parameters and limits of judicial control particularly regards to the ANPC.

Keywords: civil non-prosecution agreement; administrative improbity; sanctions law; judicial review; control parameters.

INTRODUÇÃO

Tema de interesse permanente, em razão de sua crescente expansão, o poder sancionatório estatal se origina da necessidade de segurança geral, em conjugação com o respeito à realização da justiça. Dito poder, no que tange ao direito público, não se restringe ao campo do Direito Penal: abrange, ainda, o Direito Administrativo, na seara que se convencionou denominar de *Direito Administrativo Sancionador*. Como disseminado pela doutrina nacional e estrangeira, ambos encerram manifestação do *jus puniendi* estatal, cominando sanções a pessoas em razão da prática de condutas tidas por antijurídicas (no caso específico do Direito Administrativo, infrações administrativas). Apesar da existência de distinções, possuem a mesma origem, devendo respeitar o princípio constitucional do devido processo legal, em seus aspectos formal e substancial, para que seu exercício seja legítimo e lícito.

Essa nova vertente do Direito Administrativo conta com vasto âmbito de incidência, maior, até, que o do Direito Penal (o qual se guia pela fragmentariedade e pela subsidiariedade, constituindo, como cediço, a *ultima ratio*), já que pode incidir em espaços que admitam atuação fiscalizadora do Estado. Nesse sentido, a maioria das sanções é aplicada *diretamente pela Administração Pública*, direta ou indireta.

Há, ainda, textos normativos que contemplam condutas vedadas cujas sanções *somente podem ser adotadas pelo Poder Judiciário*, não sendo lícito à Administração Pública ou a qualquer outra entidade regulada por Direito Público aplicá-las. Neste caso se trata, para parcela da doutrina, do Direito Administrativo Sancionador *judicializado*, carecendo de pronunciamento judicial para aplicação da sanção – é o que se dá, por exemplo, no âmbito da *improbidade administrativa*.

Esta constitui a expressão técnica utilizada para a chamada corrupção (em sentido amplo) no serviço público; trata-se de ilegalidade qualificada, cuja repressão tem assento constitucional, uma vez que o diploma fundamental, em seu art. 37, § 4º (Brasil, 1992), determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A probidade, nesse particular, é mote da Administração Pública, valor protegido constitucionalmente (art. 14, § 9º; art. 85) e com repressão severa, cuja maior expressão, no âmbito infraconstitucional, se dá por meio da Lei nº 8.429/92, a qual sofreu verdadeira reforma estrutural por meio da promulgação da Lei nº 14.230/21 (Brasil, 1992, 2021).

Uma das importantes alterações havidas refere-se ao estabelecimento de disciplina mínima para o chamado acordo de não persecução cível (ANPC), criado por intermédio do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) (Brasil, 2019a). Esse acordo permite a celebração, pelos legitimados à propositura da ação de improbidade (Ministério Público ou pessoa jurídica interessada), de ajuste com o suposto agente ímprobo, em lugar da ação judicial e eventual sentença condenatória, expressando verdadeira tendência da aplicação do consensualismo na Administração Pública, de modo a confirmar, no campo legislativo, o que já vinha sendo defendido pela doutrina.

Partindo dessas premissas, o presente artigo, que utiliza o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, versa especificamente sobre o controle judicial, realizado por ocasião da necessária homologação, do acordo de não persecução cível. O problema da pesquisa reside, assim, na amplitude (extensão e profundidade) e os respectivos limites do controle judicial exercido *por ocasião da homologação* do ANPC.

Assim, traz, inicialmente, o delineamento legal do ANPC, razoavelmente disciplinado pela referida Lei nº 14.230/21 (Brasil, 2021), abordando conceito e natureza jurídica, bem como pressupostos, forma e demais aspectos exigidos pela Lei de Improbidade. Após, analisa a necessidade (ou não)

de controle judicial, pela via homologatória, quanto a acordos realizados no âmbito do Direito Sancionador, seja no campo do Direito Penal, seja no campo do Direito Administrativo.

Por fim, examina parâmetros do controle judicial quanto ao ANPC, investigando, com isso, os limites da atuação jurisdicional no momento do ato homologatório. Para tanto, observa o controle judicial na hipótese de eventual homologação de negócios jurídicos em geral, para, então, focar no ANPC, à luz de suas particularidades, verificando, a partir de pesquisa na doutrina e jurisprudência, se o controle judicial deve ser puramente formal ou, também – e em que medida –, substancial.

1 DELINEAMENTO LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

O acordo de não persecução cível foi instituído pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), em ordem a substituir sentença de mérito por ajuste realizado pelos próprios legitimados, confirmando o ideal de consensualidade no Direito Administrativo, mesmo no âmbito do chamado Direito Administrativo Sancionador. No projeto de lei respectivo, eram trazidos contornos e diretrizes sobre a utilização do acordo; entretanto, tais dispositivos foram, em sua maioria, vetados pela Presidência da República.

Na ocasião, então, ficou estabelecida tão somente a previsão de cabimento do ANPC (art. 17, §1º) e a possibilidade de as partes solicitarem ao juiz, caso viável a solução negociada, a interrupção do prazo para contestação por prazo não superior a 90 dias, de modo a ser realizada a tentativa de acordo já em curso o processo (art. 17, §10-A).

Esta ausência de disciplina mínima levou diversos órgãos do Ministério Público, assim como entes públicos, a regulamentarem o novo instituto, o que acarretou inevitável diversidade de tratamento em razão do modelo federativo brasileiro. Posteriormente, contudo, a Lei nº 14.230/21, ao realizar ampla reforma sobre a Lei de Improbidade Administrativa, trouxe alguns aspectos relacionados ao ANPC, o que se verá a seguir.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Com inspiração no *pactum de non petendo* do Direito Romano, o ANPC constitui acordo substitutivo celebrado entre Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada e o suposto autor do fato ímprobo, antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, em que os envolvidos pactuam, no mínimo, o integral ressarcimento de eventual dano causado e a reversão das vantagens indevidas porventura obtidas, sem prejuízo de outras cláusulas acidentais, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação de sanções legais em seu bojo. A celebração do acordo, assim, acarreta o não ajuizamento de ação de improbidade ou a extinção do processo judicial respectivo, figurando como verdadeiro instrumento para prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade.

Quanto à natureza jurídica do instituto, trata-se de negócio jurídico – verdadeira espécie de transação, já que, como delineado no art. 840 do Código Civil (Brasil, 2002), configura meio lícito para os interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas. Contudo, conta com a particularidade de os celebrantes não terem *ampla* margem de atuação, ficando adstritos aos limites estabelecidos em lei, que estabelece cláusulas mínimas, consoante já indicado.

No contexto da teoria geral do fato jurídico, é importante destacar, não se pode dizer que constitua ato jurídico em sentido estrito, uma vez que, nessa categoria, as partes *não* têm a possibilidade de modular as consequências do ato, o que é, efetivamente, possível no ANPC, *embora com as ditas mitigações legais* (previsão de cláusulas necessárias), em razão de se estar diante da tutela de interesse transindividual de natureza difusa (proibidade administrativa), o que, pode-se dizer, impõe a inegociabilidade quanto a tais disposições.

1.2 PRESSUPOSTOS, FORMA E DEMAIS ASPECTOS LEGAIS

Estabelecido que o ANPC tem natureza de negócio jurídico, impõe-se o dever de respeitar os chamados planos da existência, validade e eficácia, segundo a consagrada teoria desenvolvida por Pontes de Miranda. Nesse sentido, para que *exista*, deve haver manifestação de vontade, sujeitos (partes), objeto e forma.

Por sua vez, para que seja *válido* o ANPC, deve a manifestação de vontade ser livre de vícios, além de o negócio atender ao disposto no art. 104 do Código Civil, ou seja, que os agentes (partes) sejam capazes; que o objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável; que a forma adotada seja prevista ou não defesa em lei.

Já no plano da eficácia, analisa-se a presença de condição, termo ou encargo, que, uma vez constantes do termo de acordo, podem repercutir no mundo fático, impedindo, limitando ou alterando o momento dos efeitos do ANPC.

Nesse particular, a LIA estabelece, em seu art. 17-B, § 1º, que a celebração do acordo dependerá, necessariamente, da presença concomitante de três requisitos, a saber: i) oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; ii) aprovação, no prazo de até 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se o acordo for anterior ao ajuizamento da ação; iii) homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade (Brasil, 1992).

O primeiro deles impõe a necessidade de oitiva do ente federativo lesado. Trata-se de manifestação que, embora não vinculante, configura requisito de forma, em decorrência de imposição legal, para a validade do acordo. O segundo pode igualmente ser concebido como requisito formal, determinado por lei, aplicável exclusivamente ao ANPC *pré-processual*, ou seja, quando celebrado antes de ajuizada ação de improbidade, de sorte que o acordo pactuado após o ajuizamento da ação *dispensará* tal formalismo, sem que acarrete invalidade.

A terceira exigência, distintamente das anteriores, pode ser classificada como elemento de *eficácia* do ANPC, visto que o acordo estará perfeito e válido independentemente deste ato processual que, contudo, é indispensável para que passe a produzir efeitos práticos. Assim, a ausência de homologação, por si só, não tornará o ANPC inválido, mas impedirá seus *efeitos*. A amplitude do controle judicial realizado com a homologação, a propósito, será objeto de análise ulterior.

A Lei de Improbidade estabelece, ainda, que, em qualquer caso, a celebração do acordo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso (art. 17-B, § 2º). Trata-se do aspecto subjetivo a ser mensurado pelo legitimado ativo para a ação de improbidade quanto às vantagens do acordo no caso concreto.

O ANPC pode ser celebrado desde a investigação de apuração do ilícito e mesmo após a publicação de sentença condenatória, *já com execução em curso*, conforme dispõe o § 4º do art. 17-B da lei de regência. As negociações ocorrem entre o Ministério Público e/ou ente público lesado, de um lado, e o investigado ou demandado e o seu defensor, de outro, sendo certo que não cabe falar em um direito subjetivo ao ANPC (Gomes Júnior; Lima, 2021), que pode ser rechaçado pelos legitimados ativos para a ação (conforme mensuração das vantagens, em sentido amplo, para o interesse público), assim como também pode haver recusa pelo agente, em respeito à autonomia privada.

Quanto à previsão de cláusulas acidentais, dispõe a LIA que o ANPC poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da

pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (art. 17-B, § 6º) (Brasil, 1992). A previsão de cláusulas nesse sentido no ANPC – *algo principalmente voltado a celebração com pessoas jurídicas* –, é louvável, já que se trata de compromisso à adoção de programas de *compliance* e integridade, o que pode contribuir para a inócuência de reiteração infracional.

Em caso de descumprimento do ANPC, o agente ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 anos, contado do conhecimento, pela contraparte, do efetivo descumprimento (art. 17-B, § 7º) (Brasil, 1992).

Enfim, os aspectos listados devem ser examinados pela autoridade judiciária competente, no momento da homologação do acordo, momento em que realizará o controle judicial do ANPC.

2 O CONTROLE EM ACORDOS NO ÂMBITO DO DIREITO SANCIONADOR

Neste capítulo, será examinada a necessidade (ou não) de controle judicial, pela via homologatória, quanto a acordos realizados no âmbito do Direito Sancionador, seja no campo do Direito Penal, seja no campo do Direito Administrativo.

Conforme a clássica lição de Norberto Bobbio (2003, p. 57), a norma jurídica se diferencia de outras espécies de norma em razão, notadamente, da “presença de uma sanção externa e institucionalizada”. O jusfilósofo, contudo, admite não haver dúvida de que existem, em todo ordenamento jurídico, “normas não garantidas por sanção” Friede (2021, p. 224), nesse sentido, acrescenta que, quanto à sanção, as normas jurídicas classificam-se em mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas, variando conforme a presença e repercussão da sanção para o caso de desatendimento daquela.

O dito Direito Sancionador, em linhas gerais, pode ser compreendido como um plexo de normas que preveem *sanção negativa*, ou seja, determinada consequência de caráter *punitivo*, para a pessoa física ou jurídica que infringe alguma delas. Nesse sentido, é de conhecimento que o Direito posto constitui um todo unitário, didaticamente dividido em ramos (como o Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, dentre outros) com a exclusiva finalidade de facilitar seu estudo e compreensão. Em todos esses segmentos jurídicos, há a previsão de normas cuja sanção prevista pode desencadear consequências jurídicas ao infrator, como se dá, por exemplo, na prática, por um agente público, da conduta descrita como corrupção passiva, surgindo a possibilidade de imposição, pelo Estado, de sanção mesmo em mais de uma destas esferas (princípio da independência das instâncias).

Sendo o alicerce do ordenamento jurídico a Constituição da República, em seu conteúdo encontram-se os princípios e regras fundamentais que orientam as bases para a criação legislativa e os contornos para a vida em sociedade. A partir desta e das demais premissas encimadas, extrai-se que os princípios fundamentais do Direito Sancionador são encontrados no texto constitucional, tais como o devido processo legal (em suas duas vertentes: *substantive due process* e *procedural due process*), a legalidade, o contraditório, a ampla defesa e a proporcionalidade (Araújo, 2022, p. 640). Vale dizer que os textos legais que tratam do Direito Administrativo Sancionador devem respeitar essas diretrizes superiores, garantindo, assim, sua legitimidade.

Ratificando o que ora se defende, o § 4º do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei nº 14.230/21 (Brasil, 2021), prevê que se aplicam “ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, de modo que os princípios retromencionados são de observância necessária a fim de se garantir o devido processo legal.

A confirmação da utilização do consensualismo no campo da improbidade administrativa, com a previsão do ANPC, deu novos contornos ao tema, seguindo a compreensão, que já vinha ganhando

cada vez mais espaço, de que é possível a utilização de acordo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. A convenção nesse espaço, entretanto, já existia há considerável tempo, no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo no Direito Penal, como se dá na transação penal e em outros institutos jurídicos da chamada justiça negocial criminal – como se verá adiante. A questão que se coloca diz respeito ao controle a ser realizado em acordos no âmbito do direito sancionador, haja vista os interesses em disputa, que extrapolam o interesse dos pactuantes. Para o recorte proposto nesse trabalho, será analisada a eventual existência de controle concomitante (por meio de homologação judicial), quanto aos Acordos de Leniência, que se inserem no campo do Direito Administrativo; e quanto a acordos no âmbito da justiça negocial criminal.

2.1 CONTROLE EM ACORDOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo Sancionador, concebido como expressão da potestade do Estado-Administração, tradicionalmente, não admitia soluções negociadas, o que foi revisto a partir de diversos estudos realizados ao longo do tempo.

Como explica Juliana Palma (2010, p. 26), os principais argumentos de resistência eram a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público e a inafastabilidade das prerrogativas públicas. Contudo, a finalidade pública pretendida com a aplicação da sanção pode ser igualmente satisfeita por meio de formas *diversas* utilizadas pela Administração Pública, como se dá pela via da consensualidade, “com a particularidade de atender a dinamicidade e pluralidade próprias da sociedade contemporânea” (Araújo; Siqueira; Mello, 2020, p. 298), sobrepondo-se aos preditos argumentos, que *não* constituem fins em si mesmos e tampouco dogmas insuperáveis.

Essa nova forma de compreensão é viabilizada “a partir de uma releitura do princípio da legalidade administrativa, superando-se, gradualmente, a resistência à atuação consensual sob o argumento da imperatividade da vinculação da Administração Pública à lei” (Leal Junior; Penha, 2022, p. 30). O princípio da eficiência, consagrado com a Reforma de Estado (EC nº 19/98), que implementou o modelo de Administração Pública Gerencial, reforça essa nova ótica existente, indicando que soluções negociadas podem ser úteis e eficazes, especialmente quanto ao objetivo maior de concretizar os direitos fundamentais.

Segundo Marrara (2015, p. 512), no processo administrativo sancionador, o chamado “acordo de leniência” designa ajuste “entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção”. Esclarece que se trata de “instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas”.

Em linhas gerais, os acordos de leniência consistem em instrumento utilizado em casos de corrupção ou outras formas de infração cometidas por pessoas jurídicas – ou indivíduos, dependendo da lei de regência – contra o Estado. Trata-se, assim, de acordo celebrado entre o suposto infrator e a autoridade competente, exigindo-se a lei efetiva colaboração com as investigações e o processo administrativo, além do atendimento de requisitos específicos, de modo que, a partir dessa cooperação, poderão ser concedidos benefícios ao colaborador, como a redução ou supressão de determinadas sanções.

Dito isso, os Acordos de Leniência previstos expressamente em Lei Federal – Acordo de Leniência Antitruste, com previsão na Lei 12.529/2011 (Lei do CADE); Acordo de Leniência Anticorrupção, previsto na Lei 12.843/2013 (Lei Anticorrupção); e Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, previsto na Lei 13.506/2017 – contam com regime jurídico semelhante quanto à *desnecessidade* de homologação judicial. Sendo assim, para que surtam efeitos, não se exige a apreciação do Poder Judiciário (controle concomitante), o que, *contudo*, não impede o controle jurisdicional

ulterior do negócio jurídico celebrado, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR).

Esse controle, que depende de provocação de interessado (princípio da inércia da Jurisdição), pode se dar diante de impugnação à execução de cláusula firmada, assim como em razão de ação anulatória. Igualmente, pode haver controle judicial de atos administrativos que negam vigência aos termos desses acordos.

Enfatiza-se, assim, que não se trata de controle prévio ou mesmo concomitante, já que *não é necessária homologação judicial*. As leis que tratam destas espécies de acordo de leniência nada preveem sobre essa exigência, embora não haja impedimento, como já dito, de que seja provocado o Judiciário para que realize controle *posterior* a sua celebração.

Enfim, no que toca à amplitude e aos limites do controle posterior, a doutrina entende ser o caso de limitação do controle ao aspecto da *juridicidade* (mais ampla, porém, que a mera *legalidade*), em um exercício de autocontenção do Poder Judiciário, que não pode se imiscuir no *mérito* administrativo. Nessa senda, entende-se que o acordo celebrado não pode ser substituído “por outra decisão que o juiz repute como a mais adequada ao caso concreto” (Palma, 2010, p. 300). Isso porque a preferência do acordo “decorre da valorização da negociação do exercício das prerrogativas públicas no processo administrativo e, nessa medida, do próprio instrumento *acordo administrativo* na satisfação das finalidades públicas pela via concertada” (Palma, 2010, p. 300, grifo nosso).

Assim, o juiz deve assumir uma postura de deferência à decisão administrativa sem, contudo, deixar de exercer o dever de controle, caso provocado. Nesse sentido:

Quando da análise dos acordos administrativos, o juiz deve deslocar o foco de análise do ato final para o processo administrativo dado que a consensualidade se procede ao longo do decurso procedimental, onde se verifica a negociação entre Poder Público e particular. O juiz deve assegurar o devido processo legal na celebração dos acordos administrativos, de forma que sejam observados todos os ritos processuais e demais exigências normativas à atuação administrativa consensual. Na atuação consensual, o Judiciário cumpre o relevante papel de impedir a captura da Administração Pública a partir do controle do processo administrativo sancionador no qual será celebrado o acordo substitutivo. Cabe ao Judiciário assegurar uma negociação efetivamente processual, que seja desenvolvida no âmbito do processo administrativo. Pode, para tanto, exigir a publicação das atas de negociação entre Poder Público e particular, ainda que *ex post*, o que não necessariamente implica em transcrição das tratativas que poderia minar a estratégia negocial da Administração tanto no presente processo sancionador quanto nos casos futuros (Brasil, 1999).

Percebe-se, em complemento, a necessidade de respeito ao devido processo legal, mesmo no âmbito dos acordos, o que pode ser objeto de controle judicial. Negociações, termos de ajuste e acordos, judiciais ou extrajudiciais, não escapam, portanto, à submissão ao devido processo, que necessita ser estritamente observado, o que pode ser, como destacado, aferido pelo Poder Judiciário no exercício do controle dos acordos.

2.2 CONTROLE EM ACORDOS NO DIREITO PENAL

O Direito Penal, que se baseia em princípios como o da intervenção mínima, e seus subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, como *cediço*, constitui a *ultima ratio*, de modo que deve ser reservado a situações em que outros ramos do Direito não sejam suficientes para a tutela de determinado bem jurídico.

Tradicionalmente, em razão da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, não se admitia a celebração de acordos no Direito Penal brasileiro, panorama alterado ao longo do tempo com a criação de institutos de justiça penal negociada, notadamente a partir da promulgação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95). A transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo inauguraram nova fase no Direito Processual Penal brasileiro, figurando, a lei de regência, como verdadeiro marco da justiça penal consensual no território brasileiro.

Ainda, institutos como a colaboração premiada – previsto em diversos diplomas, e cuja disciplina geral é extraída da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) – e mais recentemente o acordo de não persecução penal (ANPP) – disciplinado, no campo legislativo, pela Lei Anticrime, que o inseriu no CPP – ampliaram a possibilidade de acordos no processo penal, figurando como expressões da justiça penal negocial.

Em todos os referidos institutos, a homologação judicial é *indispensável*, mesmo no âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, ao versar sobre a fase preliminar, a Lei dos Juizados Especiais Criminais estabelece que a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, *homologada* pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente (art. 74) (Brasil, 1995).

Não logrado êxito no intento, havendo representação do ofendido ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Trata-se da denominada transação penal, que é igualmente homologada pelo juiz, respeitadas as condições traçadas no art. 76, sem acarretar coisa julgada material (Súmula vinculante 35) (Brasil, 1995).

Já a suspensão condicional do processo, instituto previsto no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, configura um poder-dever do Ministério Público, devendo analisar seu cabimento, rejeitando-o, quando for o caso, de forma fundamentada. Proposta a suspensão e aceita pelo denunciado, acompanhado de defensor, submete-se à homologação do Juízo, a partir da análise das condições previstas em Lei (art. 89, § 1º), podendo o benefício ser revogado se descumpridas as condições impostas durante o período de prova, mesmo se já ultrapassado o prazo legal respectivo, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência (Tema 920 – STJ) (Brasil, 2008).

Na síntese de Vinicius Vasconcellos (2015, p. 110), tem-se a essência comum da tríade retromencionada: “a aceitação do acusado a cumprir obrigações, com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo, em troca de suposto benefício”.

De outra banda, similar ao acordo de leniência, o acordo de colaboração premiada consiste em negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos (art. 3º-A, Lei de Organizações Criminosas) (Brasil, 2013). Trata-se de instrumento usado em investigações criminais para incentivar indivíduos a fornecerem informações e cooperarem com as autoridades responsáveis em troca de benefícios penais.

Realizado o acordo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: i) regularidade e legalidade; ii) adequação dos benefícios pactuados aos previstos na Lei; iii) adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos em Lei; iv) voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (art. 4, § 7º, Lei de Organizações Criminosas) (Brasil, 2013).

Verifica-se a existência de diretrizes acerca do papel do magistrado na análise do acordo, que pode recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias (art. 4, § 8º) (Brasil, 2013).

Na mesma linha da justiça consensual, antes mesmo da promulgação da Lei Anticrime, a figura do ANPP, acima referido, já havia sido regulamentada pela Resolução CNMP nº 181/17 (Brasil, 2017), fundamentada, dentre outros motivos, na “exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves” e na “minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória”. Previsto, agora, no art. 28-A do CPP (Brasil, 1941), cuida-se de negócio realizado entre o Ministério Público e o investigado com o fito de evitar a instauração do processo penal. É um ajuste escrito, firmado entre o *Parquet* e o autor da infração penal (assistido por defensor), em que o último, ademais de confessar o fato, concorda em cumprir certas obrigações para se livrar da pena respectiva.

Como nos demais institutos averiguados, coloca-se imprescindível a homologação judicial para que surtam efeitos. Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 28-A que, para a “homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade” (Brasil, 1941). Se o juiz considerar que as condições propostas são inadequadas, insuficientes ou abusivas, poderá determinar que o Ministério Público reformule a proposta (com concordância do investigado e seu defensor), sendo que, se a situação persistir, haverá recusa à homologação e os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que, se for o caso, a denúncia seja oferecida ou que a investigação prossiga (art. 28-A, §§ 5º, 7º e 8º) (Brasil, 1941).

Estabelecido o panorama atual da justiça penal consensual brasileira, coloca-se a questão sobre a amplitude do controle do magistrado no momento da homologação dos acordos penais. Nesse sentido,

[...] o controle realizado pelo julgador deve também abranger certa verificação sobre a legitimidade da persecução penal no caso concreto, visto que o Estado não pode autorizar a imposição de uma pena em situações ilegítimas, como, por exemplo, em quadros de manifesta atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade do imputado (Brasil, 2019b).

O controle por meio do ato homologatório, assim, não pode ser meramente formal, além de não se restringir à voluntariedade e legalidade – deve abranger, ainda, a proporcionalidade, com foco no interesse público, como não poderia deixar de ser, no âmbito do Direito Penal, que se guia por princípios constitucionais que convergem para a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Consoante esclarece Caio Nogueira Domingues da Fonseca (2022, p. 107), o controle dos acordos relacionados *aos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95* (ressalvada a composição civil dos danos, que, como o próprio nome diz, encerra acordo *civil*, embora com repercussão penal) é extenso, de modo que, aos juízes, são oportunizados “amplos poderes de intervenção judicial, que envolvem o controle de legalidade, voluntariedade e justa causa”. Isso porque, ainda que a solução seja negociada entre as partes, “acordos no processo penal, invariavelmente, envolvem renúncia de direitos e garantias, cabendo então ao juiz o papel de garantidor da não violação desses instrumentos de proteção do indivíduo”. E complementa:

Além de estabelecer importantes fases de controle judicial, o legislador ainda permitiu aos juízes desfrutarem de certa iniciativa nos acordos, como a possibilidade de aplicar condições especiais, para além daquelas postas pelo Ministério Público e fixadas em lei, poder que pode soar estranho à genética da negociação processual (Fonseca, 2022, p. 107).

Já quanto ao ANPP, na mesma linha do que se dá com a colaboração premiada, “os juízes não participam das negociações das condições – que cabe exclusivamente às partes –, e são chamados

a intervir somente quando a proposta de acordo estiver formalizada, momento em que exercerá seu papel constitucional de filtrar o pacto entabulado [...]”. “Apesar de notadamente possuírem natureza jurídica distinta, essa semelhança [...] demonstra uma mudança de concepção do legislador, a qual abriu maiores espaços ao protagonismo das partes” (Fonseca, 2022, p. 124).

Embora haja variação na amplitude entre os ajustes da Lei dos Juizados Especiais Criminais (em que o magistrado pode alterar o conteúdo respectivo) e os acordos de colaboração premiada e de não persecução penal (em que o magistrado, verificando o não preenchimento dos requisitos legais, deverá devolvê-lo ao *Parquet* para as devidas adequações e, não sendo feitas, recusar a homologação), fato é que a homologação judicial é *indispensável* para que os acordos penais tenham eficácia, sendo que, o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário deve ser efetivo, como já apontado.

Enfim, seguindo a lição do Ministro Nefi Cordeiro (*apud* Fonseca, 2022, p. 193), o próprio controle da legalidade deve ser amplo, “examinando princípios e regras do sistema jurídico aplicáveis ao negócio jurídicos processual”, de modo que “excede o mero exame da regularidade do procedimento e vem analisar a validade formal e a própria validade do conteúdo material dos termos negociados”.

Assim, analisados aspectos do controle em acordos do direito administrativo e do direito penal, passa-se à verificação do controle no ANPC.

3 PARÂMETROS DE CONTROLE: LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA HOMOLOGAÇÃO DO ANPC

Como explica Mateus Silveira (2023, p. 242), tendo em vista a ideia de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por *juízes*, assim como outros atores processuais, inclusive no curso do processo judicial, o ANPC deve ser solução privilegiada e incentivada pelo Poder Judiciário, sendo que, na LIA, há “mecanismo específico para estimular a celebração de acordo”, contido no § 10-A do art. 17 (Brasil, 1992), “que autoriza o magistrado, a pedido das partes, a determinar a interrupção do prazo para contestação, por prazo não superior a 90 dias” (Brasil, 1992), visando a se obter solução consensual do conflito. Esse pode ser tido como primeiro papel de destaque do juiz no que tange ao ANPC, incumbência que, contudo, tem maior extensão, haja vista a realização de controle pela via da homologação – situação que o distingue dos Acordos de Leniência.

Nessa linha, a exigência legal de homologação judicial do ANPC, firmado em âmbito extrajudicial ou realizado no curso de ação de improbidade, como explica a doutrina (Silveira, 2023, p. 241), é extremamente pertinente e está em sintonia com a lógica da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido:

[...] no cenário de legitimidade disjuntiva e concorrente, a homologação pelo Poder Judiciário desempenha o papel relevante de tornar incontornável a ciência da celebração de acordo na esfera da improbidade pelos órgãos legitimados, que serão necessariamente intimados em juízo. Ademais, é no âmbito do processo judicial de homologação que poderão ser apreciadas eventuais divergências entre tais órgãos acerca dos termos da solução negociada, conferindo-se segurança jurídica para a conclusão do instrumento (Silveira, 2023, p. 241).

O ato de homologação, ademais, outorga ao ANPC a “natureza de título executivo judicial, com a respectiva eficácia que a lei comina (art. 515, incisos II e III, do CPC)”, o que gera proveitos que se afinam com a própria ideia de solução célere, adequada e efetiva do conflito. Nessa senda, “em hipótese de descumprimento, por exemplo, podem ser executadas eventuais obrigações pecuniárias

pendentes” (Silveira, 2023, p. 241), de modo indiscutivelmente mais ágil e eficaz do que no caso de haver processo judicial até eventual sentença de procedência.

Partindo da teoria do negócio jurídico, quando um ajuste negocial é submetido à análise do Poder Judiciário, como pela via da homologação judicial de determinada transação, tem-se que o controle judicial deve direcionar-se (e mesmo limitar-se) aos requisitos de existência, validade e eficácia, já vistos anteriormente. Não compete ao juiz, via de regra, em um contexto envolvendo direitos patrimoniais *plenamente* disponíveis, perante partes capazes, imiscuir-se em questões de fundo, que destoam de aspectos formais como os suprarreferidos. Isso se dá em respeito ao princípio da autonomia privada, que guia os negócios jurídicos em geral, de modo que o Estado-juiz não deve ir além da análise dos aludidos requisitos, sob pena de violar o direito à liberdade negocial, decorrência do princípio constitucional da livre iniciativa, fundamento da República (art. 1º, IV, CRFB) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, CRFB).

A questão que ora se coloca, contudo, diz respeito a situações que envolvam bem jurídico que extrapola o aspecto puramente patrimonial, assim como os interesses exclusivos das partes celebrantes. Isso se dá, como se pode perceber, no caso do ANPC, que se refere a interesse transindividual de natureza difusa (probidade administrativa), assim como ao afastamento ou aplicação de sanções voltadas à sua recomposição, em caso de violação daquele bem – sanções essas de inegável gravidade, aplicadas no âmbito do processo civil punitivo que se expressa por meio da ação de improbidade administrativa. Nesse sentido, as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 são extremamente severas, “cujos efeitos atingem direitos fundamentais de alta densidade”, tais como direitos políticos, liberdade de trabalhar e livre iniciativa, por exemplo (Lima; Gomes Junior, 2022).

Diante dessa especial natureza do bem jurídico em discussão no caso do ANPC, bem como dos interesses do infrator, é indispensável o estrito respeito ao devido processo nas etapas de formação do acordo (devido processo consensual), assim como a observância da plena tutela da probidade administrativa, sem descuidar do respeito aos direitos do suposto agente ímprobo.

Postas essas premissas, surge a discussão sobre a amplitude (extensão e profundidade) e os respectivos limites do controle judicial exercido *por ocasião da homologação* do acordo de não persecução cível. Este controle deve ser puramente formal? Deve ter amplitude maior, não se limitando a aspectos formais? Sendo impositivo um controle substancial, em que medida deve se dar? Há parâmetros a serem adotados? São essas as questões que, sem a pretensão de esgotar o tema, se busca analisar nesse capítulo.

3.1 CONTROLE FORMAL

O controle formal, é fato, deve ser realizado pelo Poder Judiciário por ocasião da homologação do acordo de não persecução civil. Significa dizer que, independente de se admitir que esse controle transcenda esse aspecto (controle substancial), não se discute que o magistrado deve realizar controle formal do ANPC, aferindo a presença dos requisitos de existência, validade e eficácia deste negócio jurídico.

Assim, retomando o quanto verificado anteriormente, é imperioso que o magistrado verifique a presença de manifestação de vontade, existência de sujeitos, objeto e forma (*plano da existência*). Deve, demais disso, averiguar se essa manifestação de vontade é livre de vícios; se os sujeitos possuem capacidade; se o objeto é lícito, possível e determinado (ou determinável); se a forma adotada para o acordo é prevista ou não defesa em lei (*plano da validade*). Cabe-lhe, enfim, aferir se presente condição, termo ou encargo, elementos acidentais que devem estar alinhados com a disciplina legal respectiva (art. 121 e seguintes do Código Civil) (Brasil, 1988) e que podem modificar o momento da produção dos efeitos do ANPC (*plano da eficácia*).

No âmbito do controle formal, *ainda*, o magistrado deve analisar se atendidos os requisitos específicos impostos pela LIA: a oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; e a aprovação, no prazo de até 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, *se anterior ao ajuizamento da ação o acordo*. Ausentes esses requisitos, é *inviável* a homologação do Juízo.

Cabe, ademais, a verificação do requisito negativo para o ANPC, consistente na “vedação para que o investigado ou o demandado celebre novo acordo pelo prazo de cinco anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada do efetivo descumprimento de acordo anteriormente celebrado”, de modo que, celebrado o acordo em desconformidade com a prescrição legal, mostra-se *inviável* a homologação judicial (Costa; Barbosa, 2023).

Enfim, tem-se que a regularidade, a legalidade e a voluntariedade constituem o escopo de análise do controle formal, sendo de avaliação imperiosa do magistrado no momento da homologação.

3.2 CONTROLE SUBSTANCIAL

Como destacado anteriormente, a Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 1992) estabelece, em seu art. 17-B, § 2º, que, em qualquer caso, a celebração do ANPC considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. Esses aspectos elencados igualmente podem e devem ser averiguados pelo magistrado por ocasião da homologação do acordo, transcendendo, por conseguinte, um exame meramente formal.

Por isso, é possível sustentar que o controle judicial no ANPC pode *e deve* ser substancial, ainda que de modo excepcional, não se limitando a uma análise puramente formal.

Assim, defende-se, aqui, que “o controle do Poder Judiciário *não se limita* a aspectos de regularidade, legalidade e voluntariedade do ajuste” (Silveira, 2023, p. 242, grifo nosso).

Nesse sentido, a homologação do acordo exige do órgão jurisdicional que realize análise “sobre a proporcionalidade das medidas ajustadas à eficiente tutela da probidade administrativa no caso concreto”, com fulcro no preito art. 17-B, § 2º, da LIA, em cotejo com o art. 12 da mesma lei, o qual fixa diretrizes e os marcos relativos às penalidades (Silveira, 2023, p. 242).

O controle, todavia, não é *irrestrito*. Deve ser “realizado com contenção e deferência às escolhas realizadas pelos órgãos legitimados, a quem a legislação atribuiu o papel de negociação do acordo”. Vale dizer que o exame levado a efeito pelo Poder Judiciário “deve resultar em recusa à homologação, se as convenções ajustadas escaparem, de forma patente, dos parâmetros legalmente instituídos para a modulação do sancionamento”.

Como explicam Lima *et al.* (2022, p. 67729), no modelo de consensualidade analisado, um dos pressupostos é a solução negociada *pelas próprias partes*. “Assim, o protagonismo processual, até então centralizado na figura do juiz, desloca-se para os atores envolvidos no conflito”. A definição das sanções cabíveis e o modo com que serão aplicadas, além de outros aspectos vinculados à operacionalização do acordo, dá-se pelas próprias partes, “por meio de uma negociação regrada, a partir de normas constitucionais e infraconstitucionais”.

Ou seja, embora o controle realizado deva ser também de fundo, não cabe ao juiz modificar cláusulas do acordo, embora possa analisá-las e recusar a homologação quando houver descompasso, por exemplo, com as circunstâncias traçadas pelo § 2º do art. 17-B, assim como no caso de desrespeito às balizas do art. 12, ambos da LIA (Brasil, 1992).

Nessa ordem de ideias, o Estado-Juiz não pode ficar alheio ao controle que lhe é pertinente (Lima *et al.*, 2022, p. 67730), não cabendo uma análise meramente mecânica. Isso não significa dizer, por certo, que o juiz possa, por exemplo, *oferecer* o ANPC ou desfigurar seu conteúdo. Nesse sentido, relembre-se que não cabe falar em um direito subjetivo do suposto agente ímprobo ao ANPC, como já consignado, cabendo ao legitimado ativo para a ação coletiva mensurar referidos aspectos e concluir se é o caso, ou não, da proposição do acordo.

Esse controle de fundo (substancial), portanto, deve se dar de maneira *excepcional*, de sorte que, “se não exercido com a prudência necessária, pode eventualmente desvirtuar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, repercutindo na liberdade e autonomia da vontade das partes, bases do modelo autocompositivo” (Lima *et al.*, 2022, p. 67731), o que destoaria do propósito que levou à criação do instituto. Nesse sentido, havendo discordância do juiz,

[...] caber-lhe-á devolvê-lo às partes para adequação pertinente. A conclusão é possível por analogia ao acordo de não persecução penal, disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal, cujo §5º prescreve: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor” (Gomes Júnior; Lima, 2021, p. 203).

O alargamento dos espaços de consenso não pode ser confundido com discricionariedade absoluta por parte do Ministério Público (Lima *et al.*, 2022, p. 67731), motivo pelo qual é inegável a importância de que se reconheça que o controle não se limita aos aspectos formais/procedimentais do acordo de não persecução cível.

A posição ora defendida encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No EAREsp 102.585-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 9.3.2022, o Min. Herman Benjamin assim consignou em seu voto:

Em uma primeira mirada, poderia se afirmar que o papel do juiz nestes casos é o de examinar, exclusivamente, a regularidade formal da avença, isto é, se o acordo preenche os requisitos legais para sua celebração, especialmente a capacidade dos celebrantes, licitude do objeto e a observância da forma prescrita ou não defesa em lei (art. 17, § 1º, da LIA, na redação da Lei 13.964/2019; e art. 104 do CC). Sob a ótica da Lei 14.230/2021, inclusive, compete ao juiz averiguar se o acordo prevê a reparação do dano e a reversão da vantagem indevida, que são condições formais para sua celebração (art. 17-B, I e II).

Já em uma segunda perspectiva, além dos requisitos formais dantes indicados, o juiz controlaria, também, o próprio conteúdo da convenção, verificando – após eventual oitiva das vítimas do dano reconhecido (que devem ser integradas ao debate) – se a avença atende as expectativas da coletividade à luz de particularidades subjetivas e objetivas da causa, bem como do princípio constitucional da razoável duração do processo, inclusive na fase satisfativa (arts. 5º, LXXVIII, da CF e 4º do CPC). Esta última parece ser a melhor interpretação sobre o modo de se proceder no tocante aos acordos celebrados no curso das Ações de Improbidade Administrativa, considerando, até mesmo, que o art. 17-B, § 2º, da LIA, na redação dada pela Lei 14.230/2021 – já apontando diretriz interpretativa sobre o tema –, é expresso no sentido de que o acordo (sic: o seu conteúdo) deverá considerar “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso”. Algo que também será avaliado pelo Judiciário no instante em que provocado a apreciar a avença, podendo, portanto, recusar a homologação quando entender que o conteúdo do acordo não

preserva, à luz das particularidades da causa, o interesse público na tutela da probidade administrativa (Brasil, 2022a).

Ainda, no Acordo no Agravo em Recurso Especial nº 1.570.781, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19.4.2022 (Brasil, 2022b), foi reafirmado o destaque ao papel do Poder Judiciário na homologação do ANPC, de sorte a exercer o controle dos requisitos formais e do próprio conteúdo da autocomposição, o que foi realizado no caso dos autos sob apreciação, sendo homologado o acordo pretendido, já em fase recursal.

Como consigna Elton Venturi (2022, p. 138), a homologação judicial de acordos envolvendo direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (como se dá no ANPC, que versa sobre recomposição da probidade administrativa) “deve ser compreendida como tarefa indispensável à preservação do interesse público na aferição dos aspectos procedimentais e *substanciais* mais relevantes”. A análise do Juízo deve recair, destarte, “[...] sobre a justiça, a razoabilidade e a adequação das soluções consensuais propostas”. Contudo, no exercício desse papel, “o Poder Judiciário não pode perder de vista a necessidade de se preservar, tanto quanto possível, a liberdade e a autonomia das vontades das partes envolvidas, sob pena de se transformar a fiscalização jurisdicional em verdadeira adjudicação estatal do conflito”.

Esta, enfim, deve ser a tônica do âmbito de abrangência do controle judicial realizado no acordo de não persecução cível por ocasião da homologação do negócio celebrado pelos legitimados: o controle pode e deve ser substancial, não se limitando a aspectos formais; mas, em respeito ao protagonismo das partes, em caso de discordância fundada, o Juízo deve devolver o termo de acordo às partes a fim de que seja reformulada a avença, realizando-se as adequações pertinentes e sanando-se eventuais irregularidades. Dessa forma, respeita-se a autonomia dos celebrantes, sem descuidar dos relevantes interesses subjacentes ao acordo de não persecução cível.

CONCLUSÃO

Instituído pela Lei Anticrime, o acordo de não persecução cível confirmou o ideal de consensualidade cada vez mais disseminado no Direito Administrativo. Com inspiração no *pactum de non petendo* do Direito Romano, trata-se de acordo substitutivo celebrado entre Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada e o suposto autor do fato ímprobo, antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade, em que os envolvidos estabelecem, no mínimo, o integral ressarcimento de eventual dano causado e a reversão das vantagens indevidas porventura obtidas, sem prejuízo de outras cláusulas acidentais, como a aplicação de sanções legais em seu bojo. A celebração do acordo acarreta o não ajuizamento de ação de improbidade ou a extinção do processo judicial respectivo, figurando como verdadeiro mecanismo para prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade.

A Lei de Improbidade, a partir da ampla reforma sofrida pela Lei nº 14.230/21, previu expressamente a necessidade de homologação judicial, tanto para o ANPC firmado extrajudicialmente, quanto para o celebrado dentro de processo judicial.

No âmbito do Direito Sancionador, que pode ser compreendido como um conjunto de normas que preveem *sanção negativa*, ou seja, determinada consequência de caráter *punitivo*, para a pessoa física ou jurídica que infringe alguma delas, destaca-se a consensualidade no campo do Direito Administrativo, por meio dos chamados Acordos de Leniência; e no Direito Penal, por meio de acordos que materializam a chamada justiça negocial criminal ou justiça penal negociada.

Os Acordos de Leniência previstos expressamente em Lei Federal – Acordo de Leniência Antitruste; Acordo de Leniência Anticorrupção; e Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional – contam com regime jurídico semelhante quanto à *desnecessidade* de homologação judicial. Sendo assim, para que surtam efeitos, não se exige a apreciação do Poder Judiciário (controle concomitante), o que,

contudo, não impede o controle jurisdicional *posterior* do negócio jurídico celebrado, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio de assento constitucional. Não se trata, repisa-se, de controle prévio ou mesmo concomitante, já que *não é necessária homologação judicial*. As leis que tratam destas espécies de acordo de leniência nada preveem sobre essa exigência, embora não haja impedimento de que seja provocado o Judiciário para que realize controle *posterior* a sua celebração.

Na seara penal, a solução adotada pelo legislador é diversa, de modo que é exigida homologação judicial para todos os acordos da justiça penal negociada. Quanto aos contornos do controle por ocasião da homologação, há distinção de tratamento conforme o acordo: o controle dos acordos relacionados aos institutos despenalizadores da Lei n° 9.099/95 (ressalvada a composição civil dos danos) é extenso, de modo que, aos juízes, são oportunizados amplos poderes de intervenção, compreendendo aspectos de legalidade, voluntariedade e mesmo justa causa. Já quanto ao acordo de não persecução penal e a colaboração premiada, o controle tem menor amplitude, até porque os juízes não participam das negociações das condições.

Assim, há variação na amplitude entre os ajustes da Lei dos Juizados Especiais Criminais (em que o magistrado pode até alterar o conteúdo respectivo) e os acordos de colaboração premiada e de não persecução penal (em que o magistrado, verificando o não preenchimento dos requisitos legais, deverá devolvê-lo ao *Parquet* para as devidas adequações e, não sendo feitas, recusar a homologação).

No que tange ao acordo de não persecução cível, diante da especial natureza do bem jurídico em discussão (probidade administrativa), bem como dos interesses do infrator (no que toca à gravidade das sanções cominadas), é indispensável o estrito respeito ao devido processo nas etapas de formação do acordo (devido processo consensual), assim como a observância da plena tutela da probidade administrativa, sem descuidar do respeito aos direitos do suposto agente ímprobo. Em razão disso, o legislador previu a homologação judicial como condição de eficácia do ANPC.

Na oportunidade, o magistrado deve realizar controle formal, aferindo a presença dos requisitos de existência, validade e eficácia deste negócio jurídico e verificando, ainda, a regularidade, a legalidade e a voluntariedade, cuja presença é indispensável à chancela jurisdicional.

Deve, demais disso, realizar controle *substancial*, de modo a averiguar a presença dos elementos do § 2º do art. 17-B da LIA, ou seja, a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. Cabe-lhe, ainda, a aferição da recomposição da moralidade administrativa violada e a verificação da proporcionalidade de eventuais sanções aplicadas, assim como a observância das balizas respectivas, contidas no art. 12 do mesmo diploma legal.

Esse controle, contudo, não é irrestrito, sob pena de violar-se a autonomia dos envolvidos e desfigurar o consensualismo privilegiado pela lei. Desse modo, não cabe ao juiz modificar cláusulas do acordo, muito embora possa analisá-las e recusar a homologação, fundamentadamente, quando houver descompasso com algum dos aspectos antes mencionados.

Esta, enfim, deve ser a essência do âmbito de abrangência do controle judicial realizado no acordo de não persecução cível por ocasião da homologação do negócio celebrado pelos legitimados: o controle pode *e deve* ser substancial, não se limitando a um exame puramente formal; mas, em respeito ao protagonismo das partes, em caso de discordância fundada, ao magistrado incumbe devolver o ajuste às partes a fim de que seja reformulado, realizando-se as adequações pertinentes e sanando-se eventuais irregularidades. Com isso, respeita-se a autonomia dos celebrantes, sem descuidar dos relevantes interesses subjacentes ao acordo de não persecução cível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no direito administrativo sancionador. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 23, n. 131, out./jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v23e131-1875>.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SIQUEIRA, Ana Leticia da Costa; MELLO, Frederico Silva de. Acordos no processo administrativo sancionador: solução negociada como uma opção eficiente. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 32, 2020. DOI 10.5935/2448-0517.202000013

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal); revoga a lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4. do art. 37 da constituição federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 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, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do ministério público. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acordo nos embargos de divergência em agravo em recurso especial n. 102.585 – RS (2011/0236946-0)**. Processual civil e administrativo. improbidade. acordo. não persecução cível. âmbito recursal. possibilidade [...]. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Proactiva Meio Ambiente Brasil LTDA. Relator: Min. Gurgel de Faria, 6 abr. 2022a. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2540783/EAREsp+102.585..pdf>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo em recurso especial n. 1.570.781 – RS**. Improbabilidade administrativa. acordo. art. 17, 1. da lei 8.429/1992, na redação da lei 13.964/2019 [...]. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Rossieli Soares da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin, 19 abr. 2022b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1555859893>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 176.785 Distrito Federal**. Penal e processual penal. a celebração de acordo de transação penal não acarreta a perda de objeto de habeas corpus em que se alega atipicidade da conduta e ausência de justa causa [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 dez. 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752691288>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Tema 920**. Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2008. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015690#:~:text=2008%2DSTJ\).,-,TEMA%20920.,fato%20ocorrido%20durante%20sua%20vig%C3%Aancia](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015690#:~:text=2008%2DSTJ).,-,TEMA%20920.,fato%20ocorrido%20durante%20sua%20vig%C3%Aancia). Acesso em: 10 fev. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 78, p. 19-44, out./dez. 2020. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/4298>. Acesso em:

CAVALI, Marcelo Costenaro; DONATELLI, Vanessa; BALDINI, Alessandra. O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal. *In*: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 4., 2021, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: Conpedi, 2021. v. 1. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/3f4c1250/oW3ndfm6mr99g4s5.pdf>. Acesso em:

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. **Nova lei de improbidade administrativa: análise da lei n. 8.429/92 à luz das alterações empreendidas pela lei n. 14.230/21**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. DOI: <https://doi.org/10.11606/D.2.2022.tde-12012023-153928>

FRIEDE, Reis. Teoria da norma jurídica. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 82, out./dez. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2490901/Reis%20Friede.pdf>. Acesso em:

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo Lima. Aspectos gerais e controvertidos do acordo de não persecução cível. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 80, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2346109/Luiz+Manoel+e+Diogo+de+Araujo.pdf>. Acesso em:

LEAL JUNIOR, João Carlos; PENHA, Renata Mayumi Sanomya. Eficiência, consensualismo e os meios autocompositivos de solução de conflitos na administração pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1038, abr. 2022. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/43800>. Acesso em:

LIMA, Diogo de Araujo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Acordo de não persecução cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LIMA, Diogo de Araujo; MARQUES, Thaís Cristina Freitas; ROCHA, Felipe Segura Guimarães; LUIZ, Ronilson de Souza. Superior tribunal de justiça e os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, n. 10, out. 2022. DOI: <https://doi.org/10.34117/bjdv8n10-188>

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i2p509-527>

PALMA, Juliana. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI: <https://doi.org/10.11606/D.2.2010.tde-18112011-141226>

SILVEIRA, Mateus Camilo Ribeiro da. Acordo de não persecução civil no âmbito da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBC-CRIM, 2015.

VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 8, n. 6, p. 599-622, 2022. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_0599_0622.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

Como citar: LEAL JÚNIOR, João Carlos; CAVALI, Marcelo Costenaro. Do controle judicial no acordo de não persecução cível. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 131-148, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p131-148. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/04/2024.
Aprovado em: 11/06/2024.

O DESAFIO DA TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA

THE CHALLENGE OF ALGORITHMIC TRANSPARENCY

Júlia Souza*

Leonardo Macedo Poli**

*Mestranda em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).
E-mail: juliabrsouza2@outlook.com.
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7778-6416>.

**Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG).
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG).
E-mail: leonardopoli@pucminas.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9632-0225>

Como citar: SOUZA, Júlia; POLI, Leonardo Macedo. O desafio da transparência algorítmica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 149-162, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p149-162. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar e discorrer sobre o desafio de cumprir com o dever de transparência nas relações de consumo numa sociedade imersa por algoritmos. O Código de Defesa do Consumidor, ao conferir ao consumidor uma condição intrínseca de vulnerabilidade, postula a necessidade premente de orientar tal relação pelo princípio da boa-fé objetiva, ressaltando a imperatividade da transparência na divulgação de informações. No contexto da evolução algorítmica vigente, observa-se um desafio substancial na adesão a esses preceitos, requerendo, assim, a formulação de possíveis soluções jurídicas.

Palavras-chave: algoritmos; boa-fé objetiva; relação de consumo; transparência.

Abstract: The present work aims to analyze and discuss the challenge of complying with the duty of transparency in consumer relations in a society immersed by algorithms. The Consumer Protection Code, by granting the consumer an intrinsic condition of vulnerability, postulates the pressing need to guide such a relationship by the principle of objective good faith, highlighting the imperative of transparency in the disclosure of information. In the context of current algorithmic evolution, there is a substantial challenge in adhering to these precepts, thus requiring the formulation of possible legal solutions.

Keywords: algorithms; objective good faith; consumer relationship; transparency.

INTRODUÇÃO

A consolidação da boa-fé objetiva nas relações consumeristas é atribuída à constitucionalização do direito civil. A partir desse marco, o direito adquiriu uma perspectiva mais humanitária, posicionando a dignidade da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico. Os princípios fundamentais constitucionais se alastraram pelo direito privado e o Código Civil desempenhou um papel crucial na disseminação desses princípios. Nesse contexto, observa-se uma influência desses princípios nas relações civis e consumeristas. Em relação ao cenário anterior, uma mudança significativa nessas relações é a intervenção do Estado no Direito Contratual, o que acabou por impor limitações à autonomia da vontade.

Vale ressaltar também que a boa-fé objetiva desempenha três funções distintas: Interpretativa, na qual o juiz, ao aplicar as normas na resolução das lides, busca a vontade das partes utilizando-se da boa-fé como fator auxiliar; Integrativa, que introduz deveres anexos além dos deveres principais do contrato, o que faz com que o adimplemento só seja perfeito se houver o cumprimento dessas obrigações secundárias (como deveres de informação, transparência, conduta, cuidado, etc.); e a função de controle, que se manifesta no respeito aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, considerando a vulnerabilidade do consumidor, emergem como um desdobramento da função integrativa da boa-fé objetiva os deveres anexos denominados dever de transparência e dever de informação, que devem ser prestada de forma clara, precisa e ostensiva.

Na presente conjuntura, em uma sociedade profundamente impregnada por algoritmos em variados setores e esferas, sejam econômicas ou jurídicas, a falta de divulgação da base de dados subjacente e do código-fonte desses algoritmos impede, de maneira significativa, a materialização efetiva da transparência nas relações de consumo. Esta ausência representa um desafio intrínseco, propiciando a geração de ciclos prejudiciais de retroalimentação, nos quais os critérios avaliados por tais algoritmos permanecem opacos, e é nisso que o artigo se compõe, elucidar sobre a lacuna de transparência existente nos algoritmos, explorando a maneira pela qual essa deficiência configura uma transgressão aos princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O presente trabalho visa analisar o desafio de cumprir com o dever de transparência nas relações de consumo numa sociedade imersa em algoritmos. A pesquisa foi realizada utilizando uma abordagem qualitativa, com análise bibliográfica e documental, centrando-se em fontes primárias e secundárias, como o Código de Defesa do Consumidor, a obra “Algoritmos de Destruição em Massa” da autora Cathy O’Neil, três dissertações de mestrado que abarcam desde o conceito de boa-fé objetiva, como sua aplicação no direito contratual, até a responsabilidade civil nas plataformas digitais, bem como as considerações de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias sobre o Direito das Obrigações. Além dessas fontes, a pesquisa também incorporou muitos outros artigos científicos de revistas jurídicas renomadas. A metodologia inclui a revisão crítica dessa literatura especializada e a interpretação jurídica dos princípios da boa-fé objetiva e a transparência.

A problemática central investigada é a dificuldade de garantir a transparência algorítmica nas relações de consumo, considerando a vulnerabilidade intrínseca do consumidor e a complexidade dos algoritmos. Os principais questionamentos abordados são: Como a falta de transparência nos algoritmos impacta os consumidores? Quais são as implicações jurídicas dessa opacidade? E quais soluções podem ser propostas para mitigar esses impactos?

Os resultados indicam que a transparência e a boa-fé objetiva são fundamentais para a proteção do consumidor vulnerável. A análise revelou que a opacidade algorítmica pode perpetuar desigualdades sociais e violar direitos do consumidor, conforme ilustrado por O’Neil. Conclui-se que a implementação de soluções jurídicas robustas, como a implementação do instituto jurídico da

indenização punitiva, originário do common law, quando há uma conduta maliciosa do agente, pode ser uma forma resolutive que assegure algoritmos justos e transparentes, promovendo maior equidade nas relações de consumo.

O primeiro ponto traçará o conceito de boa-fé objetiva, perpassando pelo conceito construído ao longo do tempo e as suas funções. O estudo se dará segundo as dissertações e considerações doutrinárias que especificam a boa-fé tanto na esfera conceitual quanto na prática.

O segundo ponto, será uma correlação mais específica entre o dever de transparência, o dever de informação e os algoritmos, exemplificando o porquê das situações da vida social imersa em algoritmos se confrontam com esses preceitos jurídicos, é nesse ponto que será analisado o livro “algoritmos de destruição em massa”, expondo a pesquisa empírica apresentada pela autora e as indagações sobre a opacidade e nocividade dos algoritmos levantando exemplos práticos do cotidiano onde a utilização deles geraram maior injustiça.

Nesse contexto, após essas considerações quanto a obscuridade dos algoritmos, o terceiro ponto mostrará que é indispensável delinear estratégias jurídicas preventivas e corretivas capazes de conter a propagação da opacidade dos algoritmos e seus consequentes danos, exigindo uma abordagem proativa diante dessa problemática. A imposição dos “punitive damages” surge como uma medida eficaz, pois transcende o alcance convencional de mera compensação financeira, almejando não apenas a reparação do prejuízo efetivamente suportado pela parte lesada, mas, mais profundamente, a coibição de práticas ilícitas e a promoção de um efeito desencorajador dirigido aos potenciais infratores, geralmente, a aplicação dessas medidas punitivas ocorre diante da identificação de agravantes, tais como má-fé, conduta intencional ou negligência grave por parte do responsável pelo dano. Embora sua aplicação não seja generalizada em todos os sistemas jurídicos, reflete uma abordagem mais abrangente e punitiva do direito civil, instrumentalizando a justiça não apenas na reparação material ao lesado, mas também na censura de condutas que transgridam princípios éticos e legais fundamentais.

1 BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva é um princípio fundamental no direito civil, que exige das partes uma conduta ética, leal e honesta nas relações jurídicas. Este princípio está presente em diversos ordenamentos jurídicos e é essencial para a construção de uma sociedade justa e equitativa. No contexto brasileiro, a boa-fé objetiva foi fortalecida com a constitucionalização do direito civil, que trouxe novos paradigmas e interpretações para sua aplicação prática.

1.1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

Para abordar a temática da boa-fé objetiva, faz-se premente a realização de uma análise detalhada acerca da constitucionalização do Direito Civil. Um impulso para essa mudança é o fato de não perdurar mais uma demarcação tão rigorosa entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade. Consequentemente, em diversas circunstâncias, a estanque separação entre o domínio público e o âmbito privado não mais encontra respaldo.

A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das

categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos (Farias; Rosenvald, 2007a *apud* Silva; Matos, 2012).

Neste cenário, de acordo com Silva e Matos (2012), a revisão crítica do Código Civil sob os princípios consagrados na Constituição atual ensejou a reestruturação substancial de seus institutos, direcionando-os à funcionalização das relações jurídicas privadas patrimoniais. Esta adaptação visa à conciliação dessas relações com os fundamentos da nova ordem jurídica constitucional, fundamentada em valores extrapatrimoniais, com o propósito de fomentar o bem comum e resguardar o interesse coletivo.

Dessa forma, tem-se um Estado democrático de Direito centrado na especial dignidade humana que proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado (Farias; Rosenvald, 2007, p. 3).

Todo o direito privado, agora dotado de maior personalização, conseqüentemente, foi objeto de alterações substanciais. Tanto as dinâmicas consumeristas quanto as determinações judiciais passaram a ser delineadas sob uma perspectiva renovada, caracterizada por uma abordagem mais humanizada. Vale ressaltar, de maneira crucial, que a norma atual preenchida por um caráter principiológico possui o mesmo valor normativo.

O centro gravitacional do ordenamento jurídico não é o indivíduo, mas a dignidade humana. Seria, portanto, uma segunda fase no processo de humanização do Direito. A primeira fase foi empreendida pelo liberalismo jurídico, que direcionou a legislação para a proteção do indivíduo. Essa segunda fase busca a proteção do indivíduo inserido em um contexto histórico-social (Poli; Lima, 2021, p. 273).

Dessa forma, destaca-se a transformação profunda nas categorias jurídicas e na aplicação do direito privado, alinhando-as aos princípios constitucionais de dignidade humana, solidariedade social e igualdade substancial. Assim, a análise da boa-fé objetiva sob esta nova perspectiva oferece uma compreensão mais abrangente e humanizada das relações jurídicas contemporâneas.

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A origem principiológica e normativa da boa-fé deu-se no Direito Romano, a sua concepção estava associada ao termo “*fides*”. Inicialmente ligado ao culto à deusa *Fides*, posteriormente, passou a significar a representação da relação entre o cidadão romano e o *cliens* (vínculo com os clientes habituais), que envolvia o compromisso do *cliens* em obedecer e ser leal ao cidadão, enquanto este oferecia proteção àquele. Dessa forma, tanto o *cliens* quanto o cidadão romano tinham um compromisso um com o outro e o *Fides* era o que gerava a responsabilidade de assegurar e respeitar os compromissos assumidos.

Essa responsabilidade primordial de cumprir com a palavra dada gerou uma competência coercitiva aos contratos que não possuíam a segurança proporcionada pela *actio*, em virtude de sua ausência de formalidade, foi conferida a garantia mediante a intervenção da *fides*. Em termos mais específicos, essa proteção se aplicava aos contratos consensuais, que dispensavam a fórmula para sua celebração, abarcando, por exemplo, situações como compra e venda, sociedade, locação e mandato. Nesses contextos interativos, a *fides* ascendeu à qualificação de *bona*, assumindo a distinta denominação de garantia, ou seja, *bona fides*. (Almeida, 2011, p. 34).

Nas palavras de Juliana Evangelista de Almeida (2011, p. 35),

[...] vê-se que a boa-fé era o que dava substrato aos contratos consensuais e o que fundamentava a responsabilidade dos contratantes, visto não haver *actio* que tutelasse esses contratos, pois

os mesmos não possuíam uma fórmula. A *bona fides* utilizada durante o período arcaico era fonte de direitos e deveres para os contratantes.

No direito germânico, a boa-fé se relacionava a crença e a lealdade. A garantia era de natureza objetiva, refletindo-se no âmbito coletivo, onde todos estavam incumbidos de observar as promessas feitas, configurando, assim, uma norma de comportamento social. No domínio do direito contratual, essa garantia demandava o cumprimento integral de todas as obrigações contratuais, bem como o respeito irrestrito aos interesses da parte contratante (Almeida, 2011, p. 36).

No direito canônico, ainda que possua perspectiva religiosa e incorpore preceitos teológicos, possui princípios éticos e regras disciplinares que regem a organização e a administração da Igreja e transcende as fronteiras, exercendo influência no direito civil e na moralidade, dessa forma, a boa-fé era representada apenas como ausência de pecado. Assim, cometia pecado quem não cumpria com o postulado no contrato.

Após essas exposições, é evidente que as alterações sociais ocorridas resultaram em novos fundamentos éticos subjacentes às interações interpessoais. À medida que a sociedade se transforma, é imperativo que o sistema jurídico acompanhe essas mudanças. Nesse contexto, tanto o conceito quanto a aplicação normativa do princípio da boa-fé evoluíram de maneira congruente com as demandas e valores emergentes na sociedade contemporânea.

Esse incidente remonta a alterações trazidas pela Europa. O direito canônico, conforme mencionado anteriormente, transcendeu consideravelmente as suas raízes meramente religiosas, emergindo como uma potência de natureza política no período subsequente à queda do Império Romano. Neste cenário, observou-se a coexistência sinuosa do Direito Romano, Canônico e Germânico, delineando uma paisagem jurídica singularmente complexa e interligada.

No Direito Romano, a boa-fé servia como alicerce para a fundamentação dos contratos consensuais, constituindo-se como a garantia da palavra empenhada, abdicando do formalismo que caracterizava outros tipos de acordos. Nesse contexto, a boa-fé prescritiva assumia um papel mais proeminente no *Corpus Iuris Civilis*, adquirindo destaque superior à boa-fé objetiva durante o período de recepção. Além disso, destaca-se a utilização extensiva da boa-fé prescritiva pelo Direito Canônico. Neste contexto, a boa-fé era empregada na posse, com uma natureza subjetiva, proporcionando proteção ao possuidor que agia de boa-fé, acreditando ser o legítimo proprietário, e contrastando, assim, com a má-fé ou o dolo (Almeida, 2011, p. 30).

A boa-fé, ao longo desse período, experimentou transformações, influenciadas pelo jusnaturalismo e pelo mercantilismo, afastando-se da concepção objetiva inerente à cultura germânica, para ser imbuída de uma notável carga subjetiva. A partir daí, houve a ascensão do humanismo, o que também acabou por influenciar a esfera jurídica. Nesse ínterim, observa-se as codificações específicas da boa-fé.

Os códigos mais preeminentes daquela época incluíam o Code Napoléon, pioneiro ao abordar a boa-fé nas relações contratuais, e o Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão), que elaborou o princípio da boa-fé objetiva.

O Código Civil Francês (Code Napoléon), não apenas se destacou como o precursor ao introduzir a noção de boa-fé, mas também a abordou em diversos artigos.

O referido Código mencionou a boa-fé em diversos artigos, seja relacionada ao casamento putativo; ao possuidor de boa-fé, face aos frutos; à acessão; ao dever de executar as convenções de boa-fé; ao pagamento feito e recebido de boa-fé; à cessão judiciária de bens; à boa-fé na dissolução da sociedade por renúncia; à venda da coisa depositada pelo herdeiro do depositário feita de boa-fé; aos terceiros de boa-fé na cessação do mandato; à boa-fé na prescrição ou em qualquer outro dispositivo do Código, haja vista ser apenas um rol exemplificativo (Gontijo, 2009, p. 49).

O Código Civil Alemão reafirmou os princípios da boa-fé subjetiva em termos éticos e da boa-fé objetiva em termos contratuais.

Para Maisa Conceição Gomes Gontijo (2009, p. 50), “a partir daí, a boa-fé objetiva se difundiu para as codificações de outros países. Em muitas delas, se deu conforme o Code Civil francês, de acordo com a primeira codificação, como é o caso do Código Civil brasileiro de 1916. Em outras, já com reflexo do BGB”.

No Brasil, a boa-fé objetiva aparece primeiramente no Código de Defesa do Consumidor de 1990, no artigo 4º, inciso III e, logo após, no Código de Civil de 2002, no artigo 422.

A legislação consumerista, por sua vez, já havia adotado a boa-fé como elemento de base das relações de consumo. Tal regra assume grande relevo, servindo, no Código de Defesa do Consumidor, de parâmetro para o exercício dos direitos ali previstos, sempre tendo em mira a correção e lealdade tanto do fornecedor como também do próprio consumidor (Furlan; Espolador; Molinari, 2009, p. 79).

Compreender o contexto histórico é essencial para entender sua aplicação contemporânea. Como apresentado, ao longo dos séculos, o conceito da boa-fé evoluiu da associação à lealdade e proteção mútua no Direito Romano para um princípio fundamental que permeia diversos sistemas jurídicos modernos. Essa evolução reflete a adaptação do direito às mudanças sociais e aos valores emergentes.

1.3 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

São múltiplas as funções essenciais no direito civil que a boa-fé objetiva desempenha. Estas funções não apenas regulam a conduta durante a execução de contratos, mas também influenciam a interpretação e a integração das cláusulas contratuais, assegurando que os direitos e deveres sejam cumpridos de maneira justa e equilibrada. A seguir, analisaremos a função integrativa, controladora e interpretativa.

1.3.1 Função Integrativa

A função integrativa busca trazer aos contratos os deveres anexos, sendo eles o dever de cooperação; informação; transparência; lealdade; cuidado; coerência; colaboração e prevenção a danos, esses deveres têm como objetivo orientar as partes em direção a uma conduta justa, ética e transparente nas relações contratuais.

Esses deveres se configuram como as obrigações acessórias inerentes ao contrato e são um dos quocientes que compõem a boa-fé objetiva e fazem com que esta se torne uma regra de conduta impositiva de comportamento.

A doutrina designa a transgressão desses deveres como uma “violação positiva do contrato”, ressaltando que o adimplemento perfeito do contrato apenas se consuma quando ambas as prestações, tanto a principal quanto a acessória, são devidamente cumpridas. Em outras palavras, os fundamentos norteados pela boa-fé se estabelecem como pré-requisitos essenciais para um cumprimento contratual integral. Assim, reitero que o princípio em questão possui uma coerção normativa intrínseca de significativa importância.

Segundo Mello (2001 *apud* Silva; Matos, 2012) “Os deveres anexos podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, os quais através da sua inserção na relação jurídica, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, os quais nortearão a conduta dos contratantes, nas fases pré-contratual”.

Dado que o cerne de nossa abordagem consiste em evidenciar a ausência de transparência e informação dos algoritmos, dedicaremos uma análise mais aprofundada, embasada em preceitos jurídicos e doutrinários destes dois deveres anexos no próximo capítulo.

1.3.2 Função Controladora

A função controladora busca trazer aos contratos um mecanismo de controle e equilíbrio das partes; estabelece parâmetros comportamentais que devem ser observados durante a execução do contrato, com o intuito de prevenir práticas desleais, abusivas ou injustas.

A boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos impede o exercício desleal de direitos que pode ser visto nos seguintes aspectos: É vedado exigir o que se deve restituir: veda-se que aquele que tiver o direito de receber algo não possa exigir esse direito se já o tiver recebido, mesmo que por algum motivo ou falha, aparentemente, lhe seja permitido exigir o seu direito como se este não tivesse sido efetivado. É proibido desviar direitos: Fiuza (2006) exemplifica que o locador que for sócio da sociedade empresária não pode exigir a retomada do imóvel com o fim de desfazer a sociedade (Almeida, 2011, p. 54).

É por meio dessa função que se vê o atuar dos dispositivos da *Supressio*, *Surrectio*, *tu quoque*, e *venire contra factum proprium*.

A *Supressio*, diz respeito a supressão de um direito pelo decurso do tempo, quando alguém, ao não fazer valer uma pretensão, perde a possibilidade de fazê-lo posteriormente.

A *Surrectio*, consiste na retomada de um direito anteriormente renunciado, uma espécie de ressurreição jurídica que se sustenta em circunstâncias específicas.

O *Tu Quoque*, compreende a invocação da máxima “tu também” em situações de alegada irregularidade, onde uma parte acusa a outra de comportamento semelhante, visa evitar a hipocrisia e assegurar a igualdade de tratamento entre as partes.

E a *Venire Contra Factum Proprium*, destaca a proibição de alguém agir em desacordo com o próprio comportamento anteriormente adotado. Busca resguardar a integridade das relações jurídicas, impedindo que uma parte aja de forma incoerente com atitudes prévias, visando a preservação da confiança e equidade nas transações.

Em virtude do caráter mais controlador dessa função, é intrinsecamente a função mais coercitiva, justificando, assim, a assertiva doutrinária de que a boa-fé objetiva exerceu uma limitação sobre a autonomia da vontade.

1.3.3 Função Interpretativa

Quanto à função interpretativa, nas palavras de Alessandra Cristina Furlan, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Simone de Paula Molinari (2009, p. 79), “o aplicador do direito tem na boa-fé objetiva um referencial hermenêutico para extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”.

Ao agir como um guia interpretativo/hermenêutico, além de preencher eventuais lacunas contratuais, o judiciário, assim como dito anteriormente, é capaz de resolver lides buscando a vontade das partes e utilizando-se da boa-fé como fator auxiliar, de forma a extrair da norma seu sentido mais moral, jurídico e social.

Dessa maneira, não apenas confere clareza aos contratos, mas também promove a integridade e a confiança nas relações jurídicas, fundamentando-se na premissa de uma conduta leal e honesta entre as partes contratantes e a interpretação do Juiz.

No tópico 2.1 foi explorado a constitucionalização do Direito Civil, e, devido a esse processo transitório em nosso sistema privado, agora mais humanizado e que provou ser um sistema aberto, essa interpretação é possível.

A constitucionalização do Direito pressupõe a aceitação do pluralismo jurídico, a admissibilidade das normas individuais e concretas no quadro geral das normas jurídicas, a preocupação com o conteúdo das normas, a repolitização do Direito e a legitimação da ordem jurídica e a modificação de seu método interpretativo (Amaral, 2000 *apud* Poli; Lima, 2021, p. 273).

Por conseguinte, nas palavras de Poli e Lima (2000, p. 273), “em uma concepção constitucionalizada ele deve ser visto como um sistema aberto, que se alimenta também de sua interpretação, em que a atividade jurisdicional será também criadora”.

Dessa forma, o sistema jurídico não é dedutivo, mas dialético. Assim, a lógica da interpretação jurídica não deve ser dedutiva, mas argumentativa, por conseguinte, em um sistema aberto-problemático, a construção da norma se dá a partir dessa interpretação do sistema jurídico, de seus valores, princípios e regras, e sua consequente aplicação a realidade fático-jurídica (Lorenzetti, 2000; Fiuza, 1998; Sá, 2001 *apud* Poli; Lima, 2021, p. 274).

2 AUSÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA NOS ALGORITIMOS

A utilização crescente de algoritmos em diversas áreas da sociedade moderna trouxe à tona questões importantes relacionadas à transparência e à responsabilidade. A falta de clareza sobre como esses algoritmos tomam decisões pode levar a problemas significativos, como discriminação, violações de privacidade e injustiças. A transparência algorítmica é, portanto, essencial para garantir que os processos automatizados sejam justos e compreensíveis para todos os envolvidos. Neste contexto, é fundamental discutir o dever de transparência e de informação como uma resposta a esses desafios.

2.1 DEVER DE TRANSPARÊNCIA E DE INFORMAÇÃO

No que concerne à obrigação de informação, as partes contratantes devem fornecer devidamente as informações pertinentes ao objeto do contrato celebrado, incrementando, assim, a salvaguarda contra eventuais defeitos no produto (Almeida, 2011, p. 55).

A obrigação de transparência e de informação vão muito além do que ser um simples compromisso, são normas principiológicas dotadas de coercitividade. Hodiernamente, suscita-se considerável debate em torno desses imperativos, uma vez que o progresso tecnológico coloca em xeque essa dualidade na esfera social. Fato é que tanto a incumbência da transparência quanto a responsabilidade informacional constituem deveres que o provedor está compelido a cumprir de forma exemplar, sem deixar nenhuma lacuna. Em outras palavras, essas responsabilidades são um dever para o fornecedor, se configurando como um direito inalienável do consumidor, que, por sua vez, assume uma posição de vulnerabilidade, sendo considerado uma relação jurídica não paritária, justamente por sofrer certa limitação no acesso a informações integrais.

Conforme infere Alessandra Cristina Furlan, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Simone de Paula Molinari (2009, p. 78), “As partes devem nutrir um mútuo respeito, que prestem sempre

informações completas, não enganem nem ocultem aspectos essenciais ao negócio, sob pena atentar contra a boa-fé”.

O dever de informar é postulado no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 6º, III, e art. 311, e, segundo o código, as informações devem ser corretas, claras, precisas e ostensivas, e ainda apresentar os riscos iminentes, fazendo parte do contrato essas informações. Já o dever de transparência, é garantido ao consumidor através do que está postulado no artigo 4º2 caput; o artigo 46º3 e nos informa que, sendo violado, o cumprimento do contrato não é obrigatório (Nunes, 2018, p. 2).

A transparência – ao lado do princípio da informação – é entendida como verdadeiro corolário da boa-fé objetiva, possuindo papel fundamental nas relações jurídicas contratuais, pois impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença, ligados, principalmente, a estipulação do conteúdo contratual, sob pena de haver violação do referido princípio, e em consequência, descumprimento da boa-fé objetiva. Isto porque, a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida passa a integrar o conteúdo contratual (Braga Netto, 2013 *apud* Silva, 2015, p. 1163).

A obrigação de transparência e o imperativo de fornecer informações aplicam-se a todas as disposições contratuais, que enumeram os direitos e deveres das partes, possibilitando, assim, o exercício da autonomia privada, em conformidade com os princípios estabelecidos pela boa-fé objetiva (Silva; Matos, 2012, p. 15).

Portanto, a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizada através da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte, evidentemente, vulnerável, no tocante às informações relativas ao teor das cláusulas contratuais da avença (Silva; Matos, 2012, p. 15).

Conclui-se que o dever de informação e de transparência andam interlaçados, e que ambos impõem deveres jurídicos, e, dado que a boa-fé objetiva se fundamenta na tutela da confiança, a prestação transparente das informações se configura como pré-requisito fundamental para o pleno cumprimento dos preceitos da boa-fé objetiva.

2.2 ALGORITMOS DESTRUTIVOS

O objeto de estudo desse tópico será o livro “Algoritmos de Destruição em Massa” da Cathy O’Neil, onde ela aponta as consequências destrutivas de se utilizar modelos de Big Data para estruturar recursos socioeconômicos, o qual, embora ofereça uma proposta imparcial, na realidade

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III – “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Art. 31. “A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

2 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...].

3 Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

é extremamente parcial e excludente (O'Neil, 2021). Para fazer essa exposição, a autora elenca uma série de exemplos presentes no dia a dia que reafirmam a nocividade algorítmica através dos ciclos nocivos de feedback (ou retroalimentação).

O livro se inicia contando um caso que ocorreu em 2009, em Washington, onde a reitora das escolas aplicou um programa chamado "IMPACT", no qual tinha o propósito de eliminar os professores considerados de baixa eficiência. No fim do ano letivo de 2009 e 2010, foram demitidos os de pontuação abaixo de 2%. O propósito de Cathy nesse exemplo está em expor a história da professora Sarah Wysocki, que, embora aparentemente não tinha do que se preocupar, pois recebia notáveis avaliações do diretor e dos pais dos alunos foi demitida no final de 2010/2011, e, devido a uma alteração no sistema de pontuação, sua avaliação foi muito aquém do que o merecido. A pontuação foi gerada por um algoritmo e correspondia apenas a metade do resultado. Ao pesquisar, a professora detectou que a empresa avaliadora possuía como critério a avaliação isolada das notas dos alunos e não levava em conta outros diversos fatores de aprendizagem (como diferenças sociais, dificuldades de aprendizagem etc.), além disso, houve suspeita de fraude nos testes. Sarah rapidamente conseguiu um emprego em uma escola rica, ou seja, o sistema puniu os pobres, retirando uma professora boa de uma escola de pobres e inserindo numa escola de ricos (O'Neil, 2021, p. 8).

Outro exemplo levantado pela autora que merece destaque é o questionário LSI-R, um instrumento de avaliação utilizado em contextos da justiça criminal, sendo projetado para avaliar o risco de reincidência criminal e identificar as necessidades de intervenção de indivíduos sob supervisão ou custódia judicial. Avalia vários fatores, incluindo história criminal, histórico de uso de substâncias, emprego, educação, lazer e recreação, comportamento familiar e social, atitudes e orientação. Com base nas pontuações obtidas, se identifica as áreas de risco e necessidades criminológicas específicas para cada indivíduo (O'Neil, 2021, p. 26).

À primeira vista, acredita-se que este mecanismo foi concebido para prover assistência; contudo, carecemos de informação detalhada sobre o valor atribuído a cada pergunta e à correspondente resposta mais apropriada. Além disso, é observável que as minorias negras, frequentemente enfrentam uma maior incidência de abordagens policiais, assim como seus familiares e amigos, culminando na concentração de indicadores de 'risco' nos bairros economicamente desfavorecidos. Este fenômeno propaga um ciclo destrutivo, haja vista que, após a conclusão desses questionários, a obtenção de emprego, também indagada no formulário, torna-se mais difícil ainda (O'Neil, 2021, p. 30).

Cathy também levanta o episódio do ocorrido em 1983, quando a revista popular U.S News & World Report, que estava em dificuldades decidiu avaliar as faculdades e universidades do Estados Unidos com base em pesquisas de opinião enviadas aos reitores. A popularidade dessas pesquisas avaliativas cresceu, se tornando um padrão nacional, o que fez com que os gestores das faculdades passassem a se preocupar e os alunos a se basear nos rankings para decidir o seu futuro. Os editores da revista aumentaram os níveis de avaliação dos critérios e optaram por ter *proxies* (que facilmente é burlado), que são indicadores aproximados, usados para examinar diversos critérios. A autora afirma que esse ranking se tornou uma sina, pois quando uma faculdade tinha resultado ruim, perdia reputação, assim, os melhores alunos e professores a evitariam e ex-alunos deixavam de fazer doações, a condição só piorava, mais uma vez um algoritmo gera um ciclo vicioso de feedback (O'Neil, 2021, p. 42).

Outro exemplo adicional trazido pelo livro é o do uso dos testes de personalidade em propagandas de emprego, contando o caso de Kyle Behm, que era um estudante da Universidade de Vanderbilt nos Estados Unidos que precisou se afastar dos estudos devido a um problema mental. Após esse incidente e já recuperado, Kyle começou a procurar emprego, porém, mesmo já estando curado, devido aos filtros de eliminação nos testes de personalidade nunca conseguia encontrar um trabalho. Embora o pai de Kyle, que era advogado, tenha resolvido esse problema, o livro apresenta diversas críticas nesse sistema e o chama de "testes de eliminação", primeiramente, inserem perguntas

parecidas e difíceis de responder, onde não se tem clareza dos critérios utilizados nas avaliações, o que por si só já configura uma avaliação opaca. Agravando a situação, gera um ciclo nocivo de feedback, pois as pessoas com problemas mentais nunca são aceitas nos empregos, ficando mais isoladas. Ademais, essa injustiça vem desde o início, já na avaliação dos currículos, em que exigem certas observações específicas, o que fez com que aparecessem “coachings de currículo”, que apenas ricos podem bancar, novamente o sistema pune os pobres (O’Neil, 2021, p. 45).

Também se debate acerca da vida cívica e da influência algorítmica nos votos dos eleitores. Na eleição de 2010 e 2012 nos Estados Unidos, como o voto é facultativo, o Facebook lançou uma campanha direcionada ao incentivo ao voto. Nessa época, a plataforma começou a estudar o impacto do comportamento de amigos sobre nosso comportamento. Dois anos depois, o Facebook alterou o algoritmo do feed de notícias de cerca de duas milhões de pessoas politicamente engajadas passaram a receber notícias mais importantes dos amigos. As estatísticas indicam que após esses dois projetos, os votos cresceram, com isso, o livro acrescenta através de pesquisas e exemplos que o Facebook tem o poder de influenciar os comportamentos e o humor das pessoas, ao escolher exatamente o que cada um irá ler, sem uma liberdade de escolha prévia do usuário, ou seja, é uma influência poderosa⁴ e obscura

Não tenho razões para crer que os cientistas sociais do Facebook estejam ativamente manipulando o sistema político. A maioria deles são acadêmicos sérios conduzindo pesquisas em uma plataforma sobre a qual poderiam ter apenas sonhado décadas atrás. Mas o que demonstraram é o enorme poder do Facebook de afetar o que aprendemos, como nos sentimos e se decidimos ir votar. Sua plataforma é massiva, poderosa e opaca. Os algoritmos são escondidos de nós, e vemos apenas os resultados dos experimentos que os pesquisadores decidem publicar (O’Neil, 2021, p. 52).

Os algoritmos permeiam todos os diversos setores da sociedade contemporânea. No atual cenário de revolução tecnológica e uma esfera de vida cada vez mais digitalizada, torna-se indubitável a convivência e a inevitável influência desses algoritmos em múltiplos aspectos de nossas vidas. Seja no ato de comprar um produto, participar de uma entrevista de emprego, decidir qual curso universitário seguir ou em qualquer outra atividade trivial do cotidiano, os algoritmos constituem elementos intrínsecos e fundamentais da nossa vida e não tem como nos imaginar mais sem eles. E é por esse motivo que o estudo substancial dos algoritmos é primordial, a partir dessas análises apresentadas acima, pode-se concluir que embora haja uma proposta muito chamativa em relação a eles, a realidade é que em essência, só alavacam as desigualdades sociais e o preconceito.

2.3 ALGORITMOS NÃO SÃO TRANSPARENTES

O algoritmo é uma realidade social, e, conforme afirmado acima, é constituído de opacidade e não cumpre com o princípio da transparência e da informação. Quando se assume a posição de consumidor, automaticamente assume-se também uma condição de vulnerabilidade e um dos motivos para que se configure essa condição é pelo fato do consumidor não ter acesso a informações, e, como os algoritmos estão presentes em tudo o que consumimos, desde a forma até o objeto e a escolha do fornecedor, esses deveres anexos estão sendo violados.

No tópico sobre a transparência, foi analisado através dos artigos do Código de Defesa do Consumidor e das doutrinas existentes que o dever de prestar informação deve abarcar tanto todas as

⁴ “Mas, novamente, como alguém ficaria sabendo? O que sabemos a respeito desses gigantes da internet vem quase sempre da pequena proporção das pesquisas que eles publicam. Seus algoritmos representam segredos comerciais vitais. Eles conduzem seus negócios no escuro” (O’Neil, 2021, p. 52).

informações de forma efetiva, com a descrição rigorosa e ostensiva do serviço quanto se encontra insita a presença de risco na relação contratual (Silva, 2009, p. 422).

Ocorre que, devido ao não conhecimento da base de dados que alimentam os algoritmos e nem os critérios avaliados, estabelece-se uma lacuna que não apresenta as informações completas e nem os riscos iminentes.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

A base da responsabilidade civil se apoia na premissa essencial do Direito: incentivar e salvaguardar a harmonia social, resguardando contra o ilícito com o propósito de cultivar uma convivência organizada (Romano; Santi *apud* Gaia, 2020).

Restou constatado que os algoritmos permeiam as interações do Código de Defesa do Consumidor e que a transgressão aos princípios de informação e transparência resulta em danos aos consumidores. Dessa forma, tem-se estabelecida uma linha tênue entre a carência de informações fornecidas e uma responsabilidade civil conforme preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Os elementos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil no âmbito consumerista em regra são a conduta (seja ela omissiva ou comissiva) e o nexo causal que culmina em danos, visto que é do tipo objetiva, sem necessidade de comprovar culpa (com exceção dos profissionais liberais, única hipótese em que tem-se a responsabilidade civil subjetiva no Código de Defesa do Consumidor). Assim, se a omissão na prestação de informações não apenas infringe um dever, mas também ocasiona danos a terceiros, a reparação legal se torna viável.

Como a responsabilidade é do tipo objetiva, configura-se a teoria do risco, que é uma análise do risco que as atividades desenvolvidas pelos fornecedores geram. Nesse aspecto, o fornecedor deve cumprir com o dever de qualidade, tanto referente a segurança quanto a adequação, sendo produtos/serviços seguros (que não geram dano) e adequados ao fim que se destinam (em desempenho e em durabilidade). Assim, demonstra-se o reconhecimento da necessidade de proteger os consumidores em uma sociedade em constante evolução, onde a complexidade e a diversidade dos produtos e serviços tornam desafiadora a tarefa de responsabilizar os fornecedores apenas com base na negligência. A teoria do risco, dessa forma, promove uma maior equidade nas relações de consumo, garantindo uma proteção mais abrangente e efetiva aos consumidores diante dos possíveis danos derivados de produtos ou serviço.

Paulo Luiz Netto Lôbo assevera ainda que “[...] os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos” (*apud* Silva; Matos, 2012, p. 216). Ou seja, a realização do direito civil deve se pautar nesses princípios porque eles acompanharam a mudança da realidade social, e algoritmo é uma nova realidade social.

Sabendo que o direito deve acompanhar as novas mudanças sociais, faz-se necessário uma responsabilização civil consumerista dos fornecedores que ocultam informações e não são transparentes nos algoritmos, ocasionando danos aos consumidores. No contexto jurídico, os “punitives damages” (danos punitivos) emergem em casos de condutas negligentes, intencionais e maliciosas, visando a compensação da vítima e a punição do réu como forma de dissuadir comportamentos semelhantes, tanto por ele quanto pela sociedade no futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, foi possível analisar e discutir os desafios intrínsecos à transparência algorítmica nas relações de consumo, ressaltando a importância do dever de transparência e informação. A presença de algoritmos em diversas áreas da sociedade moderna, apesar de proporcionar avanços significativos, também traz à tona problemas como discriminação, violações de privacidade e injustiças, decorrentes da falta de clareza sobre seu funcionamento.

A boa-fé objetiva, fundamental no direito consumerista, desempenha um papel crucial ao impor deveres de transparência e informação, que são essenciais para garantir a proteção do consumidor vulnerável. Conforme discutido, a falta de transparência nos algoritmos representa uma violação direta aos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que demanda a formulação de soluções jurídicas que possam mitigar os impactos negativos dessa opacidade.

A análise do livro “Algoritmos de Destruição em Massa” de Cathy O’Neil, evidenciou como a utilização indiscriminada e opaca de algoritmos pode perpetuar e intensificar desigualdades sociais, reforçando a necessidade de uma abordagem proativa e regulatória para assegurar que os processos automatizados sejam justos e compreensíveis.

Portanto, conclui-se que a efetiva aplicação dos princípios de transparência e boa-fé objetiva é indispensável para a proteção dos consumidores em uma sociedade imersa em algoritmos. As estratégias jurídicas devem ser delineadas de forma a garantir que os fornecedores cumpram com seus deveres informacionais, promovendo uma maior equidade nas relações de consumo e protegendo os consumidores de possíveis danos. A responsabilidade civil consumerista deve ser aplicada de maneira eficaz para que se possam evitar e corrigir injustiças derivadas da falta de transparência algorítmica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Resolução contratual ou revisão contratual: uma perspectiva a luz da boa-fé objetiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://portal.pucminas.br/biblioteca/index_padrao.php. Acesso em: 13 jun. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FURLAN, Alessandra Cristina; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; MOLINARI, Simone de Paula. A boa-fé no código civil e no código de defesa do consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 73-80, mar. 2009. DOI: <https://doi.org/10.17921/2448-2129.2009v10n1p%25p>.

GAIA, Palloma de Freitas Mendes. **Responsabilidade civil nas plataformas digitais**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/52544>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. **Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://portal.pucminas.br/biblioteca/index_padrao.php. Acesso em: 13 jun. 2024.

NUNES, Rizzatto. A proteção contratual no CDC. **Migalhas**, São Paulo, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/278682/a-protecao-contratual-no-cdc>. Acesso em: 23 fev. 2024.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**. São Paulo: Rua do Sabão, 2021.

POLI, Leonardo Macedo; LIMA, Taísa Maria Macena de. A reparação do dano extrapatrimonial em ricochete: uma questão de direitos fundamentais. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, v. 12, n. 22, p. 253-283, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22293/21791376.v12i22.1839>.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.403-450.

SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 4, p. 1133-1186, 2015. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/publicacoes-de-investigadores/246/2/12>. Acesso em: 23 fev. 2024.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. D18-15 lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo uma releitura na perspectiva civil-constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, v. 11, n. 18, set. 2012. DOI 10.25109/2525-328X.v.11.n.33.2012.109.

Como citar: SOUZA, Júlia; POLI, Leonardo Macedo. O desafio da transparência algorítmica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 149-162, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p149-162. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/05/2024.

Aprovado em: 24/06/2024.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO APORTE PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO NO SÉCULO XXI: O RELATÓRIO O FUTURO DOS EMPREGOS E AS HABILIDADES SOCIOEMOCIONAIS

CONFLICT MEDIATION AS A CONTRIBUTION
TO LEGAL PROFESSIONALS IN THE 21ST
CENTURY: THE REPORT THE FUTURE OF
JOBS AND SOCIOEMOTIONAL SKILLS

Marcella Mourão de Brito*

Mara Livia Soares Damasceno**

João Renato Banhos Cordeiro***

*Mestre em Processo e Direito
ao Desenvolvimento pelo
Centro Universitário Christus
(UNICHRISTUS/CE).
Especialista em Mediação e Gestão
de Conflitos pela Universidade de
Fortaleza (UNIFOR/CE).
Graduada em Direito pela
Universidade de Fortaleza
(UNIFOR/CE).
E-mail: marcellamouraob@gmail.
com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2465-9136>.

**Doutora em Direito
Constitucional pela Universidade de
Fortaleza (UNIFOR/CE).
Professora da Universidade de
Fortaleza (UNIFOR/CE).
E-mail: maralivia@unifor.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3276-6794>.

***Doutorando em Direito
Constitucional pela Universidade de
Fortaleza (UNIFOR/CE).
Mestre em Direito e Gestão de
Conflitos pela Universidade de
Fortaleza (UNIFOR/CE).
Pós-graduado em Processo Civil
pela Universidade Federal do Ceará
(UFCE/CE).
Graduado em Direito pela
Universidade de Fortaleza
(UNIFOR/CE).
E-mail: jrbanhos@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6440-1837>.

Como citar: DE BRITO, Marcella Mourão; DAMASCENO, Mara Livia Soares; BANHOS CORDEIRO, João Renato. A mediação de conflitos como aporte para o profissional do direito no século XXI: o relatório o futuro dos empregos e as habilidades socioemocionais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 2, p. 163-177, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p163-177. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo busca perquirir como a formação adequada dos advogados se relaciona com uma visão ampliada acerca da mediação de conflitos, como habilidade essencial para desenvolvimento de suas atividades, sob a perspectiva dos avanços tecnológicos vivenciados na atualidade. A sociedade moderna passa por grandes mudanças, sob diversos prismas da convivência humana, estando os conflitos mais evidentes e, de outro lado, mais complexos, merecendo enfoque no sentido de gestão adequada de conflitos. Desta forma, o futuro dos empregos, a partir da revolução tecnológica, exige dos profissionais soluções mais adequadas. Impõe-se relacionar a mediação de conflitos como um aporte para o profissional do direito, como instrumento moderno e de amplo espectro de atuação, o que sugere um debate acerca da adequada formação dos acadêmicos da área, a fim de desenvolver as habilidades específicas para essa finalidade. Utilizou-se pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, utilizando o método hipotético dedutivo, com natureza exploratória. Ao final, verifica-se a importância e como se pode viabilizar a formação adequada do profissional jurídico, a partir dos novos desafios postos, repensando um novo formato de ensino jurídico que contemple as habilidades do profissional do futuro.

Palavras-chave: formação jurídica; habilidades socio-emocionais; acesso à justiça; mediação de conflitos.

Abstract: This article seeks to investigate how adequate training for lawyers relates to a broader view of conflict mediation, as an essential skill for developing their activities, from the perspective of technological advances experienced today. Modern society is going through major changes, from different perspectives of human coexistence, with conflicts being more evident and, on the other hand, more complex, deserving focus on adequate conflict management. In this way, the future of jobs, based on the technological

revolution, requires more appropriate solutions from professionals. It is necessary to relate conflict mediation as a contribution to the legal professional, as a modern instrument with a broad spectrum of action, which suggests a debate about the adequate training of academics in the area, in order to develop specific skills for this goal. Bibliographical research was used, of a qualitative nature, using the hypothetical deductive method, with an exploratory nature. In the end, we verify the importance and how the adequate training of legal professionals can be made viable, based on the new challenges posed, rethinking a new format of legal education that takes into account the skills of the professional of the future.

Keywords: legal training; socio-emotional skills; access to justice; conflict mediation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise acerca dos problemas relacionados à mudança na advocacia moderna, principalmente no que concerne aos avanços tecnológicos apreendidos no Séc. XXI e a sua relação com a mediação de conflitos. Relaciona-se a temática com a formação do estudante de Direito, a educação jurídica e as habilidades do profissional da advocacia, a fim de compreender qual a relação entre e a influência desses no mercado de trabalho moderno.

Nesse sentido, pergunta-se: Como e em que medida o instituto da mediação de conflitos pode auxiliar na formação do estudante de direito sob o prisma da revolução tecnológica do século XXI?

Também objetiva dialogar, com base em bibliografia acerca do tema, sobre a necessidade de abertura de espaço para novas abordagens de ensino nas faculdades brasileiras, que inclua o estudante, suas ideias e sua visão de mundo no processo de aprendizado, e quais as consequências desta inclusão para o crescimento deste aluno. Além disso, que esteja em consonância não somente com um movimento mundial de modernização das profissões (Relatório Futuro dos Empregos, Fórum mundial econômico), mas também com as demandas do mercado de trabalho no Brasil.

Com o intuito de atingir tal objetivo, o estudo partiu da percepção de um problema concreto, sendo pautado por pesquisa bibliográfica, por meio de leitura exploratória de doutrina, artigos científicos, legislação, sítios de internet de órgãos oficiais e demais fontes afins com o tema.

A relevância do presente estudo concerne à constatação da importância de a comunidade científica debruçar-se sobre o fenômeno da Revolução Tecnológica e todas as consequências dela advindas, e quais habilidades o profissional do século XXI deve desenvolver para lidar com problemas complexos.

Dessa forma, o trabalho está dividido em três partes. De saída, explana-se acerca dos avanços tecnológicos da pós-modernidade, especialmente trazida pela Revolução tecnológica advinda no Séc. XXI e a inteligência artificial. Relaciona-se o tema com o relatório O Futuro dos Empregos, emitido anualmente pelo Fórum Mundial Econômico, que elenca não somente quais habilidades o profissional moderno deve desenvolver, mas também quais profissões estão em ascensão e em decadência no mundo todo. O relatório, inclusive, já observa as mudanças trazidas pós pandemia de COVID-19.

Na sequência, passa-se a discorrer sobre os novos paradigmas da advocacia, seu contexto atual, e o problema da alocação no mercado de trabalho, com a consequente necessidade de se repensar o ensino jurídico no Brasil, a fim de modernizá-lo e adequá-lo às necessidades impostas pelas mudanças na sociedade e no mercado de trabalho.

No último flanco, por fim, contextualiza-se e esclarece-se acerca do instituto da mediação, como um meio consensual de gestão de conflitos, em que um terceiro, imparcial, irá auxiliar as partes a chegar em um consenso. Para tanto, lança mão de técnicas e ferramentas que irão auxiliá-lo a conduzir o momento. Nesse sentido, perquire-se como o estudo da mediação pode auxiliar o profissional do direito a lidar com os desafios impostos pelas mudanças paradigmáticas da sociedade moderna.

1 O FUTURO DOS EMPREGOS SOB A PERSPECTIVA DO FÓRUM MUNDIAL ECONÔMICO E AS HABILIDADES DO SÉCULO XXI

O processo atual de revolução tecnológica (Castells, 2016, p. 61) transformou a comunicação para uma linguagem tecnológica. A imensa base de dados estatísticos que compõem o algoritmo chamado por Harari (2018, p. 69) de *Big Data*, consegue recolher informações em tempo real acerca das escolhas dos seres humanos, o que pode vir a influenciar a tomada de decisão para além das escolhas diárias, assim como diversas profissões sofreram reflexos com essa mudança de paradigma.

Inicialmente, para contextualizar a relação entre a revolução tecnológica com o objeto do presente estudo, passa-se a elaborar uma digressão acerca do futuro dos empregos e da revolução tecnológica. Após, busca-se relacionar a mediação de conflitos e suas técnicas e ferramentas como um aporte para o profissional do direito, repensando um novo formato de ensino jurídico que contemple as habilidades do profissional do futuro entabulado pelo relatório *The Future of Jobs*¹, emitido pelo Fórum mundial Econômico (FME).

A revolução tecnológica remodelou a base material da sociedade em ritmo acelerado e transformou o cenário social da vida humana (Castells, 2016, p. 61). Os desafios trazidos pela referida mudança de paradigma são vários, pois as redes digitais de comunicação têm sido indispensáveis para garantir a comunicação, o acesso à informação, o comércio eletrônico, a prestação de serviços públicos.

De acordo com os ensinamentos de Castells (2016, p. 8), o que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, e sim a aplicação dessas informações para a geração de conhecimentos. Assim, forma-se um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.

Ademais, alguns fatores contribuíram para a formatação desse cenário. A crescente interdependência global das economias locais, a formação de uma nova forma de comunicação por meio de uma linguagem universal digital com a distribuição maciça de palavras, sons e imagens da cultura de um local para outros lugares e o crescimento das redes interativas de computadores exponencial são exemplos. Nas relações de trabalho, com forte influência do capitalismo, que passa por uma profunda reestruturação, em que há a descentralização das empresas e sua organização em redes tanto internamente quanto externamente, crescimento do trabalho individual, declínio da influência dos movimentos de trabalhadores. Há também os problemas da individualização e diversificação cada vez maior das relações de trabalho, da incorporação maciça das mulheres no mercado de trabalho e da intervenção estatal para desregular os mercados de forma seletiva, além do aumento de concorrência econômica e global (Castells, 2016, p. 89).

O ponto inicial da revolução tecnológica diverge em relação aos autores sobre o tema. Castells (2016, p. 64) afirma que o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, pois a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas².

Segundo Klaus Schwab (2019, p. 17), a denominada “Quarta Revolução Industrial” começou na virada do século e baseia-se na nova era digital. Afirma o autor que essa fase compreende uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática”. Dessa forma, são utilizadas tecnologias digitais cada vez mais sofisticadas e integradas, que estão transformando a economia global.

A Inteligência Artificial, também chamada de IA, trata-se de uma das tecnologias emergentes que impulsionam a Quarta Revolução Industrial, que, de forma sintética, diz respeito a ferramentas informáticas que simulam a inteligência humana ou que executam funções a ela relacionadas, como raciocínio, aprendizagem, adaptabilidade, e interação com o meio físico³ (Medina; Martins, 2020, p. 312).

1 Tradução: o futuro dos empregos.

2 Contudo, estabelece que, ao redor dos anos 1970, um novo paradigma tecnológico começou a ser construído, principalmente nos Estados Unidos, proveniente de um esquema ousado, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, para impedir a tomada ou destruição dos sistemas norte-americanos de comunicações pelos soviéticos, em caso de guerra nuclear. O resultado dessa iniciativa foi a construção de uma rede que não pode ser controlada de nenhum centro, e que é composta por milhares de computadores com inúmeras maneiras de conexão (Castells, 2016, p. 65).

3 Nesse conceito, estão abrangidas variadas técnicas que visam adotar os sistemas computacionais com capacidade de criatividade, adaptabilidade e comportamento autônomo, tais como *machine learning* (aprendizagem de máquina),

O grande desafio da inteligência artificial é de tentar ao máximo de sua capacidade, reproduzir o comportamento humano, por meio de um algoritmo, ou seja, de dados compilados e organizados em uma máquina, é o recorte principal da era da revolução tecnológica. Turing (2009), em seus trabalhos à época, trouxe um questionamento acerca do chamado por ele de “novo problema”. Segundo o autor, a vantagem da inteligência artificial está em desenhar uma linha tênue entre as capacidades físicas e intelectuais de um ser humano. Adiciona que em algum momento isso é possível, mas mesmo supondo que esta invenção seja factível, é difícil imaginar a reprodução de uma “máquina pensante” mais humana que o próprio ser humano.

Segundo Gardner (1995, p. 13), o ser humano, por sua própria natureza, possui diversas aptidões. Assim, existe um conjunto bastante amplo de competências e habilidades do que comumente se considera. De acordo com sua Teoria de Inteligências Múltiplas, uma pessoa considerada inteligente é capaz de resolver problemas ou criar produtos que sejam valorizados dentro de um ou mais contextos culturais. Pode-se concluir que o ser humano é em sua essência único, e deve ser encorajado a desenvolver suas habilidades da forma que melhor faça sentido dentro de seu contexto.

Portanto, mesmo que se consiga chegar ao máximo de aproveitamento das máquinas que reproduzem comportamentos humanos, segundo Turing (2009), não se pode concluir que a máquina irá substituir o ser humano. Não obstante, a revolução tecnológica trouxe profundas mudanças no mercado de trabalho, cerne da estrutura social.

Com a revolução tecnológica, houve diminuição do emprego industrial em todos os países, assim como uma tendência mais alta do emprego em processamento de informação (Castells, 2016, p. 65). Tais mudanças refletiram em diversas áreas de conhecimento. Assim, o profissional moderno viu-se compelido a reorientar suas ações, escolhas e aptidões para o exercício de sua função e adequação ao mercado de trabalho. Ultrapassa-se, então, o aprendizado de habilidades técnicas, apreendidas no dia a dia escolar, para ser demandado à execução de diversas habilidades interpessoais, também chamadas de *soft skills*⁴ (WEF, 2023).

Nesse sentido, o Fórum Mundial Econômico, sempre atento às necessidades do mercado, emite anualmente o relatório “*The Future of Jobs*” (o futuro dos empregos/do trabalho). Em sua versão atual, o estudo afirma que, até 2025, os indivíduos deverão buscar desenvolver certas habilidades para melhor adequação e desenvoltura no mercado de trabalho.

Meira (2020, p. 6-7) esclarece que o termo *hard skills*⁵ se refere às habilidades referem-se a aptidões motoras, técnicas e tecnológicas. Já as habilidades denominadas *soft skills* são aquelas comportamentais, culturais e socioeconômicas. As primeiras envolvem competências defensivas, competitivas e criativas em um “sentido utilitário”; já as segundas abrangem competências colaborativas, integrativas e criativas em um “sentido de desenvolvimento humano”.

Segundo Meira (2020, p. 7) a necessidade de *hard skills* foi anterior à de *soft skills*, por razões biológicas. Isso porque, há cerca de 300 mil anos, quando do aparecimento do *Homo Sapiens*, as difíceis condições existenciais de nosso passado motivaram, em primeiro lugar, o desenvolvimento das funções do cérebro voltadas à redução de ameaças e do controle do ambiente. Logo, fomos condicionados às atitudes defensivas, agressivas e competitivas requeridas na escassez.

A partir da Revolução Industrial e do desenvolvimento da sociedade, as populações obtiveram “maior acesso ao tempo livre, às informações, ao conhecimento, à arte, à literatura, e às novas modalidades terapêuticas que chegaram com a Psicologia Moderna” (Antunes, 2021, p. 10). Surgiu, dessa forma, a necessidade do reconhecimento das *soft skills*.

deep learning (aprendizagem profunda), *natural language processing* (processamento da linguagem natural) e *big data* (análise de grande conjunto de dados) (Medina; Martins, 2020, p. 312).

4 “Habilidades socioemocionais” (Meira, 2020, p. 7).

5 “Habilidades técnicas” (Meira, 2020, p. 7).

Assim, nas últimas décadas, observa-se a crescente importância do desenvolvimento das habilidades comportamentais, nas esferas pessoal, social e empresarial. As habilidades socioemocionais podem ser plenamente desenvolvidas pelo ser humano, ou seja, não são inatas, e sim adquiridas. Dentre as diversas aptidões elencadas no referido instrumento, estão as de negociação, tomada de decisão, originalidade, criatividade e senso crítico, além de habilidades subjetivas como a inteligência emocional, a resiliência e a flexibilidade, essenciais para adaptação do ser humano no contexto pós-pandêmico (WEF, 2023).

O Relatório acima mencionado também esclarece que, no contexto da pandemia de COVID-19, a recessão global no ano de 2020 causou um aspecto bastante incerto para o mercado de trabalho, o que acelerou a chegada do futuro dos empregos. Estima-se que, também no ano de 2025, 85 milhões de empregos podem ser substituídos por uma mudança na divisão de trabalho entre humanos e máquinas. Por outro lado, 97 milhões de novos papéis podem surgir, devendo ser mais adaptados à nova divisão de trabalho entre humanos, máquinas e algoritmos (WEF, 2023).

Os dados revelam que há a necessidade de repensar as profissões dentro de um contexto de mudanças visíveis. Algumas profissões podem ser consideradas como essenciais para a dinâmica social, como as profissões relacionadas ao exercício do acesso à justiça, estando a advocacia inserida nesse contexto.

2 A EDUCAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR E A FORMAÇÃO DO ADVOGADO MODERNO

A fim de compreender o contexto atual acerca do ensino jurídico, assim como sua influência no exercício da advocacia no Brasil, é importante realizar um breve cotejo acerca do tema. Em seguida, busca relacioná-lo com a mudança paradigmática dos empregos e como isso se relaciona com a necessidade de repensar o ensino jurídico no país.

No Brasil, segundo o sítio de internet da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB [2024]), existem 1.481.299 (um milhão, quatrocentos e oitenta e um mil e duzentos e noventa e nove) advogados e advogadas inscritos nos quadros do órgão. O grande desafio é, principalmente, a acomodação desses profissionais no mercado de trabalho brasileiro. Bauman (2004) relaciona o termo “refúgio humano” com a pós-modernidade e a quantidade de seres humanos no planeta, e a consequente dificuldade de adaptação e inserção no mercado de trabalho. Para o autor, inevitavelmente nem todos irão se adequar à dinâmica pós-moderna, e conseqüentemente ficarão à margem da sociedade⁶.

Nesse contexto, correlaciona-se a dinâmica pós-moderna com a advocacia. Para Susskind (2017, p. 101), as instituições legais e os advogados irão mudar de performance radicalmente em menos de duas décadas mais do que mudaram em menos de dois séculos. As demandas jurídicas crescem em uma escala maior e desproporcional em relação à disposição da sociedade em pagar pelos serviços jurídicos. Ou seja, há uma oferta de demandas, que não corresponde, à procura por serviços advocatícios, que o autor denomina de desafio mais por menos (*The more-for-less challenge*).

Diante de todas essas questões, verifica-se que há um grande descompasso entre o ensino jurídico e a realidade enfrentada no mercado de trabalho. Há um visível abismo que se verifica entre o ensino jurídico e as demandas de mercado de trabalho impostas ao profissional do Direito. Ou seja, a formação jurídica encontrada nas universidades do Brasil, por mais que conduzam a uma formação

⁶ A produção de “refúgio humano”, ou, mais propriamente, de seres humanos refugados (os “excessivos” e “redundantes”, ou seja, os que não puderam ou não quiseram ser reconhecidos ou obter permissão para ficar), é um produto inevitável da modernização, e um acompanhante inseparável da modernidade. É um inescapável efeito colateral da construção da ordem (cada ordem define algumas parcelas da população como “deslocadas”, “inaptas” ou “indesejáveis”) e do progresso econômico (que não pode ocorrer sem degradar e desvalorizar os modos anteriormente efetivos de “ganhar a vida”, e que, portanto, não consegue senão privar seus praticantes do meio de sobrevivência) (Bauman, 2004, p. 12).

exemplar no que concerne ao ensino das habilidades materiais, ou as chamadas *hard skills*, carecem em auxiliar no treinamento do aluno (estudante de direito) para as *soft skills*.

Existe uma grande preocupação, por exemplo, sobre cortes no financiamento público legal que podem reduzir o “acesso à justiça”. Existem preocupações sobre as faculdades de direito que parecem estar oferecendo vagas para alunos em maior número do que oportunidades de emprego. E há preocupação com o custo desproporcional de perseguir reivindicações nos tribunais (Susskind, 2017, p. 18)⁷.

Para uma revolução no modelo de advocacia atualmente exercido no Brasil, é preciso que se repense o modelo de ensino. Segundo Rocha e Krepsky (2018, p. 130), Direito, Ciência e Ensino Jurídico seguem imbricados e sofrem uma crise paradigmática, pois a própria sociedade demanda respostas mais complexas. Assim, maior é a necessidade de adequação de respostas do Direito.

No entanto, para que se obtenha um novo paradigma no ensino jurídico brasileiro, é necessário que se traga um novo olhar para a dinâmica realizada em sala de aula nas faculdades de Direito atuais. Mostra-se essencial que haja uma interdisciplinaridade entre o Direito e as demais disciplinas, como a Sociologia, a Antropologia, e Psicologia, pois essas áreas têm muito a contribuir para um direito mais humano e atento à realidade. Ademais, ajudarão o estudante de direito a assumir um pensamento mais amplo, subjetivo e relativizado das questões jurídicas.

A partir da mudança de paradigma, sob o ponto de vista profissional do advogado, outra abertura cognitiva se propõe, que diz com a busca, cada vez mais relevante e, por isso, sugerida, em áreas do conhecimento fora do Direito, como instrumento de visualização do conflito de forma mais adequada.

Essa visão transversal, a partir da obtenção de informações interligadas e globalizadas, possibilita uma percepção mais completa, “proporcionando novos conhecimentos que não seriam possíveis se não fosse esta integração” (Zimiani; Hoepfner, 2008, p. 105). E isso tem intensa aplicação quanto às controvérsias jurídicas, oriundas de problemas sociais, que pressupõem a atuação humana sob várias vertentes, servindo essa intercambialidade, precipuamente, para se construir um enfoque mais realístico do Direito, aproximando a lei “fria” da realidade social, política e moral que ela procura regular.

Embora o discurso jurídico tenha, originariamente, a hermenêutica sobre os textos normativos a sua fonte basilar de construção, como instrumento de percepção do contexto que busca regular, vem se consolidando, cada vez mais, a ideia de uma espécie de humanização do Direito, a partir da incorporação de elementos subjetivos na construção das perspectivas postas a debate, que permitam uma compreensão mais ampla da controvérsia ou, no dizer de Tomaz (2015, p. 100), a adoção de “um julgamento sensível aos fenômenos psicológicos no tratamento dos problemas relacionados”.

Destarte, cada vez se mostra mais importante, sobretudo na seara negocial, incursão e estudo sobre disciplinas afins ao Direito, tais como a Psicologia, a Economia, a Sociologia, dentre outras, mormente porque, como dito, na negociação não se discute apenas as normas e sua aplicabilidade, mas se dialoga sobre diversos pontos alheios ao que se teria dentro de um processo judicial comum.

Tal assertiva, aliás, encontra-se novamente amparo na teoria das inteligências múltiplas, produzido por Gardner (1995, p. 13), para quem, em uma visão ampliada da noção já arraigada no senso comum, na aferição da inteligência, deve-se apurar a capacidade de resolver problemas, a qual “permite à pessoa abordar uma situação em que um objetivo deve ser atingido e localizar uma rota adequada para esse objetivo”. Assim, para a resolução de controvérsias, muito além da noção tradicional de capacidade intelectual, passa pela percepção e pelo domínio de outras áreas de atuação, como, por

⁷ “There is deep concern, for example, about cuts in public legal funding that may reduce ‘access to justice’. There are worries about law schools that seem to be offering places to students in greater numbers than there are job opportunities. And there is unease about the disproportionate cost of pursuing claims in the courts” (Susskind, 2017, p. 18).

exemplo, para o que aqui mais interessa, o que o citado autor menciona como sendo as inteligências interpessoal, intrapessoal e linguística, as quais não são trabalhadas dentro da noção jurídica em si, mas com apoio em disciplinas esparsas complementares.

Com base nisso, a Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018 do Ministério da Educação (MEC), instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior (IES). A referida Resolução trouxe a obrigatoriedade de constar, no Projeto Pedagógico dos cursos, dentre outros elementos, as competências, habilidades e os conteúdos curriculares básicos, exigíveis para uma adequada formação teórica, profissional e prática, assim como formas de realização de interdisciplinaridade. Ademais, determina a obrigatoriedade de desenvolvimento na formação do aluno da capacidade de argumentação, criticidade e gestão adequada de conflitos (Brasil, 2018).

Nesse sentido, e principalmente de acordo com as necessidades do mercado de trabalho moderno e em consonância com o Relatório Futuro dos Empregos e o Relatório nº 5 do MEC, é necessário que se inclua no dia a dia do aprendizado do aluno de Direito ferramentas e disciplinas como negociação⁸, gestão adequada de conflitos⁹, *design* de sistema de disputas¹⁰, direito digital, sem prejuízo do aprendizado de forma transversal no dia a dia acadêmico, além da inclusão de demais disciplinas que se façam necessárias durante o percurso e as mudanças sociais impostas, para que o aluno torne-se apto a resolver problemas complexos, ou seja, problemas de difícil resolução¹¹.

Portanto, busca-se relacionar a mediação de conflitos, nesse contexto, como um relevante aporte para os profissionais de direito, em especial advogados, para uma abordagem efetiva no que concerne à resolução de problemas complexos. A mediação de conflitos, como uma área independente e permeada de técnicas específicas, oferece uma visão mais ampliada de acesso à justiça, conforme se verificará no próximo tópico.

3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO APORTE PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO

A sociedade pós-moderna passa por grandes mudanças, sob diversos prismas da convivência humana. Cada vez mais, os conflitos crescem em escalada, motivo pelo qual aumentam também estudos, pesquisas e produções científicas acerca do conflito e da premente necessidade da busca por um mundo mais pacífico (Rosenberg, 2019).

A sociedade líquida, assim chamada por Bauman (2001, p. 15) traz consigo essa fluidez, sendo livre e multifacetada. Com essa teoria, o renomado autor afirma que a sociedade é assim denominada porque os fluidos se movem facilmente. Ou seja, constrói uma metáfora para relacionar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da sociedade.

⁸ Para o presente estudo, utiliza-se como recorte epistemológico a teoria da “negociação baseada em princípios” de Fisher, Ury e Patton (2014, p. 22), sugerindo que, para a obtenção da negociação de resultados sensatos e justos (com a vantagem de evitar a deterioração do relacionamento entre as pessoas) faz-se necessário que se abordem os interesses reais dos envolvidos (e não suas posições).

⁹ Por gestão adequada de conflitos, entende-se a prática de cognição, condução e resolução de situações conflituosas, promovida mediante o emprego do método ou técnica que melhor atenda às necessidades do caso concreto (Goretti, 2021, p. 23).

¹⁰ O *design* de sistema de disputas pode ser entendido como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si, e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas (Faleck, 2018, p. 1).

¹¹ “problemas são difíceis por serem complexos de três maneiras: são dinamicamente complexos, ou seja, sua causa e seu efeito estão afastados no tempo e no espaço, e, dessa forma, são difíceis de compreender com base na experiência direta. São generativamente complexos, o que significa que estão se desdobrando, em formas desconhecidas e imprevisíveis. E são socialmente complexos, o que significa que as pessoas envolvidas veem as coisas de forma muito diferente, e, assim, os problemas se tornam polarizados e emperrados” (Kahane, 2008, p. 24).

Bauman (2001, p. 15) também afirma que a sociedade moderna era sólida, ou seja, imutável, inflexível. Em mais uma metáfora, relaciona o derretimento desse sólido com os desafios da sociedade pós-moderna, afirmando que hoje, os padrões e configurações não são mais dados e autoevidentes. Ao contrário, chocam-se e contradizem-se, de tal forma que todos e cada um tornam-se desprovidos de seus poderes de compelir e restringir. Os poderes que “liquefazem” passaram do sistema para a sociedade, da política, para as políticas da vida”.

Charles e Lipovetsky (2004, p. 51) inserem o termo sociedade hipermoderna, ou seja, uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer (Charles; Lipovetsky, 2004, p. 26).

Nesse sentido, a rapidez nas comunicações, as mudanças nos processos mentais do ser humano, a complexidade do universo, dentre diversos outros fatores, fomenta o aumento de conflitos na sociedade. Assim, necessário se faz aprofundar o estudo acerca da importância da cooperação na vida do ser humano, principalmente utilizando como paradigma os ensinamentos da filosofia moderna, o que se verá em tópico específico no presente trabalho.

Portanto, diante da evolução tecnológica e dos diversos influxos ideológicos, é certo que os operadores do direito também devem conformar sua atuação aos novos paradigmas. E isso demanda a (re)adaptação às novas diretrizes, com o desenvolvimento de novas habilidades, levando em conta sobretudo a ideia do diálogo, da compreensão emocional/psicológica, ou seja, com base em diretrizes de consensualidade.

O advogado, no contexto de representação de seu cliente, deve estar atento, além do conteúdo e da interpretação a respeito das regras jurídicas em si, também a outros prismas, devendo desenvolver um olhar mais amplo, ora menos beligerante e mais negociador, claro que sempre atento à melhor resposta ao problema que seu constituído o apresenta, ou seja, deve dissociar-se da ideia de que o litígio judicial sempre será a única solução viável¹².

É cediço que a formação dos bacharéis em direito, atualmente, carece de maior embasamento humanístico e, mais do que isso, é deficitária ao explorar – por mais paradoxal que isto transpareça – o desenvolvimento do diálogo com ferramenta de pacificação. O advogado, portanto, é formado para litigar (Silva; Vitale; Silva, 2016, p. 204). O bom advogado, por sua vez, é tido como o que ganha processos judiciais. E assim, com frágil formação nesse “outro lado” da atuação, falta confiança ao advogado para incursionar segura e efetivamente no campo negocial.

Para além dessa falha de formação e da tendência à permanência na zona de conforto, ademais, há a crença indevida, que se confunde com a própria evolução do Direito, atrelado ao Poder Judiciário como o “guardião das promessas democráticas” na dicção de Garapon (1999), de que as querelas, para serem bem resolvidas, devem sê-lo à luz do que assenta a lei (direito positivo) e a partir de um julgamento de um terceiro imparcial. Tal interpretação, todavia, parece depor contra a evolução da cidadania, além de desprestigiar a autonomia individual, decorrente da capacidade civil plena, no direcionamento das questões inerentes ao sujeito envolvido.

Isso sem falar no também falacioso preciosismo de se buscar manter o nicho de mercado pelos profissionais da advocacia, através de uma ideia corporativista de base egoística, a partir da qual o conhecimento do ordenamento jurídico, a partir da formação burocrática baseada no estudo das leis, e não a habilidade para resolver o problema em si, é o que colocaria o advogado em um patamar

¹² Porém, como bem alerta Tartuce (2013, p. 130), que há impasses a serem ultrapassados, aduzindo que “infelizmente, porém, grande parte dos advogados não aborda os meios consensuais. As razões de sua resistência quanto a tais métodos são várias, destacando-se: (i) a sensação de ameaça por estarem fora da zona de conforto habitual; (ii) a crença sobre a falta de programas de treinamento de alta qualidade; (iii) a percepção de que, embora a ideia da autocomposição pareça boa, pelas pautas éticas do advogado sua adoção nunca se torna uma prioridade”.

qualificado, de profissional respeitado e hábil a cobrar seus honorários. No ponto, olvida-se que, ao resolver problemas de forma mais célere e mais efetiva, atendendo aos interesses do cliente de maneira mais direta, o profissional pode projetar-se, isso sim, a um patamar mais qualificado.

Nessa perspectiva, há que se perceber que, por meio do diálogo consensual, aumenta a probabilidade de construção de melhores soluções (Tartuce, 2013, p. 135), com menor resistência, inclusive quanto ao correto cumprimento do que acordado. Não bastasse isso, segue a autora, o cliente, em uma negociação na qual participa efetivamente, passa a ter o controle sobre elementos essenciais da controvérsia, sejam de ordem subjetiva (v.g. monitoramento dos prejuízos à imagem ou aos negócios), seja de ordem formal (v.g. adoção de procedimento menos gravoso, definição de aspecto temporal mais apropriado, dentre outros).

Assim, primeiramente o advogado há de se convencer de que a composição consensual pode ser uma boa saída, para, em passo seguinte, convencer o seu cliente a aceitar essa ferramenta na resolução de seu caso, o que também aparece como tarefa por vezes não tão simples (Tartuce, 2013, p. 130).

O fato, porém, como bem destaca Tartuce (2013, p. 136), é que a negociação pressupõe preparação que difere daquela suficiente para conduzir um processo judicial, eis que, na construção consensual, diferentemente da seara forense ordinária, onde o procedimento é pré-constituído, a construção do procedimento vai sendo feita à medida dos acontecimentos, dependendo da evolução dos debates e das percepções dos envolvidos, a exigir formação adequada. É fato, pois, que o advogado moderno precisa ultrapassar o paradigma de litigiosidade e, de outro lado, necessita ampliar os horizontes cognitivos para chegar a bom termo, em cada vez mais hipóteses no dia-a-dia laboral.

Mais do que se pensa, o debate sobre um acordo envolve questões emocionais profundas, eis que nossas decisões, quase sempre, são tomadas nesse nível, ainda que não seja isso percebido a nível de consciência (Damasio, 2015, p. 48)¹³.

Portanto, é importante que se esteja preparado para perceber e tratar tais sentimentos, seja no âmbito interno (inteligência intrapessoal), percebendo as próprias emoções, compreendendo-as a fim de orientar o seu comportamento (Gardner, 1995, p. 15), seja no âmbito externo (inteligência interpessoal), a qual, sobre o aspecto do relacionamento com outras pessoas.

Na acepção de Fisher, Ury e Patton (2014, p. 39) “somos criaturas fortemente emocionais, em geral com percepções radicalmente distintas, e temos dificuldade de nos comunicar com clareza”. E aqui é que residem grande parte dos problemas ocasião da discussão negocial, e não no aspecto técnico-jurídico propriamente dito.

Por exemplo, para se resolver bem uma questão litigiosa, é importante que, logo no início, fique bem claro que a discussão não se dará com foco dirigido ao que as pessoas envolvidas representam, ou seja, que não se trata de um “combate” entre os envolvidos, para se definir quem sairá vencedor, mas que o debate deve se debruçar sobre o problema em si, que é ligado a ambos e em relação aos qual os dois lados possuem interesse em resolver (Fisher; Ury; Patton, 2014, p. 28). Isso já afasta a personalidade sob o viés negativo, tentando-se construir uma relação emocionalmente válida com a parte adversa, a qual se irradia durante todo o procedimento dialogal, trazendo vários benefícios¹⁴.

¹³ No dizer de Sinek (2018, p. 102) “É daí que vêm as “decisões do fundo do coração”. Sentimos que são a coisa certa a fazer. Não existe uma parte do coração que controla a tomada de decisão, tudo acontece no sistema límbico. E também não é por acaso que usamos o verbo “sentir” para explicar essas escolhas. O motivo para as decisões do fundo do coração serem entendidas como certas é que a parte do cérebro que as controla também controla nossos sentimentos. Quer você esteja seguindo seu coração ou sentindo que a decisão “vem de dentro”, não importa: a verdade é que ela está no seu sistema límbico.”

¹⁴ Fisher, Ury e Patton (2014, p. 55) assentam, a propósito, que “Quanto mais rápido você conseguir transformar um estranho em alguém que você conheça, provavelmente mais fácil será a negociação. Você encontrará menos dificuldade para entender de onde ele vem. Terá um alicerce de confiança sobre o qual se apoiar em uma situação

Enquanto as emoções negativas desviam o foco de pontos importantes, deixam o indivíduo vulnerável a investidas prejudiciais da parte adversa e impedem a criatividade na construção de soluções hábeis, por exemplo, as emoções positivas reduzem o receio de participação pelo sentimento de acolhimento, proporcionam maior abertura e interesse pela colaboração mútua e viabilizam maior criatividade nas discussões, facilitando a construção de soluções e, ao cabo, o respeito ao que ficar decidido (Fisher; Shapiro, 2019, p. 7).

E nessa perspectiva, claro, deve-se levar em conta, não só a condição da parte adversa, como, também, a personalidade do próprio cliente, lembra Tartuce (2013, p. 139), salientando-se que essa busca de construir laços positivos não se confunde, de forma alguma, com subserviência, eis que se deve respeitar a autonomia dos envolvidos (Fisher; Shapiro, 2019, p. 69), e, muito menos, deve ser buscada a partir de manifestações “forçadas” ou despidas de honestidade.

Há que se perceber os sinais advindos das emoções, que orientam o que, em verdade, é importante para ambos os lados. Mas isso não significa, porém, que se deve agir apenas baseado nas emoções, mas que se deve buscar os interesses que elas geram. Nessa perspectiva, aliás, importante distinguir a busca de se consolidar interesses da intenção de fazer prevalecer suas posições, sendo aquele – a definição dos interesses em jogo – o caminho mais adequado a ser seguido (Fisher; Ury; Patton, 2014, p. 57).

Quanto se barganha posições, seguem Fisher, Ury e Patton (2014, p. 27), reforça-se a sensação para a outra parte da ideia do “combate”, de que se está discutindo, ali, quem sairá vencedor, e não como a quizila será mais bem resolvida, o que dificulta que a parte contrária aceite a situação, exatamente pelo quanto já dito, sobre as emoções envolvidas, eis que, afinal, ninguém quer sair perdendo algo em relação ao que se considera correto. Além disso, ao se ancorar em posições fixas, predeterminadas, haverá dificuldade em necessária retratação subsequente, exatamente porque eventual reconsideração pode sinalizar fragilidade, o que ninguém também gosta de assumir.

Portanto, agindo dessa forma posicional, os envolvidos chegarão, quase sempre, na barganha indevida, aleatória e sem propósito maior, que se depreende no cotidiano forense, em que as partes, no máximo, cedem alguma parcela, a partir do que inicialmente manifestado, de modo que, mesmo chegando em um acordo, ambas possivelmente saiam insatisfeitas.

Se, por um lado, é importante, de fato, que o advogado tenha noção da melhor alternativa que tocará ao cliente sem a negociação, parâmetro que deve orientar a tomada de decisões, também é certo que esse parâmetro não deve ser o norte único, até porque a negociação envolve outros partícipes, sem os quais não se chegara a bom termo. Então, a ideia é que todos os participantes possam se sentir envolvidos no projeto de construção da solução, reconhecendo-se ideias relevantes manifestadas – o que não se confunde com concordar com o seu conteúdo – sem competir por *status* (Fisher; Shapiro, 2019, p. 71). Sempre deixando claro, por óbvio – não se pode olvidar – o propósito que existe nessa construção conjunta (Sinek, 2018, p. 69).

Seguindo essa toada, espera-se a criação de um ambiente propício, criativo e cooperativo, em que cada parte busque influenciar o outro, para que este, pensando e decidindo por si, se agregue ao que dito, o que não se confunde, de forma alguma, com a tentativa de convencimento forçado de outrem, cuja tentativa se mostra quase sempre infrutífera.

Importante, igualmente, ter-se em mente a possibilidade de criação de soluções amplas, fora do que tradicionalmente se verifica, eis que, “em quase todas as negociações, cada lado terá inúmeros interesses, e não apenas um” (Fisher; Ury; Patton, 2014, p. 57). Então, seguem os autores, deve-se identificar interesses compartilhados e, tentar, a partir desta percepção, que já contará com o sentimento favorável de ambos, construir possíveis soluções, recorrendo-se, nessa definição, a critérios objetivos difícil. A comunicação será mais tranquila e será mais fácil desarmar uma discussão tensa com uma piada ou um comentário informal.”

de orientação, o que também facilitará o aceite dos envolvidos, eis que afastada, também aqui mais uma vez, a ideia de que alguém perderá na disputa. No ponto, frise-se que a solução, caso não se consiga evoluir para o todo, pode ser apenas parcial, limitando-se ao que as partes conseguirem evoluir conjuntamente, o que não deixa de significar avanço com benefício a ambos.

Além do aspecto descrito acima, outra ferramenta de extrema relevância para se ter sucesso em negociações reside em aspecto externo, a saber, a manifestação da linguagem, a comunicação. Nesse sentido, verifica-se que a comunicação é atemporal, sendo um dos principais elementos da convivência humana. Sua importância, ademais, é flagrante, eis que a compreensão das palavras confere suporte interpretativo¹⁵.

Adotando-se tal premissa, é fácil extrair o extremo cuidado que se deve ter com a manifestação das opiniões, como fator complementar ao aspecto emocional. Muitas vezes, diga-se de passagem, o conflito está mais presente nessa dificuldade de dialogar de modo efetivo do que em outros aspectos, até porque não há verdade propriamente dita, sendo as posições adotadas na discussão derivam da compreensão do que externado pelo outro e, de outro lado, pela capacidade de demonstrar o que realmente se pretende (Fisher; Ury; Patton, 2014, p. 25).

Destarte, como movimento permanente, deve-se ter cuidado com o que se observa da parte com quem negocia. Principalmente porque as pessoas tendem a compreender o que dito na sua perspectiva, na linha do que pensam, ou seja, há uma espécie de “filtro instintivo”, contra o qual se deve manter a vigilância (Fisher; Ury; Patton, 2014, p. 43)¹⁶.

Sendo assim, uma boa comunicação pressupõe, de saída, uma oitiva qualificada, que busque realmente compreender o que dito pelo oponente e, mais do que isso, fazê-lo crer que está sendo escutado, sob pena de bloquear a via inversa, quando for necessário ser ouvido. Destarte, a empatia – através da qual se busca a entender os pontos importantes para a outra parte, colocando-se em seu lugar – e uma escuta ativa – que se volta a estar atento ao que falado, e principalmente, ao que manifestado “implicitamente” (leia-se: os sentimentos e interesses por trás das palavras), são instrumentos poderosos na negociação.

De outro lado, é extremamente recomendável que se evite ao máximo espécie de modalidade violenta de comunicação. Verifica-se que, caso os interlocutores adotem uma comunicação eivada de julgamentos e palavras negativas, é favorecida a adoção de comportamentos extremos da parte contrária, a exemplo da vitimização ou da agressividade recíproca (Oliveira; Brito, 2016, p. 13). Isso tende a fomentar o embate, acirrando a espiral do conflito e distanciando as pessoas do consenso esperado.

Como técnica, orienta Rosenberg (2006, p. 21), ao fundamentar a Comunicação Não Violenta, que se separe as observações de avaliações, de maneira que, ao pontuar algo que se queira atenção da parte contrária, sejam evitados comentários, julgamentos, a respeito daquele ponto, especialmente no mesmo momento em que se faz a inquirição, para se evitar que ela seja recebida como espécie de admoestação ou crítica pela outra pessoa.

A par disso, há sempre a possibilidade, aliás, de todo recomendável, de reformulação de frases mais contundentes ou emocionalmente “carregadas”, ressignificando a mensagem, extraindo o que objetivamente importa com o isolamento do conteúdo emocional (Fisher; Shapiro, 2019, p. 15).

¹⁵ Nas palavras de Tomaz (2015, p. 102): “a forma pela qual se entende a sistematização da fala em torno de um problema enfatiza-se como análise do discurso, não apenas ao discurso enquanto linguagem verbal estruturada e sim todo o conjunto de elementos e recursos interpretativos e comunicacionais empregados na resolução de um conflito”.

¹⁶ Ensinam Fisher, Ury e Patton (2014, p. 44), no ponto, que: “perceber a situação do jeito que o outro lado percebe, por mais difícil que possa parecer, é uma das mais importantes habilidades que um negociador pode ter. Não basta saber que cada um tem um modo distinto de enxergar a situação. Se você desejar influenciá-los, é preciso também entender, de forma empática, o poder do ponto de vista do outro lado e sentir a força emocional que os leva a acreditar nele”.

Então, como visto, muito mais do que Direito propriamente dito, a negociação pressupõe preparação mais ampla, com o envolvimento de aspectos de convivência humana. E isto pressupõe preparo, estudo, técnica e dedicação, que deve vir preparada desde os bancos da faculdade, propiciando a própria formação estrutural (mental) do advogado com esse viés.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio do presente estudo, mostrou-se que a revolução tecnológica, com as mudanças dela advindas, passou a exigir dos profissionais do Século XXI um olhar diferenciado, sobretudo levando em conta o que as “máquinas” já conseguem fazer à exaustão e possivelmente com maior eficácia e efetividade do que o ser humano.

Destarte, os postulantes a postos de trabalho do futuro devem investir muito mais em habilidades de aplicação dos conhecimentos, do que propriamente na aquisição destes como produto estático e tecnicista. Em outras palavras, diante do que a evolução tecnológica já permite, e diante da difusão e facilidade de acesso a informações, o simples acúmulo de conhecimento, por si, já não é mais um diferencial de mercado, realidade que inexoravelmente afeta também os operadores do direito, mormente em função da diversidade e da complexidade crescente dos problemas.

Portanto, um bom caminho a ser seguido diz mais com o desenvolvimento de habilidades de aplicação do conhecimento e, dentro desse prisma, o foco em elementos fluídos e subjetivos, de interrelação humana e social, de captação de emoções, o que a tecnologia não consegue – pelo menos ainda – alcançar com plenitude. Então, deve-se investir menos em tecnicismo e mais em visão aberta e interdisciplinar.

Nessa linha, a mediação de conflitos, como ferramenta adicional de formação do profissional do direito, emerge como suporte tático e técnico, a fim de se construir uma nova rede de atuação, com potencial de abrangência e profundidade próprios dos desafios da modernidade, que passou a exigir muito mais do que o acúmulo de informações.

É nessa perspectiva que se propõe que, desde os bancos de faculdade, os alunos do Direito já sejam talhados nessa nova perspectiva, fugindo dos debates meramente acadêmicos, do método de ensino formal, frio e fechado, para que se possa construir, aos poucos, e desde o início, um advogado com visão sistêmica e resolutiva, mediante formação continuada lastreada nesse novo modelo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Lucedile; SPADOTO, Marcel. **Soft skills**: habilidades do futuro para o profissional do agora. São Paulo: Literare Books, 2021. v. 2.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. São Paulo: Schwarcz, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n. 05, de 17 de dezembro de 2018. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 47-48, 19 dez. 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>. Acesso em: 15 jun. 2024.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CHARLES, Sébastien; LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

DAMASIO, Antonio. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si**. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da razão**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDNER, Howard. **Inteligências múltiplas: a teoria na prática**. Porto Alegre: Artmed, 1995.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KAHANE, Adam. **Como resolver problemas complexos**. São Paulo: Senac, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1020, n. 2020, p. 311-338, 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/147792>. Acesso em: 15 jun. 2024.

MEIRA, Luciano Alves. Introdução. In: ANTUNES, Lucedile (org.). **Soft skills: competências essenciais para os novos tempos**. São Paulo: Literare Books International, 2020.

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Notícias**. Brasília, DF: OAB, [2024]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/>. Acesso em: 15 jun. 2024. Falta título

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Humanização da justiça ou judicialização do humano?. **Psicologia Clínica**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 149-171, 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-56652016000200009. Acesso em: 15 jun. 2024.

ROCHA, Leonel Severo; KREPSKY, Giselle Marie. **O direito, a ciência e a educação: relações intersistêmicas**. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 129-153, 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2018.25609>

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

ROSENBERG, Marshall B. **Vivendo a comunicação não violenta**. São Paulo: Sextante, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SILVA, Lucas Gonçalves da; VITALE, Carla Maria Franco Lameira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. A solução consensual de conflitos e a atual visão do operador do direito: novos desafios do ensino jurídico com reflexos para uma sociedade mais justa. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 203-227, jan. 2016. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v15n1.7017>

SINEK, Simon. **Comece pelo porquê**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

SUSSKIND, Richard E. **Tomorrow's lawyers**: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2017.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. v. 1, p. 125-146.

TOMAZ, Patrícia Rodrigues. A análise do discurso jurídico na mediação envolvendo sujeitos em conflitos. **Ininga**, Teresina, v. 2, n. 1, p. 99-111, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/ininga/article/download/6134/3647>. Acesso em: 15 jun. 2024.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. In: EPSTEIN, Robert; ROBERTS, Gary; BEBER, Grace. (ed.). **Parsing the Turing test**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 23-65.

WEF – WORLD ECONOMIC FORUM. **The future of jobs report 2023**: insight report. Geneva: WEF, 2023. Disponível em: <https://www.weforum.org/publications/the-future-of-jobs-report-2023/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

ZIMIANI, Doroteu Trentini; HOEPPNER, Marcio Grama. Interdisciplinaridade no ensino do direito. **Akrópolis**, Umuarama, v. 16, n. 2, p. 103-107, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/2302>. Acesso em: 12 jun. 2024.

Como citar: DE BRITO, Marcella Mourão; DAMASCENO, Mara Livia Soares; BANHOS CORDEIRO, João Renato. A mediação de conflitos como aporte para o profissional do direito no século XXI: o relatório o futuro dos empregos e as habilidades socioemocionais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 2, p. 163-177, jul. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n2p163-177. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 27/05/2024.

Aprovado em: 24/06/2024.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS
SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS, do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:
 - a. aceitação integral;
 - b. aceitação com alterações;
 - c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês e espanhol. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente até 25 laudas): deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.

2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

• **O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por volume.**

Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e conseqüentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.

2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores, em razão do grau de exogenia.

2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.

2.1.5. A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1 – Relações negociais no Direito Privado; 2 – Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3 – Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional e ORCID;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Times New Roman, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem

ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico, devem ser grafadas com a primeira letra em maiúsculo e separadas por ponto e vírgula;

- *Abstract* e *Keywords*, em inglês, compatível com o texto em português. O *Abstract* deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de *Keywords*, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/* Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos *et al.* (1977) encontram...

[...] posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

[...] sem que essa prestação de serviços [...]” (HONRUBIA *et al.*, 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 *apud* ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a, 2003b). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão *et al.* Exemplo: Barcellos *et al.* (1997) (BARCELLOS *et al.*, 1997)

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências

(NBR 6023 – *Informação e Documentação – Referências – Elaboração/* ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os Autores que publicam nesta revista concordam a nossa Declaração de Direitos Autorais.

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Artigos com pesquisas que contenham dados específicos de pessoas e/ou resultados de experiências com seres humanos deverão vir acompanhados com parecer autorizativo, emitido por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) são colegiados interdisciplinares e independentes, com “múnos público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP).

7. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

8. Sugerimos a leitura da obra “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos:** como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

9. Para orientação na elaboração e formatação do artigo, disponibilizamos este template.

Declaração de Direito Autoral

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

- a) Os(as) autores(as) mantêm os direitos autorais e concedem à revista o direito de primeira publicação, sendo o trabalho simultaneamente licenciado sob a Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional, permitido o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.
- b) Os(as) autores(as) têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.
- c) Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho em linha (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) após o processo editorial, já que isso pode gerar

alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (Veja O Efeito do Acesso Livre).

d) Os(as) autores(as) dos trabalhos aprovados autorizam a revista a, após a publicação, ceder seu conteúdo para reprodução em indexadores de conteúdo, bibliotecas virtuais e similares.

e) Os(as) autores(as) assumem que os textos submetidos à publicação são de sua criação original, responsabilizando-se inteiramente por seu conteúdo em caso de eventual impugnação por parte de terceiros.

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Scientia Iuris. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Em relação a dados eventualmente submetidos ao cadastro de usuários em qualquer condição (autores, leitores, pareceristas, editores), garante a sua privacidade e seu uso exclusivamente acadêmico, em conformidade com o Art. 4º, inciso II, alínea “b”, da Lei Geral de Proteção de Dados.

Nos artigos, entrevistas ou resenhas publicados, serão incluídos os dados pessoais dos autores, a saber: nome completo, filiação e última formação acadêmica, endereço de e-mail e ORCID.