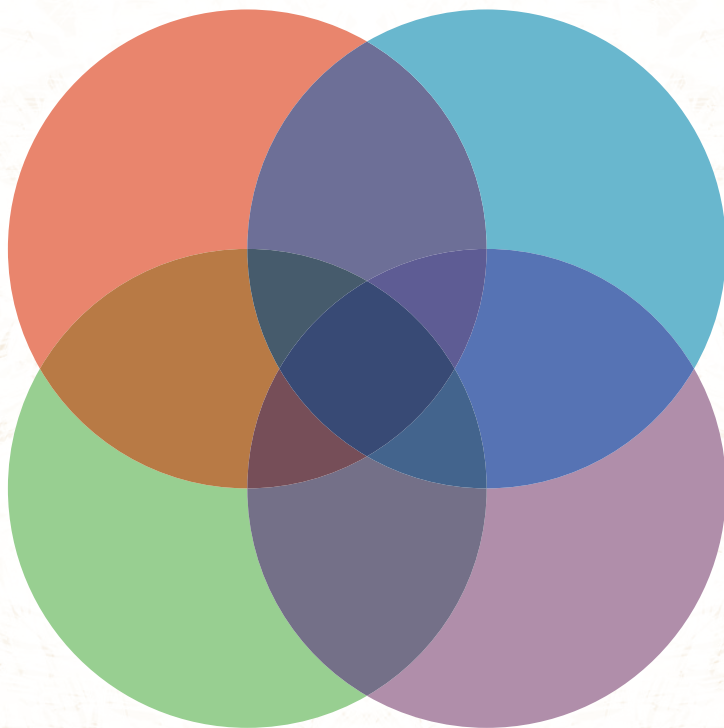


Flávio Romero Guimarães
Milena Barbosa de Melo
(Organizadores)



DIREITO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL





Universidade Estadual da Paraíba

Prof.^a. Célia Regina Diniz | *Reitora*

Prof.^a. Ivonildes da Silva Fonseca | *Vice-Reitora*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Alberto Soares de Melo | *Diretor*

Conselho Editorial

Alessandra Ximenes da Silva (*UEPB*)

Antonio Roberto Faustino da Costa (*UEPB*)

Cidoval Moraes de Sousa (*UEPB*)

José Etham de Lucena Barbosa (*UEPB*)

José Luciano Albino Barbosa (*UEPB*)

Melânia Nóbrega Pereira de Farias (*UEPB*)

Patrícia Cristina de Aragão (*UEPB*)



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Complexo Adm. Redentorista - Av. Dr. Francisco Pinto, nº 317, Bairro Universitário.
CEP: 58429-350. Campina Grande – PB.

Flávio Romero Guimarães
Milena Barbosa de Melo
(Organizadores)

DIREITO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL



Campina Grande-PB
2025



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Alberto Soares de Melo | *Diretor*

Expediente EDUEPB

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima A. Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Assessoria Técnica

Thaise Cabral Arruda

Assessorias

Antonio de Brito Freire

Carlos Alberto de Araujo Nacre

Danielle Correia Gomes

Elizete Amaral de Medeiros

Efigênio Moura

Depósito legal na Câmara Brasileira do Livro - CDL

D598 **Direito numa perspectiva multidimenisonal [recurso eletrônico]
/ organização e prefácio de Flávio Romero Guimarães e
Milena Barbosa de Melo. – Campina Grande : EDUEPB,
2025.**

195 p. : il. color. ; 15 x 21 cm.

ISBN: 978-65-268-0082-9 (Impresso)

ISBN: 978-65-268-0085-0 (3.644 KB - PDF)

1. Direito Contemporâneo. 2. Direito Digital. 3. Poder
Judiciário da Paraíba. I. Guimarães, Flávio Romero. II. Melo,
Milena Barbosa de. III. Título.

21. ed. CDD 347

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Mirelle de Almeida Silva – CRB-15/483

Copyright © EDUEPB

*A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial,
constitui violação da Lei nº 9.610/98.*

*“O livro traz a vantagem de a gente poder
estar só e ao mesmo tempo acompanhando.”*

Mario Quintana.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
-----------------------	----------

Flávio Romero Guimarães

Milena Barbosa de Melo.

O ACESSO SUPERLATIVO DA JUSTIÇA E O USO ESTRATÉGICO DA JURISDIÇÃO AUTOCOMPOSITIVA COMO FERRAMENTAL PARA ARREFECER A POSTURA NÃO COLABORATIVA DOS REPEAT PLAYERS	11
--	-----------

Ascione Alencar Linhares

O E-COMMERCE E O DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ABORDAGEM SOBRE A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL	35
--	-----------

Eliene Silvana de Souza Guedes

Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa

LINEAMENTOS SOBRE A CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO	67
--	-----------

Fábio José de Oliveira Araújo

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	85
---	-----------

Flávia Grazielle Rebouças Teixeira de Carvalho

Ana Cristina Barbosa Guedes de Carvalho Rocha

OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL	105
---	------------

Lilian Frassinetti Correia Cananéa

MUDANÇAS DE PARADIGMA NA CRIMINOLOGIA:

ALTERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS DA ETIOLOGIA AO DANO

SOCIAL..... **123**

Nilson Dias de Assis Neto

OS ATOS DECISÓRIOS DO CADE E O CONTROLE JUDICIÁRIO 147

Silmary Alves de Queiroga Vita

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA ANTE

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO?..... **171**

Ana Luiza Figueirêdo Quirino Teixeira

Herverton de Souza Moreira

PREFÁCIO

É com grande entusiasmo e satisfação que apresentamos a obra **DIREITO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL**, uma coletânea que transcende a mera compilação de textos para se firmar como um vibrante mosaico do pensamento jurídico contemporâneo. O título, por si só, é um convite: a despir o Direito da capa de disciplina monolítica e a encará-lo em sua rica complexidade e incessante evolução.

Esta publicação é especial, pois nasce do lócus da Justiça: o Poder Judiciário do Estado da Paraíba. Organizada e escrita por talentosos juristas – notadamente magistrados e servidores que vivenciam a realidade forense em suas nuances diárias – ela materializa um dos mais nobres propósitos de uma instituição judiciária: o de ser, simultaneamente, aplicadora do Direito e produtora de conhecimento. A rotina do Judiciário é, por natureza, um campo fértil para a pesquisa. A cada processo, um novo desafio; uma tese a ser enfrentada; uma lacuna social a demandar a intervenção da norma e da hermenêutica. Quando essa experiência prática é elevada ao rigor do método científico e da reflexão acadêmica, o resultado é um ciclo virtuoso: **a produção intelectual e científica no âmbito do Judiciário não é um luxo, mas uma imperiosa necessidade para a melhoria da prestação jurisdicional.**

Ao abordarem temas atuais e relevantes, os autores e autoras desta coletânea – com suas diferentes especializações e vivências – oferecem não apenas análises aprofundadas, mas também valiosas sugestões para o aprimoramento da atividade judicante. A reflexão embasada impacta positivamente a qualidade do serviço prestado à sociedade, tornando as decisões mais sólidas, justas e alinhadas com as expectativas de um mundo em constante transformação.

Neste contexto de valorização do saber, é fundamental ressaltar que a publicação de **DIREITO NUMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL** se insere de maneira estratégica e determinante na **Política de Fomento à Produção Intelectual** desenvolvida pela **Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA)**. Ao promover e apoiar iniciativas como esta, a ESMA reforça o compromisso do Tribunal de Justiça da Paraíba com a educação continuada e com o desenvolvimento da cultura de pesquisa entre seus membros. Acreditamos que o incentivo à escrita e à análise crítica representa um investimento direto na excelência e na eficácia da Justiça.

Convidamos o leitor a mergulhar nas páginas que se seguem, aceitando o desafio de enxergar o Direito para além do texto frio da lei, contemplando-o em suas múltiplas dimensões – social, tecnológica, econômica, política e humana. Que este livro sirva como um farol para futuras investigações e como um motor para a transformação positiva do nosso sistema de Justiça.

Boa leitura e bons estudos!

Flávio Romero Guimarães

Milena Barbosa de Melo.

O ACESSO SUPERLATIVO DA JUSTIÇA E O USO ESTRATÉGICO DA JURISDIÇÃO AUTOCOMPOSITIVA COMO FERRAMENTAL PARA ARREFECER A POSTURA NÃO COLABORATIVA DOS REPEAT PLAYERS

Ascione Alencar Linhares¹

INTRODUÇÃO

A problemática judiciária brasileira decorrente da latente e persistente morosidade na prestação da tutela jurisdicional é realidade empírica partilhada mundialmente, em maior ou menor escala. O Poder Judiciário nacional, a despeito das diversas estratégias adotadas para, ao menos, mitigar o excesso de estoque processual, não vem conseguindo reduzir a litigiosidade judicial, de modo que é premente buscar novas soluções que não se limitem a diminuir o número do passivo processual já instalado, mas que, ao reverso, promova uma mudança paradigmática na cultura arraigada em nossa sociedade de que o modelo tradicional adversarial constitui a única forma para a resolução dos conflitos.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, Especialista em “Jurisdição Inovadora – para além de 2030”, ex-aluna especial do mestrado em Direito e Poder Judiciário, na disciplina “Métodos Autocompositivos em Juízo - MAJ” e aluna especial do predito mestrado na disciplina “Processo, Sistema de Justiça, Gestão Processual e Efetividade - PSG”, todos ministrados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Preceptora da Escola Superior da Magistratura - ESMA/PB e Juíza de Direito do TJPB. ascione@tjpb.jus.br, <http://lattes.cnpq.br/9631663182771853>

Há muito se observa a dicotômica disfuncionalidade existente entre a busca e a correlata entrega da tutela judicial e que esse exacerbado descompasso não somente retarda a resposta estatal, postergando o acesso a direitos, mas, de modo ainda mais gravoso, vem ocasionando uma série de fenômenos jurídicos adversos que desvirtuam a essência da própria justiça, enquanto o modelo oficial de gestão das controvérsias, hegemônico até então, cria diversos incentivos para o mau uso do sistema judicial, em uma verdadeira burla ao ordenamento jurídico.

Nessa quadra, a massa de dados estatísticos coletados, desde o ano de 2004², pelo Conselho Nacional de Justiça reforça que, a cada novo ano judicial, o Poder Judiciário brasileiro vem perenizando uma “crise”³ de justiça que se agrava exponencialmente e que, por isso, não dá sinais de trégua ou contração do superlativo estoque de processos que aguardam uma solução, atestando o que o Professor Gico Jr ousou denominar de “A Tragédia do Judiciário”⁴.

E, somando-se aos números exponenciais de litígios judicializados, a agravante constatação de que essa sobreutilização do Poder Judiciário não se dá de forma inclusiva e igualitária entre todos os *stakeholders*. Ao reverso, o quadro estampado revela o excesso de acesso à justiça por parte de alguns litigantes específicos, o que, transversalmente, está mitigando – e até impedido

2 Data da criação do Relatório Justiça em Números pelo CNJ, principal fonte que divulga a realidade global do Poder Judiciário, a fim de subsidiar a gestão judiciária brasileira.

3 Para Bacellar (2016, p. 30), há uma impropriedade no uso da palavra “crise” para definir a situação crítica vivenciada pelo sistema de justiça brasileiro e isso se deve porque dita palavra corresponde a algo passageiro enquanto que a ineficiência do Judiciário perdura desde a década de 1980, ou seja, há várias décadas. BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem. 2 ed. São Paulo: Saraiva, p. 30, 2016.

4 Em expressa correlação à teoria contida no que, metaforicamente, foi denominado pelo biólogo Garrett Hardin, no ano de 1968, como sendo a “Tragédia dos Comuns” que, em poucas palavras, significa que o uso coletivo de recursos comuns pode levar à destruição destes recursos. GICO JR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p.174, 2014.

– a participação de tantos outros usuários, especialmente daqueles menos favorecidos econômica e socialmente, de modo a ocasionar o indesejado fenômeno da *seleção adversa de partes*.

Nesse inóspito cenário, a experiência e, sobretudo, os dados – e estes não há como refutar – especialmente quando extraídos pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estão evidenciando que o modelo tradicional de justiça brasileiro precisa, sob pena de colapso, ser redimensionado, sob uma nova perspectiva mais sustentável, justa e plural, de modo a promover uma sólida e inovadora mudança no próprio conceito de jurisdição. Esta, diga-se, não somente compreendida como o poder de dizer o direito, de forma impositiva, exclusivista e adversarial, mas, antes e acima de tudo, uma atividade multifacetada, calcada em novas formas de solução dos conflitos, com ênfase na *autocomposição*.

De fato, parafraseando Ferraz⁵, ao se voltar tão somente para os sintomas da *macrojudicialização*, mediante soluções cartesianas que atuam apenas na exterioridade desse fenômeno, a exemplo da reiterada tentativa matemática de *controlar e reduzir o estoque*, como produto do aumento cada vez mais elevado da prestação judicial, das metas de produtividade e do uso da tecnologia, relegando as *causas subjacentes da litigiosidade sistêmica*, mais profundas e ativas do comportamento humano, não só não se resolve, ressalte-se, o problema do excesso de beligerância, mas o *incrementa*, contribuindo para o colossal aumento de litígios judicializados, em um claro movimento recursivo do que se convencionou chamar de “[...] *paradoxo da eficiência ou efeito bumerangue*” (*rebound effect*)⁶.

5 FERRAZ, Taís Schilling. O excesso de acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 45-58, jul./ago. 2021.

6 Artigo: O Paradoxo de Jevons e a questão da eficiência, artigo de José Eustáquio Diniz Alves Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/02/29/o-paradoxo-de-jevons-e-a-questao-da-eficiencia-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

Segundo o economista inglês William Stanley Jevons⁷, como ponto de reflexão a ser melhor absorvido e compreendido, constata-se que o avanço da eficiência na utilização de determinado serviço ou produto não leva, como poder-se-ia, inicialmente, pensar, a uma redução, mas, sim, a um aumento do consumo total desse recurso, o qual é limitado, pela respectiva demanda que não sofre solução de continuidade. Nesse sentido, apresenta-se a seguinte problemática que direcionará o presente estudo: A jurisdição autocompositiva contribui para o arrefecimento da função não colaborativa dos *repeat players*?

E para ser possível responder ao presente questionamento, destaca-se como objetivo geral analisar se a jurisdição autocompositiva desestimula a postura não colaborativa dos *repeat players*. Dessa forma, ainda, para atingir o objetivo geral, segue-se como objetivos específicos o cumprimento das seguintes etapas: a) refletir sobre a crise perene do sistema tradicional da justiça brasileira; b) compreender a estrutura de incentivos desencadeadores da *superutilização* e a decorrente disfuncionalidade do serviço judicial; c) analisar se o uso estratégico da jurisdição autocompositiva constitui ferramenta apta a arrefecer a postura não colaborativa dos grandes litigantes.

A metodologia caracteriza-se pela utilização do método dedutivo, elege metodologia qualitativa e pesquisa exploratória, tendo em vista que se faz o exame dos dados coletados por organismos internacionais, bem como por órgãos regionais competentes.

Diante do que se apresenta, estatuída essa premissa do uso excessivo e nocivo da justiça pelos grandes litigantes, de modo

7 O paradoxo da eficiência ou o paradoxo de Jevons foi descrito pelo economista britânico William Stanley Jevons, em seu livro *The Coal Question* (A Questão do Carvão – em tradução livre), publicado no ano de 1865. Dito, que, em suma, explica que o aumento na eficiência de utilização de um determinado recurso leva, não a uma redução, mas ao aumento no consumo total desse recurso. Disponível em: <https://gestaoindustrial.com/o-paradoxo-de-jevons/> Acesso em: 18 nov. 2023.

a desencadear diversos fenômenos jurídicos indesejados – e até oportunistas – que comprometem, em essência, a própria missão constitucional do Poder Judiciário de solucionar os conflitos no tempo e modo devidos, a discussão fundamental do artigo em liça consiste, portanto, em analisar como e quando o uso estratégico da jurisdição autocompositiva possibilitará que se estabeleça um *filtro de litigiosidade* (*gatekeeping*)⁸, por meio da solução pacífica dos conflitos, reduzindo não somente o hiato temporal da resposta estatal, mas, sobretudo, *restabelecendo o acesso qualificado da justiça aos usuários legitimados*.

Nesse diapasão, inicialmente, será abordada a perene “crise” arrostanda pelo sistema tradicional de justiça brasileiro, especialmente adornada pela exploração superlativa dos *repeat players*, como se denota da massa de dados extraída dos relatórios periódicos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Na sequência, este artigo incursiona, mediante revisão bibliográfica, na análise da estrutura de incentivos desencadeadores dessa hiper utilização e a decorrente disfuncionalidade do serviço judicial, especialmente centrada no paradoxo uso da justiça como mecanismo de burla ao próprio direito.

E, em arremate, demonstrar-se-á que o uso estratégico da jurisdição autocompositiva constitui ferramental apto a arrefecer a postura não colaborativa dos litigantes habituais e, por conseguinte, a explosiva litigiosidade judicial, restabelecendo, paradigmaticamente, o uso qualificado da justiça, como conclamo da sociedade.

8 De acordo com Gico Jr., “Do ponto de vista físico de controle de acesso, o Judiciário está mais para um bem de clube do que para um recurso comum, pois é muito simples identificar seus usuários e instalar um mecanismo seletor entre usuários permitidos e não permitidos, um porteiro (*gatekeeper*).” GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p. 176, 20 fev. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46462>. Acesso em: 11 nov. 2023.

A CRISE DA JUSTIÇA BRASILEIRA: EXCESSO DE DEMANDA OU ESCASSEZ DE RESPOSTA?

Como antecipado, o Poder Judiciário nacional pereniza, historicamente, uma “crise” que se arrosta no tempo e, como ressabido, a despeito da adoção de diversas políticas institucionais destinadas ao aperfeiçoamento da Justiça, os indicadores estatísticos apresentados, anualmente, pelo Conselho Nacional de Justiça (re)noticiam que o estoque total de processos ativos aguardando uma solução futura continua aumentando exponencialmente⁹, o que pode acarretar, na lição de Gico Jr¹⁰, na destruição do próprio direito vindicado pelos jurisdicionados, haja vista que, quanto mais dilatado o tempo da resposta estatal, menor será, em escala proporcional, o valor a ele etiquetado pelo seu detentor, já martirizado com sua violação.

E o cenário da atual conjuntura da justiça brasileira se torna, ainda mais preocupante ou, poder-se-ia dizer, intrigante, quando se percebe que essa mesma massa de dados informa que, paradoxalmente, os índices de *produção estatal* se superam anualmente, certamente, inspirados pelo uso maciço da tecnologia¹¹ e pelas medidas inovadoras de governança e gestão judiciais. Esse ponto, em visão reflexiva, deveria chamar atenção, de imediato. Todavia, a despeito das elucubrações mais linearizadas, o fato é que a força

9 Durante o ano de 2022, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 31,5 milhões de processos e foram baixados 30,3 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10%, com aumento dos casos solucionados em 10,8%. CNJ. Justiça em Números 2023. Brasília, DF: CNJ, 2023. p. 93.

10 Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menor o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado. GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p. 163, 20 fev. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46462>. Acesso em: 11 nov. 2023.

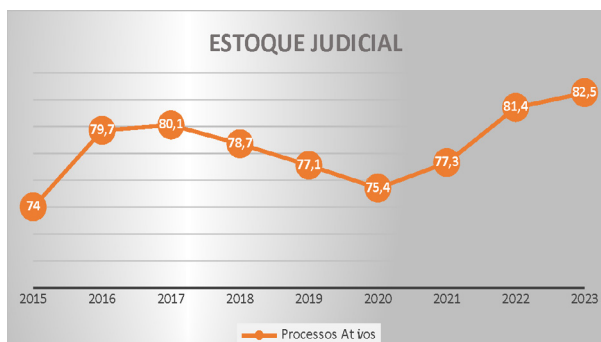
11 Com destaque para as variadas ramificações da Justiça Digital: Processo Judicial eletrônico – Pje, Balcão Virtual, Juízo 100% Digital, Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ) e Justiça 4.0.

imprimida à atividade jurisdicional não vem conseguindo dar vazão, em idêntica envergadura, ao número de casos novos judicializados e, com isso, interromper o recrudescimento do acervo global.

Desse modo, a primeira conclusão decorrente desse nefasto quadro é a de que a abordagem, meramente mecanicista, até então empregada pelo sistema judicial para o tratamento da litigiosidade, não está sendo, suficientemente, apta a estancar essa dura realidade. E pior! O prognóstico é ainda mais grave, porque, em percepção humana lastreada em dados objetivados, a justiça brasileira está cada vez mais lenta, ineficiente e desigual.

À guisa de melhor compreensão sobre o severo e persistente congestionamento do Judiciário, o infográfico abaixo demonstra que a morosidade da prestação jurisdicional é uma realidade empírica que se canaliza no tempo, de modo que a causa dessa lentidão está, diretamente, relacionada à presença de algumas premissas muito bem definidas, na atualidade, quais sejam, a *elevada litigiosidade dos conflitos* atrelada a um *sistema de justiça tradicionalmente adversarial e exclusivista*, veja:

Figura 1 - Estoque Judicial



Fonte: Elaborada pela autora com base nos Relatórios “Justiça em Números”, anos-base 2015 a 2022, e no painel de estatísticas, ano 2023, ambos do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> e <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 04 nov. 2023.

Conforme a base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud)¹², fonte primária de coleta de dados para a confecção dos principais indicadores de desempenho da atividade judicial, o diagnóstico nacional acima retratado materializa – em termos numéricos – uma série histórica de reiterado e intenso tráfego no serviço ofertado por todos os tribunais do país, evidenciando, assim, sérios problemas estruturais e conjunturais que comprometem, em essência, a performance da própria prestação jurisdicional, intencionada como célere, justa e efetiva.

Em dados matemáticos, a última década quantifica uma verdadeira avalanche de processos que ultrapassam a gigantesca métrica dos *80 milhões de casos* acumulados para serem solucionados pelo Poder Judiciário¹³ e que, estatisticamente, excluído o inexpressivo declínio processual dos anos de 2018-2020¹⁴, em muito explicado em razão do período pandêmico da Covid-19, esse estoque global não dá o menor sinal de arrefecimento para os anos

12 O DataJud, instituído pela Resolução n. 331/2020, é responsável pelo armazenamento centralizado dos dados e metadados processuais relativos a todos os processos físicos ou eletrônicos de todo o Poder Judiciário brasileiro, contando, atualmente, com metadados de 347 milhões de processos de todos os segmentos de Justiça. CNJ. Justiça em Números 2023. Brasília, DF: CNJ, 2023. p. 18.

13 O Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 17,7 milhões, ou seja, 21,7%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2022, existiam 63 milhões de ações judiciais. CNJ. Justiça em Números 2023. Brasília, DF: CNJ, 2023. p. 92.

14 O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. Em 2020, foi constatada na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017. CNJ. Justiça em Números 2021. Brasília, DF: CNJ, 2021. p. 102-103.

vindouros¹⁵. E isso, à primeira vista, já descortina uma vocação beligerante da nossa sociedade que, nas palavras de Ferraz¹⁶, parece só encontrar eco (ou fonte de alimentação, acrescento) apenas no *modelo brasileiro de judicialização*.

Nesse prumo, os dados – e estes possuem singular valor, como explica o matemático londrino Clive Humby¹⁷, dada a sua implicação direta para o sucesso de toda e qualquer atividade – alardeiam que, mesmo havendo, hodiernamente, um sólido incremento da resposta estatal frente aos conflitos judicializados – inclusive, mediante a introdução de metodologias gerenciais e de ferramentais tecnológicos¹⁸, as demandas trazidas, ao dia a dia forense, acumulam-se e, por isso, são exponencialmente superiores aos casos solucionados, a revelar um problema de cunho espiral.

Assim, percebe-se que as novas demandas se aglomeram em fila com aquelas anteriormente propostas perante o Poder

15 O painel de estatísticas do CNJ, atualizado em 31.07.2023, já reverbera um novo recorde de 82,5 milhões de ações judiciais, ou seja, mais de um milhão em comparação ao ano pretérito de 2022. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 09 nov. 2023.

16 A litigiosidade a que aqui se faz referência revela-se, dentre outros elementos, no grande volume de casos novos que, a cada ano, aportam no Poder Judiciário, bem como no intenso confronto que se estabelece no curso do processo, evidenciado especialmente nas taxas de recorribilidade e na linguagem violenta empregada nas manifestações das partes, do juiz e de eventuais intervenientes. Tais fatores combinados exteriorizam um grau de beligerância e de intolerância que parece só encontrar precedentes no próprio modelo brasileiro de judicialização. FERRAZ, Taís Schilling. O excesso de acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 45-58, jul./ago. 2021.

17 A expressão “*data is the new oil*” é creditada ao matemático Clive Humby, mas ganhou popularidade a partir de um *report* da revista The Economist, de 6 de maio de 2017, intitulado “O recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas sim dados”.

18 Nos 14 anos cobertos pela série histórica, foram protocolados, no Poder Judiciário, 215 milhões de casos novos em formato eletrônico. É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 1,7 ponto percentual. O percentual de adesão já atinge 99%. CNJ. Justiça em Números 2021. Brasília, DF: CNJ, 2023, p. 177.

Judiciário¹⁹. O sistema é retroalimentado. Como consequência, um indesejado quadro de ineficiência e descrédito se abate sobre o serviço judicial e fere a imagem da instituição, primeiramente. Mas, os reflexos dessa inábil atuação não se limitam às fronteiras do referido poder. Vão muito além de suas cercanias. Se projetam na sociedade, no mercado e, portanto, no desenvolvimento econômico e social do país, em último termo.

Pois bem, o que se verifica desse vultoso volume processual e que, por isso, toma maior proporção quando se vê que se tem em vista solucionar o congestionamento judicial com desgarrados ataques de produtividade, é que, mesmo se não houvesse, teoricamente, o ingresso de novas demandas e, de igual modo, fosse mantida em alta escala a produção judicial, ainda assim, ressalte-se, seria necessário um considerável lapso de tempo para equilibrar o fluxo de entrada e saída, conforme o modelo de produção *input*-transformação-*output*, zerando o estoque²⁰, com o fim de viabilizar a estabilização sustentável da judicialização de novos conflitos.

De uma maneira simplificada, socorrendo-se da interdisciplinaridade, a fim de permitir uma visão mais ampla a respeito dessa temática, segundo a engenharia de produção²¹, o funcionamento de um processo produtivo voltado ao objetivo de entregar

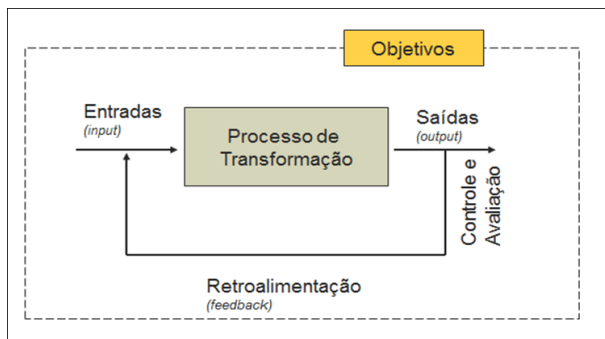
19 O que se verifica, portanto, é que desde 2020 o judiciário tem enfrentado nova série de aumento dos casos pendentes, com crescimento de R\$ 1,8 milhão entre 2021 e 2022 (2,2%). Pela primeira vez na série histórica, o volume de processos em tramitação superou 80 milhões. CNJ. Justiça em Números 2021. Brasília, DF: CNJ, 2023, p. 92.

20 Tal volume de acervo processual significa que, mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos(as) magistrados(as) e dos(as) servidores(as), seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque. CNJ. Justiça em Números 2021. Brasília, DF: CNJ, 2021, p. 95.

21 De acordo com a Associação Brasileira de Engenharia de Produção, compete à engenharia de produção o projeto, a implantação, a operação, a melhoria e a manutenção de sistemas produtivos integrados de bens e serviços, envolvendo homens, materiais, tecnologia, informação e energia.

um bem ou serviço com valor para um grupo específico de pessoas pode ser representado graficamente pela figura seguinte:

Figura 2 - Sistema de Produção



Fonte: Disponível em: https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Modelo-de-componentes-e-atividades-de-um-sistema-Fonte-Elaborado-pelo-autor_fig2_262047396. Acesso em: 10 nov. 2023.

Em suma, a curva de tendência crescente do estoque judicial nacional revela, longe da teoria, que todas as políticas judiciais, até então implantadas – e tidas como “eficientistas” – para sanar a lentidão judiciária que, de há muito, se instalou no país, a despeito de relevantes, não têm se mostrado suficientes para tal desiderato, exigindo, portanto, um olhar mais aprofundado sobre as verdadeiras causas desse fluxo endêmico de processos perante o Judiciário como forma de, paradigmaticamente, promover um novo modelo de justiça centrado numa reengenharia de comportamentos voltados ao tratamento adequado dos conflitos – e não apenas dos processos –, com ênfase nos métodos autocompositivos. Para isso, mais do que nunca, é preciso redimensionar o conceito e o uso qualificado da jurisdição, sob pena de colapso do sistema judicial.

PADRÃO DE LITIGÂNCIA: A ESTRUTURA DE INCENTIVOS PARA O USO SUPERLATIVO DA JURISDIÇÃO PELOS REPEAT PLAYERS

Ao longo das medições estatísticas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tomou destaque uma idiossincrasia dentre aquelas que ensinaram – e ainda ensinam – a ordinarização do serviço público judiciário em um recursivo ciclo espiralar de sobreutilização desse recurso, reforçando a máxima atribuída a Robert Kaplan e David Norton de que “[...] *o que não é medido, não é gerenciado*”²².

O mais recente relatório Justiça em Números 2023, ano-base 2022²³, descortina, assim, que o uso da máquina estatal para a resolução das contendas que, diuturnamente, surgem no meio social, não se dá de forma equânime entre todos os atores do sistema de justiça. Muito ao reverso! Especialmente, porque há um grupo particular de litigantes que monopolizam essa atividade-fim, em um manifesto e maléfico desvio de finalidade que, diante da sucessão crescente ou indefinida de uso, impede o acesso simétrico dos demais usuários e ocasiona o indesejado fenômeno da *seletividade adversa de partes*, como conceito cunhado por Gico Jr²⁴ que, ao

22 “O que não é medido, não é gerenciado” é uma frase atribuída a Robert Kaplan e David Norton, criadores da conhecida metodologia de gestão estratégica chamada de *Balanced Scorecard*. A ideia é que a gerência de qualquer instituição ou projeto depende de parâmetros e métricas bem estabelecidas”. GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 14, n. 1, p. 2, 2019.

23 Trata de um dos principais documentos de publicidade e transparência do Poder Judiciário brasileiro que reúne, dentre outros elementos de gestão, os dados gerais sobre a atuação judicial.

24 A Lei de Gresham é um princípio econômico segundo o qual a sobrevalorização artificial de uma moeda e a desvalorização artificial de outra, pelo governo, faz com que a moeda supervalorizada invada o mercado, enquanto a moeda subavaliada tenha sua circulação rasticamente reduzida, sendo entesourada. Normalmente, usa-se a expressão “dinheiro ruim

reinterpretar para o mundo jurídico a Lei de Gresham, exortou a seguinte constatação empírica: “[...] litigante ruim exclui litigante bom”.

Nesse contexto, por meio de uma iniciativa inédita, como medida evolutiva do gerenciamento da jurisdição, o Conselho Nacional de Justiça passou a mapear e a identificar os usuários mais intensos do sistema judicial, ou seja, os litigantes que mais demandam ou eram demandados na justiça. O mote é munido desse elemento estatístico de alto valor (dados), possibilitando o estudo das causas dessas demandas repetitivas e, conseqüentemente, a tomada de decisões reativas mais qualificadas para o tratamento adequado e molecularizado dessa explosiva litigiosidade de massa.

Para tanto, foi introduzido, no relatório Justiça em Números 2022, ano-base 2021, um minudente painel intitulado “Grandes Litigantes”²⁵, no qual se destaca que os 20 (vinte) maiores usuários da máquina judiciária são, paradoxalmente, o próprio Estado, por meio de seus ramificados órgãos, e as instituições bancárias, públicas e privadas, que, adotando uma postura não colaborativa para a eficiência da justiça, geram uma enxurrada de processos individuais similares que obrigam os magistrados brasileiros a prestar, reiterada e fragmentadamente, o serviço jurisdicional a todos, por meio das mesmas respostas em demandas idênticas, o que contribui, decisivamente, para o estrangulamento da atividade estatal, quantitativa e qualitativamente. Instituída, assim, a *macrolide*²⁶, na

expulsa dinheiro bom”; para nosso propósito, litigante ruim expulsa litigante bom. GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p. 163, 20 fev. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46462>. Acesso em: 11 nov. 2023.

25 Painel dos Grandes Litigantes. CNJ. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>

26 Segundo o Ministro Sidnei Agostinho Beneti, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[...] as macrolides, que se caracterizam como demandas sazonais e em grande volume, oriundas de um mesmo fato jurídico e que demandam solução única, contribuem em grande parte

definição de Beneti²⁷ e, com ela, as relações de massa que caracterizam a atual sociedade.

Dito ferramental, além de constituir um marco metodológico para a mensuração desse fenômeno embasado em dados (Justiça **Data Driven**), paralelamente, assume posição fulcral para a análise dos motivos ensejadores desse desvirtuado uso da máquina judiciária e, conseqüentemente, para a construção estruturada de políticas judiciárias que, além da regulação do uso qualificado da justiça, em um novo e mais consentâneo conceito ou modelo de jurisdição – especialmente centrado na autocomposição –, ainda como maior razão, viabilizem o acesso efetivo e igualitário aos direitos propriamente ditos, pois, em verdade, o acesso à justiça vai muito além da obtenção de uma solução adjudicada, mas importa, em sentido lato, acesso ao próprio direito material que, na expressão redimensionada por Kazuo Watanabe²⁸, corresponde a um genuíno acesso a uma *ordem jurídica justa*, na qual o cidadão possa escolher, dentre um portfólio de métodos de resolução dos litígios, aquele que melhor servir para resolver o seu caso.

Diante dessa constatação, necessário apontar as possíveis *causas* dessa beligerante litigância empreendida pelos *repeat players* ao nosso sistema de justiça, de modo que, compreendidas em sua inteireza, possam, de fato e de direito, servir como lupa para repensarmos toda a forma de entregar esse serviço ao jurisdicionado.

para o estrangulamento da atividade jurisdicional”. Disponível em: <https://www.jfal.jus.br/noticias/1386/>. Acesso em; 26 nov. 2023.

27 A expressão macrolide é utilizada por Sidnei Beneti para denominar os conflitos característicos da sociedade de massa. BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. Revista de processo, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 9-23, maio 2009.

28 WATANABE, Kazuo. Apostila: atualização do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa. In: Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

A *primeira premissa* diagnosticada – e já de domínio público – é a latente e persistente *morosidade* na entrega da resposta estatal. Há um relutante quadro de congestão advindo do número crescente de ações apresentadas nos balcões judiciais e, a despeito da alta responsividade do sistema, esse resultado permanece negativo, fortalecendo, com isso, a percepção de que as soluções, até então deflagradas, não atendem aos anseios de quem as aguardam, e que, desse modo, adjetivam nossa justiça como lenta, ineficaz e desigual.

Um *segundo fator* de contributo para essa postura não cooperativa, em uma relação cíclica de causa e efeito, é que esse quadro, quase letárgico, da resposta estatal frente ao avolumado número de processos estimula, concretamente, os maus litigantes a usarem o Poder Judiciário como oxigênio de suas próprias atividades (*interesses particulares*) e, dessa forma, quanto mais demorada a entrega da resposta, mais lucrativa será a existência (*litigiosidade*) e a permanência (*recorribilidade*)²⁹ das demandas.

Dessa forma, em uma visão *jus econômica*, como explica Gico Jr.³⁰, tudo se resume a um simples e racional cálculo matemático do litígio (*custo x benefício*), ainda que esse comportamento nocivo repercute na esfera de direitos dos demais usuários e, ao final e ao cabo, na própria sobrevivência do sistema judicial (*interesse coletivo*). Assim, ressoa natural se concluir que, para esses *stakeholders*, o litígio, no Brasil, mostra-se, extremamente, atrativo e economicamente vantajoso.

29 Segundo Gico Jr., a métrica da recorribilidade serve para mensurar a percepção dos jurisdicionados com relação aos acertos das decisões judiciais ou, pelo menos, à probabilidade subjetiva que estes atribuam à possibilidade dessas decisões serem revertidas (corretas ou não). GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 14, n. 1, p. 1-23, 2019.

30 Idem.

O *terceiro* móvel desencadeador dessa má postura, frente ao ideal de justiça, gravita em torno do notório *subinvestimento em capital jurídico*, pois assente, atualmente, que as decisões judiciais nacionais são *disformes*, ainda que para casos idênticos, a ensejar *imprevisibilidade* e depor contra a *segurança jurídica*. E isso, sem dúvida alguma, contribui, substancialmente, para essa conduta parasitária, porque medida, frente ao Estado-Juiz, pois os litigantes habituais não só ganham tempo e dinheiro, mas podem prevalecer no final.

Dito isso, à guisa dessas percepções, afora outras não visitadas, neste estudo, pelas suas limitações de espaço, resta imperioso que esses fatores, até então já revelados, sirvam de balizas iniciais para que as estratégias de enfrentamento dessa *crise de justiça*, em contexto mais amplificado e, por isso, sistêmico, possam ser discutidas e, doravante, empregadas para a substancial retração desse indesejado problema jurídico e social que, de fato, acomete a prestação jurisdicional.

UM NOVO MODELO DE JURISDIÇÃO: A AUTOCOMPOSIÇÃO

Para além da via tradicional do processo judicial, o sistema jurídico nacional importou, por meio da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³¹, replicada, mais adiante, pelo Código de Processo Civil de 2015, um inovador modelo de jurisdição que perpassa, primordialmente, pela *análise concreta do conflito*, no sentido de oportunizar, não apenas uma solução adjudicada (*trial*), mas, paradigmaticamente, uma multiplicidade de

31 A Resolução n.º 125/2010 institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, adotando as formas consensuais de solução de conflitos, por meio da mediação e conciliação, assegurando a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

meios de solver os litígios, especialmente quando centrados na *consensualidade*.

Em uma nova perspectiva para a solução adequada dos conflitos, a propalada Justiça Multiportas (*Multi-door Courthouse*)³² – idealizada por Frank Sander³³ – ressignifica o próprio conceito de *jurisdição* para, além de uma intervenção estatal ancorada na rivalidade e na preponderância de uma das partes sobre o bem da vida, priorizar uma atividade centrada na *dialogicidade* dos indivíduos, comunidades ou grupos envolvidos, numa genuína relação de (re) construção da paz social (*jurisdição autocompositiva*).

Nesse intuito, em uma clara disrupção com o modelo positivista tradicional, tipicamente adversarial, a solução jurisdicional, por meio de um título sentencial, deixa de ter a primazia nos conflitos e passa a ser a última ou *extrema ratio*, rememorando, como reforço argumentativo, conforme enfatiza Didier³⁴, que a justiça não estatal não é apenas uma “alternativa” à via judicial, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada para garantir o efetivo acesso ao direito vindicado, pondo fim ao litígio instaurado e prevenindo tantos outros decorrentes.

Nessa nova versão compatibilizada com as atuais e reais necessidades da sociedade pós-moderna, o Poder Judiciário deixa de ser apenas um *local* onde se obtém a tutela legal de um direito,

32 O modelo de justiça multiportas – *multi-door courthouse* – foi idealizado, ainda na década de 1970, por Frank Ernest Arnold Sander, professor da Harvard Law School que, já naquela época, diagnosticou sérios gargalos na administração da Justiça dos Estados Unidos da América.

33 ALMEIDA, Rafael A.; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana (orgs.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

34 DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. Justiça Multiportas, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequados de conflito. *In: Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: autocomposição em Direitos Coletivos*. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 36.

mas alarga-se e transmuda-se para ser compreendido, a partir de então, como um *serviço* que pode ser prestado de diversos modos³⁵ e a qualquer tempo, dentro de um *menu* de meios adequados de solução das controvérsias (conciliação, mediação, justiça restaurativa, negociação, arbitragem, entre tantos outros³⁶), a depender, única e exclusivamente, da vontade das partes e da natureza da lide. Passa-se, portanto, na lição de Didier³⁷, do acesso à justiça dos tribunais ao acesso aos direitos pela via adequada da autocomposição, sendo a via adjudicada, doravante, antecedida de uma série de *filtros* (*gatekeeping*), cujo emprego precisa ser entendido, estimulado e efetivado, notadamente pelas instâncias de cúpula do sistema jurisdicional.

Prova dessa desmaterialização da jurisdição, a qual está em processo constante de evolução, é a recente normatização da *Justiça Digital Multiportas*, instituída, via Resolução nº 358/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com a precípua finalidade de fomentar a adoção de soluções tecnológicas no trato de conflitos nitidamente conciliáveis (*Online Dispute Resolution – ODR*), especialmente daqueles decorrentes de serviços e/ou produtos cativos ou massificados prestados pelos grandes *players*, o que, sem sombra de dúvida, constitui um maior alargamento do filtro de litigiosidade, tão necessário, na atualidade, para tornar a justiça mais acessível às

35 Exemplo disso é Justiça Digital Multiportas, incentivada pela Resolução nº 358 do CNJ que instituiu a *ODR – Online Dispute Resolution*. No Brasil, desde o ano de 2015, o Poder Executivo Federal criou sua própria plataforma digital de solução de conflitos decorrente das relações de consumo (www.consumidor.gov.br).

36 Conforme explica Frank Sander e Lukasz Rozdeiczert, o meio que será usado pelas partes para a resolução de uma disputa específica poderá ser, inclusive, por elas próprias construído, seja por um novo método idealizado para aquele caso ou mesmo da junção de métodos primários já existentes (híbrido), de modo que prevaleça a ferramenta que melhor satisfaça os interesses de ambas as partes. SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation Centered Approach. Harvard Negotiation Law Review, Spring, 2006, p. 1-28.

37 Idem.

peças comuns e para alquebrar o ranço da mora que a permeia, no senso comum.

E é justamente neste quesito – *consolidação dos métodos consensuais de resolução dos conflitos* – que está o ponto de partida para o arquétipo de uma justiça qualificada pela celeridade, efetividade e adequação, na qual, mais do que novas práticas voltadas, estritamente, ao controle dos efeitos da *macrojudicialização*, são estabelecidos novos modos de se fazer justiça que, em essência, atuam, concomitantemente, em duas vertentes: *a)* frenagem, não somente da desmedida quantidade de conflitos judicializados (efeitos), mas, principalmente, porque aquela é conseqüência dessa, *b)* substituição de uma prevalente cultura de litigância (sistema ganha/perde) por uma cultura de pacificação social, de forma a estimular, concretamente, que as pessoas sejam, *efetivamente*, capacitadas a compreender³⁸ que, além da solução estatal impositiva, alicerçada no embate e no desgaste das relações humanas, há diversas outras possibilidades legais (ou portas) tão ou até mais efetivas de resolver os litígios inerentes à convivência em sociedade, uma vez que centradas na continuidade da convivência dos indivíduos envolvidos, enquanto razão da própria existência desse serviço (*mending justice*).

Comungando dessa prática consensual, sistemas judiciais de vários países romperam, de há muito, com a tradicional modelagem clássica estatal (*trial*), para, em um processo de vanguarda, implantar uma nova e funcional *jurisdição autocompositiva*, na qual a etapa conciliativa, mais que uma mera faculdade posta ao talante das partes e a elas não explicada, quanto mais, fomentada, no nosso País, se torna fase *obrigatória*, imposta, pois, pelo magistrado que pode lançar mão de rigorosas sanções, como taxações amplificadas pela

38 Relembra a frase dita por Bacellar de que “ninguém valoriza o que não conhece”. BACELLAR, Roberto Portugal. As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação, p. 205/224. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de interesses – 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010.pdf.

má utilização do serviço, em casos de comportamentos atentatórios a este momento, como soem ser as posturas não colaborativas dos grandes *players*, malferidos de precedentes consolidados, por exemplo. E isso, ainda que, ao final da lide, consagram-se vencedores.

Segundo Assumpção³⁹, exemplo palpável do sucesso dessa metodologia, que ainda hoje desperta interesse da comunidade jurídica mundial, é o emblemático e revolucionário sistema judicial britânico *Case Management* (*Gestão de casos*) que, mexendo, radicalmente, com as tradições enraizadas na cultura de inércia do sistema adversarial de *common law*, promoveu, ainda no ano de 1998, uma verdadeira revolução na justiça civil inglesa (e galesa), ao retirar das partes o *controle judicial dos casos* para repassar aos magistrados, notadamente no que diz respeito ao método mais adequado para a resolução das lides, com ênfase na conciliação e correlatas *medidas de incentivos* para a sua consecução e *desincentivos* em caso de obstrução por qualquer das partes.

Entrementes, a despeito do êxito na implantação e disseminação da jurisdição autocompositiva *extramuros*, a justiça brasileira ainda não adotou uma postura mais comprometida com a solução consensualizada, pois os baixos e reiterados índices de conciliação⁴⁰ dão conta de que muito mais pode – e precisa – ser feito, a nível institucional, para que o binômio da *explosiva litigiosidade* judicial e da *ineficiência estatal* seja, eficazmente, minorado e até repellido, de modo que medidas mais rigorosas para o combate do uso abusivo do sistema judicial, especialmente quando praticado por *litigantes habituais*, precisam ser, urgentemente, implementadas, para que,

39 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro? Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 7, n 7, 2011.

40 Dados catalogados pelo próprio CNJ, vide relatório justiça em Números que informa, anualmente, uma decrescente curva de conciliações que, no ano de 2023, foi de pouco mais de 10% sobre o total de processos do país. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-consent/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

em um contexto global e sistêmico, sejam obtidos melhores e mais valorosos resultados da justiça nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsividade do sistema judiciário brasileiro, por meio da via adjudicada (*trial*), pulula quase que proporcionalmente ao número de processos judicializados todos os anos, sequencialmente. Todavia, isso não é motivo de aplausos, pois o cumprimento diário do dever de prestar o serviço judicial nos moldes tradicionalmente empregados não tem o condão de esconder a dura realidade: a crise de ineficiência da justiça que se pereniza pelo acúmulo superlativo do passivo global que dormita nas prateleiras (digitais) de todos os tribunais do país e, de forma mais aviltante, ocasiona a manipulação desse serviço por litigantes específicos em detrimento dos demais usuários – *pessoas comuns* –, que, desestimulados, aguardam sem perspectiva de prazo razoável por uma resposta⁴¹ ou até pior, desistem de acionar o Estado e, por conseguinte, de reivindicar seus próprios direitos, muitas vezes, vitais.

Não coube a este artigo a tarefa de revelar, amiúde, todas as causas multifatoriais da escalada constante dos conflitos judicializados porque a *macrojudicialização*, em si, já é um fenômeno complexo e de vetores de eclosão multifacetados. No entanto, uma coisa é certa: o sistema de justiça brasileiro precisa evoluir para uma jurisdição mais inclusiva, justa e eficaz, centrada em moldura de justiça que promova, prioritariamente, a solução consensualizada

41 De acordo com Gico Jr, o hiato temporal é um fenômeno corriqueiro da vida, presente em quase todas as coisas que fazemos. O problema, não é, portanto, a demora em si, mas a demora excessiva, pois o processo deve ter uma duração razoável. GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p. 163-198, 20 fev. 2015, cit. p. 165. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 18 nov. 2023.

dos litígios (*autocomposição*), por diversos modos (ou portas), afora a solução adjudicada, bem como implemente mecanismos eficazes de incentivos e desincentivos para a sua materialização.

E, para tanto, não há como dissociar, o amadurecimento institucional demanda, antes de tudo, vontade de seus agentes, especialmente daqueles que se situam na cúpula desse poder, no propósito maior de romper os grilhões do sistema judicial clássico (*trial*), até então priorizado, para se alinhar com a utilidade e a eficiência a ser vivenciada e, sobretudo, sentida em intensidade suficiente para mostrar à sociedade que o Estado não é uma instituição falida.

Portanto, é preciso compreender, neste peculiar contexto, que a resistência ou a letargia do Poder Judiciário na consolidação da *jurisdição autocompositiva*, de há muito, introduzida no Brasil, pelos marcos normativos já citados, representará, a bem da verdade, a falta de alcance prático desse ferramental no arrefecimento de posturas indevidas – e até oportunistas – dos litigantes organizacionais que, paradoxalmente, utilizam o sistema de justiça para fins dissonantes da sua missão constitucional de fazer prevalecer o bem e a verdade, restaurando a paz social, pois consabido que as pessoas, em essência, não querem acesso ao Judiciário (via), o que elas querem, de fato, é acesso aos seus direitos (frutos), o que nos faz refletir, sempre inspirados pelas sábias palavras de Ivan Turgueniev⁴²: “Se esperarmos o momento em que tudo, absolutamente tudo, esteja pronto, nunca começaremos nada”.

42 I van Sergeyevich Turgueniev (1818 - 1883) foi um dos mais importantes romancistas e dramaturgos russos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O *case management* inglês: um sistema maduro? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 7, n 7, 2011.

ALVES, José Eustáquio Diniz. O Paradoxo de Jevons e a questão da eficiência. **Eco Debate**. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/02/29/o-paradoxo-de-jevons-e-a-questao-da-eficiencia-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BACELLAR, Roberto Portugal. **As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação**. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – 10 Anos da Resolução Cnj Nº125/ 2010. pdf.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2023** (ano-base 2022). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. **Processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. Justiça Multiportas, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequados de conflito. *In: Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: auto-composição em Direitos Coletivos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ, Taís Schilling. O excesso de acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade.

Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 45-58, jul./ago.2021.

GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 1, p. 1-23, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 20 fev. 2015. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 18 nov. 2023.

JEVONS, William Stanley. The Coal Question (A Questão do Carvão – em tradução livre), 1865. **Gestão Industrial**. Disponível em: <https://gestaoindustrial.com/o-paradoxo-de-jevons/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a MediationCentered Approach. **Harvard Negotiation Law Review**. Spring, 2006. p. 1-28.

WATANABE, Kazuo. Apostila: atualização do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa. *In: Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

O E-COMMERCE E O DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ABORDAGEM SOBRE A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL⁴³

Eliene Silvana de Souza Guedes⁴⁴
Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa⁴⁵

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia, nos últimos anos, vem contribuindo de maneira crescente e relevante para o comércio eletrônico, haja vista possibilitar a qualquer pessoa adquirir qualquer produto disponível na internet, na comodidade do lar, apenas com alguns cliques.

Entretanto, em que pese as vantagens do *e-commerce*, esse cenário de transformações traz à tona a preocupante situação da

43 Trabalho elaborado para atender exigência curricular para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - FESP, sob a orientação do prof. Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa, na área de Direito do Consumidor, semestre 2023.2.

44 Aluna regularmente matriculada sob o nº 2023210014, no 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba-FESP. E-mail: elienessguedes@gmail.com.

45 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales pela Universidad Del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Processual Civil pela UNP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (1993). Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRA-DEP. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba. Advogado, Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico com foco em temas jurídicos. Email: ricardo.costa@fesp-faculdades.edu.br.

vulnerabilidade do consumidor. Pois se no comércio convencional, o consumidor se encontra em desvantagem em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, em virtude de ausência ou falhas de informações, recursos ou até falta de conhecimento sobre o mercado, avalie no mercado virtual, em que as ferramentas disponíveis de marketing digital são capazes de enganar até os consumidores mais experientes.

Considerando esse contexto, o presente trabalho consiste no estudo da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor de produtos no *e-commerce*, uma vez que este, no sistema capitalista, impõe sua vontade no mercado de consumo, fazendo com que os consumidores se sujeitem às regras estabelecidas, que vão desde as limitações de escolhas por conta da padronização de produtos e serviços, até o modelo contratual estabelecido.

O *E-commerce* cresce de forma acelerada e as leis precisam tentar frear os efeitos negativos que este tipo de comércio carrega. As facilidades são enormes para ambos os lados, a diversidade de produtos toma proporções gigantescas e, conseqüentemente, cria-se um cenário perfeito para oportunistas, aumentando na mesma proporção as fraudes e insatisfações de consumidores diante de compras indevidas, cujas propagandas são produzidas com recursos tecnológicos que visam tão somente enganar os clientes, que nem de longe retratam a realidade.

Nessa esteira, a presente pesquisa objetiva ampliar, capacitar e orientar os consumidores dos seus direitos básicos, já garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como despertar o interesse de todos que utilizam esses meios de compras para reivindicar leis mais severas, bem como a disponibilização de ferramentas capazes de identificar e coibir/controlar os malfeitores que utilizam a rede para divulgar produtos fraudulentos, reduzindo, por conseqüência, a vulnerabilidade do consumidor nessa modalidade de comércio.

O trabalho foi metodologicamente concebido mediante emprego de pesquisas bibliográficas, legislação brasileira pertinente e outros estudos acerca do tema, evidenciando a vulnerabilidade do consumidor, no cenário do *e-commerce*, como uma característica que merece atenção especial da ciência jurídica como um todo, vez que toca princípios basilares da Carta Magna, que fundamentam todo o ordenamento jurídico, tais como: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a isonomia material, dentre outros.

Destarte, com intuito de melhor entendimento do tema, afora essa introdução, a estrutura argumentativa consiste em 04 (quatro) seções:

1. Direito do consumidor no *e-commerce*: legislação e conceitos;
2. Princípios consumeristas no *e-commerce*;
3. Considerações teóricas acerca da vulnerabilidade na ciência jurídica; e 4) Vulnerabilidade do consumidor no *e-commerce*.
4. A primeira e suas subseções apresentam a legislação relativa ao direito do consumidor, no contexto do *e-commerce*, discorrendo sobre os conceitos e definições necessárias ao entendimento do tema em análise, tais como as relações de consumo e alguns termos muito utilizados ao longo deste trabalho. Na segunda seção e suas divisões, trazemos os princípios pertinentes à atividade de comércio eletrônico.

A penúltima seção versa sobre considerações teóricas acerca da vulnerabilidade no contexto geral da ciência jurídica, oportunidade em que analisamos conceitos como isonomia material, dentre outros imprescindíveis ao entendimento da situação de suscetibilidade do usuário nas compras on-line, com vistas a fomentar

a discussão no que tange à equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre os indivíduos presentes na relação de consumo no ambiente físico e virtual.

Enquanto a última seção e suas divisões cuidam da situação de vulnerabilidade do consumidor no *e-commerce*, objeto desta pesquisa. Neste ponto, trazemos dados comparativos com outros países, de modo a sustentar a acentuada fragilidade a que está submetido o consumidor no ambiente do comércio eletrônico, comprovando, assim, a necessidade de ampliar e/ou reformar as leis já existentes, no sentido de aumentar a proteção dessa parte tão vulnerável na relação consumerista virtual.

Por fim, nas considerações finais, restou evidenciada a vulnerabilidade do consumidor no *e-commerce* e o dever do Estado de protegê-los, bem como trouxemos sugestões de ações governamentais que podem ser adotadas com vistas à solução do problema.

DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE: LEGISLAÇÃO E CONCEITOS

As plataformas digitais, os inúmeros aplicativos, o sistema de marketplace, a compra com um clique, entre outros, são somente alguns exemplos em que Direito e Tecnologia se unem para permitir a realização de um negócio. Esse cenário é complexo e reflete a ocorrência simultânea de muitos fatores. O *e-commerce*, desde seu surgimento, na década de 1960, nos Estados Unidos, vem passando por modificações à medida que a tecnologia avança e possibilita as mais variadas formas de aquisição de bens de consumo.

Segundo Theodoro Jr. (2020, p. 225), “Atualmente é comum a prática de comércio eletrônico, considerado como toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contato físico direto e simultâneo”. No Brasil, o *e-commerce* é regulamentado por diversas

leis que visam proteger os direitos do consumidor. Algumas das mais importantes incluem:

- a. Código de Defesa do Consumidor (CDC), que estabelece as normas de proteção e defesa do consumidor, incluindo as relativas ao comércio eletrônico;
- b. Lei do *E-commerce* (Lei nº 13.846/2019), a qual regula as atividades de comércio eletrônico no Brasil, bem como estabelece direitos e deveres para empresas e consumidores;
- c. Decreto nº 7.962/2013, responsável por regulamentar o CDC, no que se refere ao comércio eletrônico e dispõe sobre as regras para a contratação e a entrega de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi publicado no dia 11 de setembro de 1990 com advento da Lei nº 8.078 de 1990, entrando em vigência no dia 11 de março de 1991, ou seja, três anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Carneiro, 2021). Oportuno destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.515/2015, cujo objetivo é aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I do CDC, ao dispor sobre o comércio eletrônico e a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo (Verbicaro; Homci; 2022, p. 1).

O mencionado projeto propõe dispositivos específicos que objetivam o fortalecimento da confiança e a tutela da expectativa do consumidor (artigo 45-A), além de uma série de informações específicas que devem estar presentes na oferta ou conclusão dos contratos, a exemplo da identificação e a correção de eventuais erros de contratação.

A proposta de lei visa reforçar regras específicas concernentes ao direito de arrependimento, buscando apoiar o consumidor,

considerando o dever de cooperar e atender como verdadeiras ferramentas do dever de informar por parte do fornecedor. O Projeto de Lei auxilia sobremaneira na proteção dos vulneráveis e na organização das práticas do mercado, inclusive facilitando a organização da atividade para os fornecedores e fazendo a conexão do Código do Consumidor com a Lei Geral de Proteção de Dados.

RELAÇÃO DE CONSUMO

As relações de consumo consistem no conjunto de três elementos que se conectam, são eles: o consumidor final, fornecedor e o produto ou serviço em aquisição, caracterizando, assim, a transação comercial. O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 2º e 3º, conceitua esses elementos para todos os efeitos ali dispostos nos seguintes termos:

Art. 2º **Consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. **Equipara-se o consumidor à coletividade de pessoas**, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Brasil, 1990, grifo nosso).

Conforme dispõe o art. 2º do CDC, consumidor é o sujeito da relação imbuído de vulnerabilidade. Isso porque o consumidor

incorre em riscos quando se submete ao poder e condições dos produtores dos bens e serviços, de modo que o Direito do Consumidor assegura seus direitos, regulando as relações estabelecidas entre a pessoa do consumidor e do fornecedor.

De outra banda, no tocante ao fornecedor, o art. 3º do CDC (Brasil) dispõe que se trata da pessoa capaz, física ou jurídica, que “desenvolva atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. No que tange a esses dois conceitos, aduz Coelho (2021, p. 123, grifo nosso):

Fornecedor é a pessoa que desenvolve atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado, e **consumidor** aquela que os adquire como destinatário final. Sempre que a relação jurídica ligar um exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado ao destinatário final destes ela é uma relação de consumo e sua disciplina será a do regime de tutela do consumidor.

Portanto, à luz dos conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor acerca de consumidor e fornecedor, é imprescindível que se tenha como entes formadores da relação de consumo essas duas figuras em polos distintos, devendo o consumidor figurar em um polo da relação e o fornecedor em outro. De modo que temos o produto ou serviço, que liga consumidores e fornecedores, sendo este o ponto de encontro entre as duas partes, que diferencia o consumo de outros tipos de ligação entre empresas e pessoas.

A relação de consumo pode acontecer entre os elementos citados de forma eletiva ou presumida, e ambas estão amparadas pelo CDC. A efetiva é aquela em que há, de fato, uma transação entre fornecedores e consumidores. Ou seja, houve a contratação

de um serviço ou a compra de produto. Enquanto no caso da relação presumida, ainda não foi efetuada uma compra ou contratação, todavia há a publicidade do produto ou serviço no mercado.

Portanto, desde o momento que as empresas divulgam suas mercadorias para clientes, presume-se que há relação de consumo. Assim, as relações de consumo na internet devem obedecer à legislação vigente e seguirem as regras de venda e publicidade, conforme acontece em lojas físicas.

CONTRATOS ELETRÔNICOS

Com o grande aperfeiçoamento da tecnologia acontecido a partir do século XX, o progresso da informática ocasionou transformações nas relações sociais. Os contratos comerciais firmados em meio eletrônico são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 4º, caput), que:

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 (Brasil, 1990).

A referida norma adota medidas para inibir os abusos no campo virtual e garantir ao consumidor a devida adequação legislativa. Os contratos eletrônicos são classificados de acordo com a sua execução e sua elaboração, haja vista a necessidade de o contrato eletrônico ocorrer no mundo virtual, classificando-se em Interpessoais, Intersistêmicos e Interativos.

Os interpessoais são aqueles em que as mensagens eletrônicas são trocadas entre pessoas, a comunicação entre as partes, sejam

elas físicas ou jurídicas, opera-se por meio do computador, tanto no momento da proposta, quanto no momento da aceitação e instrumentalização do acordo. As contratações inter sistêmicas são efetuadas por sistemas de computadores pré-programados e, de acordo com Gonçalves (2023), esses contratos possuem essa qualificação pelo fato de a comunicação entre as partes contratantes operar-se em redes fechadas, sendo mais utilizados entre empresas para relações comerciais de atacado.

Por último, os contratos eletrônicos interativos são dos mais utilizados pelos usuários da internet, pois possuem interação do programa de computador com o consumidor de forma direta, ou seja, ocorre entre o usuário e o sistema aplicativo pré-programado para a realização do contrato. Do mesmo modo que os contratos interpessoais, os interativos são também contratos feitos a distância, posto que são realizados através do uso do computador ou de outros dispositivos, não necessitando assim da presença das partes contratantes.

PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS NO *E-COMMERCE*

Os princípios consumeristas no *e-commerce* são mecanismos que buscam o equilíbrio entre a proteção da vulnerabilidade do consumidor e o desenvolvimento do comércio virtual. Por disposição do texto constitucional, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor, o qual mais que uma lei, em uma acepção que se fia a uma sistematização de normas correlatas ao objeto de proteção, buscou uma feição principiológica, com um viés epistemológico e instrumental.

No entendimento de Nunes (2018, p. 3), os princípios constitucionais “exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral” e, por

serem normas qualificadas, acabam por dar coesão ao sistema jurídico e, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas. Em continuidade, Nunes (2018, p. 3) aduz:

[...] Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientado e condicionado à aplicação de todas as demais normas.

Assim, entendemos que a base dos princípios que compõem o Código de Defesa do Consumidor (CDC), prevista do art. 1º ao 7º, no capítulo denominado “Da política Nacional das Relações de Consumo”, visando proteger os consumidores nas relações de consumo, provém de preceitos constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o direito à informação, saúde e segurança, a proteção dos interesses econômicos individuais, a melhoria da qualidade de vida, dentre outros (Brasil, 1990).

Nesse norte, diante da diversidade axiológica, destacamos aqui os princípios previstos no art. 4º da Lei 8078/90, necessários ao desenvolvimento da tese defendida neste trabalho, qual seja: a vulnerabilidade do consumidor no campo virtual. Assim, discorreremos sobre os princípios: vulnerabilidade, hipossuficiência, transparência, informação, harmonia, equilíbrio, boa-fé e dever governamental. Todavia, existem outros princípios que são reguladores da construção do Código de Defesa do Consumidor (1990) que se aplicam nas relações de consumo em âmbitos tradicionais e cibernéticos, os quais não serão abordados aqui por não terem relação com o tema.

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Considerado a viga mestra do Direito do Consumidor, o princípio da vulnerabilidade é a base de todos os direitos protetivos. Na visão de Melo Júnior e Costa (2023, p. 61), o princípio da vulnerabilidade:

[...] é considerado a base de proteção do direito do consumidor, pois é através do reconhecimento desse aspecto vulnerável por parte do consumidor, que se pode buscar esse equilíbrio na relação consumerista.

Reduzindo a desigualdade entre o fornecedor e consumidor, Melo Junior e Costa (2023, p. 62) explicam essa condição de vulnerabilidade:

[...] advém de inúmeros fatores, dentre os quais: as práticas abusivas do fornecedor, o oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios gerais das relações de consumo e a inserção de cláusulas abusivas nos contratos unilateralmente predispostos.

Por outro lado, a hipossuficiência é um critério para inversão do ônus da prova e pertence ao ramo do Direito Processual. Nessa seara, a presunção é relativa, já que nem todo consumidor é hipossuficiente. Diferente da vulnerabilidade, a hipossuficiência parte de um ponto de vista subjetivo, há análise da baixa condição do sujeito. Entretanto, para alguns doutrinadores, a hipossuficiência é a mesma coisa que a vulnerabilidade.

A doutrina majoritária evidencia a necessidade de se distinguir o princípio da vulnerabilidade do termo hipossuficiência. Para o Código de Defesa do Consumidor, todo consumidor é vulnerável,

mas nem todo consumidor é hipossuficiente, visto que esta é analisada como requisito próprio para a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, que é um direito básico do consumidor (Brasil, 1990).

Tal distinção se mostra necessária uma vez que a análise da vulnerabilidade – por ser um princípio – é objetiva, ou seja, ser consumidor é ser vulnerável, sendo, portanto, merecedor de toda a proteção do CDC, já quanto à hipossuficiência, sua análise deve ser realizada de maneira subjetiva pelo juiz em cada demanda, posto que a consequência da sua existência é a decretação da inversão do ônus da prova a favor do consumidor.

Assim sendo, entende-se por Consumidor Hipossuficiente aquele que se encontra em situação de impotência ou de inferioridade na relação de consumo, ou seja, está em desvantagem em relação ao fornecedor, decorrente da falta de condições de produzir as provas em seu favor ou comprovar a veracidade do fato constitutivo de seu direito.

PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA

Segundo Melo Júnior e Costa (2023, p. 62), transparência e informação são dois princípios distintos, porém intimamente ligados, e ambos objetivam esclarecer, de forma acessível e simples, a utilidade bem como a limitação do produto ou serviço. Acrescenta que “as cláusulas não poderão ser dúbias, obrigando lealdade entre as partes, antes, durante e após a relação estabelecida entre o fornecedor e consumidor”.

No tocante ao princípio da transparência, a Lei consumerista transfere ao fornecedor o dever de dispor de todas as informações pertinentes ao produto ofertado no mercado para conhecimento do consumidor, haja vista a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, abordada no item anterior. O princípio da

transparência está previsto no art. 4º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

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**, [...] (Brasil, 1990, grifo nosso).

Por outro lado, o art. 6º, III do CDC (1990) concretiza o princípio da informação que tem como finalidade o justo e melhor ambiente entre os agentes negociantes. Este princípio prevê que o consumidor tem direito “à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (Brasil, 1990).

O Código de Defesa do Consumidor impõe aos fornecedores o dever de especificar o produto ou serviço, para que o consumidor não seja prejudicado. Sendo assim, o dever de informar constitui um princípio fundamental da Lei nº 8.078/90 e, juntamente com o princípio da transparência, estampado no caput do art. 4º, confere uma nova formação aos produtos e serviços oferecidos no mercado

PRINCÍPIO DA HARMONIA E DO EQUILÍBRIO

O princípio da harmonia, que busca promover a redução dos conflitos nas relações entre consumidores e fornecedores de produtos – previsto no art. 4º, caput e inciso III, do Código de Defesa do Consumidor – é derivado dos princípios constitucionais

da isonomia e da solidariedade, além dos princípios gerais da atividade econômica. No contexto do CDC, o princípio da harmonia é amparado pelos princípios da boa-fé e do equilíbrio. Vejamos o que dispõe a referida norma legal, *in verbis*:

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**, [...].

[...]; III- **harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo** e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os **princípios nos quais se funda a ordem econômica** (art. 170, da Constituição Federal), sempre com **base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores** (Brasil, 1990, grifo nosso).

Infere-se, do enunciado acima, que existe uma nítida relação entre os princípios da harmonia e do equilíbrio, pois, enquanto a harmonia visa à diminuição dos conflitos entre as partes da relação de consumo, o equilíbrio trata da proporcionalidade entre os direitos e obrigações dos sujeitos dessa relação. Nessa ótica, asseveram Melo Júnior e Costa (2023, p. 64) “que deve ser obedecido o equilíbrio, para que o fator risco, advindo da competição de uma economia globalizada, não venha a prejudicar a parte mais vulnerável desta relação”. Para Melo Júnior e Costa (2023, p. 64), o princípio da harmonia:

Busca defender o atendimento dos consumidores, pelo fato de existir o aumento sem controle de novos produtos e das novas tecnologias, dando aos participantes dessa relação proteção e satisfação com o resultado do produto ou serviço adquirido, evitando assim o acirramento de ânimos.

À luz da harmonia e do equilíbrio entre fornecedores e consumidores, é cristalino que os empresários devem procurar fazer o controle de seus produtos e serviços, estimulando o contato com os fornecedores e evitando a participação do Estado como ente fiscalizador e repressor. Esse controle demonstra a seriedade do fornecedor, cativa o consumidor e estimula que este aja com maior responsabilidade das suas queixas.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A boa-fé objetiva é um princípio basilar do direito do consumidor, segundo o qual as partes possuem o dever de agir com base nos valores éticos e morais da sociedade. Desse comportamento decorrem outros deveres anexos, como lealdade, transparência e colaboração, a serem observados em todas as fases do contrato, a fim de manter a confiança e as expectativas legítimas do negócio jurídico.

O princípio da boa-fé objetiva tem previsão legal no art. 4º, III, do CDC (1990), exigindo respeito e cooperação entre os negociantes em todas as fases da contratação. Até mesmo na fase pós-contratual deve haver uma conduta leal dos contratantes, observando os deveres anexos ou laterais de conduta. Segundo a concepção de Melo Júnior e Costa (2023, p. 65), “a boa-fé é considerada uma cláusula geral consumerista brasileira, existente em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que não esteja inserida no contrato”.

Conforme aduz Nunes (2018, p. 114), “trata-se de um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes”. Afora a previsão do art. 4º, III (vide descrição no item anterior), o CDC também trata da matéria no bojo do art. 51, IV, nos seguintes termos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas **ao fornecimento de produtos** e serviços que:

[...];

IV - **estabeleçam obrigações** consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam **incompatíveis com a boa-fé** ou a equidade (Brasil, 1990, grifo nosso).

Impende consignar a diferença entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. A primeira encontra-se consagrada no Código de Defesa do Consumidor e consiste na obrigatoriedade de as partes agirem de maneira honesta, visando à harmonia e ao equilíbrio da relação, sendo prevista na lei como uma das cláusulas gerais do contrato de consumo. A segunda, por sua vez, refere-se ao comportamento do indivíduo dentro da relação, avaliando se está agindo em conformidade ou não, de modo a cooperar para uma relação obrigacional saudável.

Portanto, o princípio da boa-fé estabelece regras de conduta nas relações consumeristas, obrigando os fornecedores de produtos a agirem de forma ética, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando, assim, para o sucesso do pacto contratual. Veja-se que o legislador expressa a obrigatoriedade ao ‘fornecimento de produtos’, ou seja, ao fornecedor, em virtude da vulnerabilidade do consumidor inerente à relação.

PRINCÍPIO DO DEVER GOVERNAMENTAL

O princípio do dever governamental, elencado nos incisos II, VI e VII do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendido sob dois principais aspectos. O primeiro refere-se à responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto sujeito máximo organizador da sociedade, ao prover ao consumidor – seja ele pessoa jurídica ou física – mecanismos suficientes que assegurem sua efetiva proteção, seja por meio da iniciativa direta do Estado (art. 4º, II, “b”) ou até mesmo por meio dos fornecedores, dos mais diversos setores e interesses nas relações consumeristas (Brasil, 1990).

O segundo aspecto diz respeito ao enfoque dado ao “princípio do dever governamental”, segundo o qual é dever do próprio Estado promover, de forma contínua, a “racionalização e melhoria dos serviços públicos” (art. 4º, VIII), surgindo, nesse contexto, a figura do Estado fornecedor, além de suas eventuais responsabilidades (Brasil, 1990).

O princípio do dever governamental autoriza a intervenção direta do Estado para proteger efetivamente o consumidor, visando não apenas assegurar-lhe o acesso a produtos e serviços essenciais, mas também garantir a qualidade e a adequação desses itens em relação à segurança, à durabilidade e ao desempenho.

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA VULNERABILIDADE NA CIÊNCIA JURÍDICA

A vulnerabilidade é um conceito central na ciência jurídica, refletindo a necessidade de proteção especial para aqueles que se encontram em situações de fragilidade. Teoricamente, essa noção está ligada à desigualdade de poder e recursos entre diferentes partes envolvidas em relações jurídicas (Carmo; Guizardi, 2018). A abordagem da vulnerabilidade na ciência jurídica destaca

a importância de reconhecer e enfrentar as disparidades sociais, econômicas e culturais que podem impactar a capacidade de certos grupos ou indivíduos de exercerem plenamente seus direitos.

Para Marques e Mucelin (2022), a teoria da vulnerabilidade evidencia a responsabilidade do sistema jurídico em mitigar as desigualdades, assegurando uma proteção adequada aos mais frágeis. Isso pode envolver a criação de leis e políticas específicas para grupos vulneráveis, bem como a implementação de mecanismos que garantam o acesso igualitário à justiça.

Além disso, essa abordagem ressalta a necessidade de uma análise mais holística das situações jurídicas, levando em consideração não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade substancial. Carmo e Guizardi (2018) consideram que, para compreender a vulnerabilidade na ciência jurídica, é crucial adotar uma perspectiva interdisciplinar, integrando insights da sociologia, psicologia e outras disciplinas, a fim de captar as diversas facetas desse fenômeno complexo.

Essa perspectiva contribui para o desenvolvimento de soluções jurídicas mais eficazes e sensíveis às necessidades daqueles que enfrentam condições desfavoráveis. Em última análise, a consideração teórica da vulnerabilidade na ciência jurídica busca promover uma justiça mais inclusiva e equitativa, reconhecendo e enfrentando as disparidades que podem comprometer a eficácia do sistema legal.

CONCEITOS E CATEGORIA JURÍDICA DA VULNERABILIDADE

Vulnerabilidade pode ser entendida como a suscetibilidade de um indivíduo ou grupo a danos, riscos ou injustiças. Nos ensinamentos de Marques, Miragem e Oliveira (2016, p. 117), “a vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual

ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”. Trata-se de uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

A situação de vulnerabilidade de um indivíduo está ligada a elementos essenciais, como fragilidade, exposição e falta de recursos para a proteção de direitos, sendo reconhecida como uma categoria jurídica de grande relevância na tutela dos direitos fundamentais.

SOBRE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL

O princípio da isonomia é conceitualmente dividido em duas formas: a material e a formal. A isonomia formal refere-se à ideia de que todos são iguais perante a lei e está associada ao conceito de Estado Liberal. O princípio da isonomia deve ser respeitado por aqueles que elaboram as leis, pelos que as aplicam e também pelos particulares. O Poder Legislativo, ao elaborar e aplicar as leis, deve assegurar que não haja tratamento diferenciado para pessoas em condições idênticas.

Ou seja, em situações de igualdade, a lei deve ser aplicada da mesma forma para ambas as partes. O Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as leis, deve fazê-lo de maneira igualitária, sem discriminações ou distinções ao julgar e aplicar as sanções cabíveis. O particular, por sua vez, não pode agir de forma discriminatória, racista ou preconceituosa.

Além de ser um princípio constitucional, a isonomia é aplicada em outros âmbitos do Direito. Alguns exemplos são: o Direito Tributário prevê que a cobrança dos impostos deve considerar as condições financeiras dos indivíduos. Teoricamente, o contribuinte deve pagar impostos de acordo com sua capacidade e dessa forma, o sistema tributário contribuiria para a redução das desigualdades econômicas.

O Direito Trabalhista proíbe distinção salarial para pessoas que exercem a mesma função. Por exemplo, um homem não pode ganhar mais que a mulher se ambos desempenham igual função. No Direito Processual Civil, as partes de um litígio devem ser tratadas com isonomia, mas o juiz e o legislador devem agir de maneira a neutralizar as desigualdades. Um exemplo seria a possibilidade de assistência jurídica gratuita aos necessitados. Assim, as leis que preveem diferenciações e respeitam o princípio da isonomia são aquelas que pretendem atenuar os desníveis nas condições econômicas e sociais e dar condições mais justas para os indivíduos.

TIPOS DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA CIÊNCIA JURÍDICA

Na literatura, podemos identificar quatro tipos de vulnerabilidade do consumidor, todas vistas de forma clássica, quais sejam:

- I. Técnica:** o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, seja em relação às suas características, seja em relação à sua utilidade.
- II. Jurídica (ou científica):** o legislador reconhece que o consumidor não possui conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, de matemática financeira, entre outros – por exemplo, acerca dos juros cobrados – enquanto, para a pessoa jurídica, ocorre o contrário.
- III. Fática (socioeconômica):** o fornecedor é o detentor do poderio econômico, encontrando-se em posição de supremacia.

Contudo, com a evolução da sociedade há de se notar uma quarta forma de vulnerabilidade, denominada informacional ou da informação:

- I. Informacional (da informação):** decorre da vulnerabilidade técnica, mas deve ser tratada de forma autônoma, em razão da dinâmica que as relações de consumo assumem na era digital, na qual o acesso à informação foi ampliado a ponto de se tornar determinante para a decisão de compra do consumidor. Assim, a proteção à vulnerabilidade informacional pressupõe o controle da qualidade da informação transmitida pelos fornecedores – e não da sua quantidade.

Uma das mais importantes características do consumidor é sua vulnerabilidade perante o fornecedor. Tal fato é tão relevante que, conforme entendimento do STJ, a vulnerabilidade passou a ser requisito do próprio conceito de consumidor. Nesse sentido, abordando os quatro tipos de vulnerabilidade, tem-se a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. (...) 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes

sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. Apesar da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora (REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012) (Brasil, 2012).

A decisão acima citada contempla aspectos relevantes relacionados à definição de consumidor e à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em casos de vulnerabilidade. A decisão reconhece a existência de diferentes modalidades de vulnerabilidade, incluindo a técnica, jurídica, fática e informacional. Além disso, destaca a possibilidade de surgirem novas formas de vulnerabilidade na casuística, permitindo uma interpretação mais flexível da lei de defesa do consumidor.

DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE

O conceito de vulnerabilidade do consumidor se refere à suscetibilidade dos consumidores a danos ou desvantagens no mercado. Isso pode ser devido a uma variedade de fatores, incluindo

idade, renda, educação, deficiência e barreiras linguísticas. Na literatura, encontramos a ‘informação’ como um dos fatores preponderantes para a assertiva da vulnerabilidade inerente à condição de consumidor, já mencionada.

Nesse aspecto, ressalta Miragem (2019) que a sociedade de consumo é também a sociedade da informação, caracterizada pelo informacionalismo. Ter informação adequada que assegure razoável esclarecimento torna-se muito importante a ponto de se relacionar fortemente com a autonomia da vontade. O ambiente virtual é de complexidade principalmente em virtude da precariedade ou ausência de informações aos consumidores, que não têm habilidade, tempo ou possibilidade para obtê-las ou interpretá-las no veloz mundo da contratação eletrônica.

De acordo com os dados oriundos de uma pesquisa realizada em 2023 pela *NielsenIQEbit*, o faturamento do comércio eletrônico brasileiro chegou a R\$ 262,7 bilhões em 2022, com alta de 1,6% em relação ao ano anterior. Segundo o levantamento, houve alta de 24% no número de consumidores em *e-commerce* no país, em comparação ao ano anterior.⁴⁶ Para o ano de 2023, as expectativas são ainda melhores, segundo a NuvemShop⁴⁷, pequenos e médios *e-commerces* movimentaram cerca de R\$ 703 milhões no primeiro trimestre de 2023 – um crescimento de 23% em relação ao mesmo período de 2022.

Nesse cenário de constante crescimento, é natural que os conflitos envolvendo a tutela do consumidor na esfera virtual estejam se acentuando, deixando lacunas, que precisam se adequar às

46 AVENS. E-commerce: recorde de faturamento em 2022 e alta de mais de 20% no número de consumidores. Disponível em: <https://edrone.me/pt/blog/dados-ecommerce-brasil#e-commerce-no-brasil>. Acesso em 13/03/ 2023.

47 AVENS. E-commerce: recorde de faturamento em 2022 e alta de mais de 20% no número de consumidores. Disponível em: <https://edrone.me/pt/blog/dados-ecommerce-brasil#e-commerce-no-brasil>. Acesso em 13/03/ 2023.

novas necessidades que envolvem esse modelo de comercialização. O atual Código de Defesa do Consumidor não traz suficiente regulamentação relacionada, especificamente, ao *e-commerce*. Apesar do arcabouço princípio lógico do Código, o comércio eletrônico precisa de normas específicas que reforcem a proteção dos consumidores do meio digital.

É comum os relatos de pessoas que tiveram perdas financeiras, em razão de compras eletrônicas. Em que pese as medidas de precauções adotadas, ninguém está imune a esse tipo de fraude. Ambos os autores deste trabalho caíram em várias armadilhas de fornecedores desonestos nos últimos dois anos. Essa vulnerabilidade decorre da falta de regulamentação do mercado, da ausência de fiscalização e de políticas públicas, no sentido de investir em ferramentas de certificação, dentre outras medidas, com o intuito de ofertar mais segurança e coibir a atividade dos malfeitores.

DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Diante do espaço geográfico de atuação do *e-commerce*, é imprescindível que se tenha uma base de direito comum que enseje a proteção do consumidor no nível internacional, de modo a diminuir o desequilíbrio existente. A proteção da parte vulnerável na relação de consumo é um problema supranacional, exigindo, assim, uma proteção internacionalizada, como a única forma de assegurar a proteção jurídica eficaz aos consumidores.

De acordo com Martins (2017, p. 342) “a assertiva do funcionamento da atividade empresarial hospedada no comércio eletrônico regulamenta um marco muito positivo para o crescimento dos negócios e o aumento das vendas”. No entanto, se a dificuldade local de responsabilizar o empreendedor virtual é muito grande, em atenção aos sites internacionais, as peculiaridades são

ainda maiores, porém não podem reunir opacidade na consecução de prejuízos incorridos.

Para Martins (2017) quando se adquire um produto por meio do comércio eletrônico, notadamente se a oferta é feita no exterior, o consumidor precisa ter em mãos subsídios para responsabilizar aquele que não cumpre a sua atividade, ou a faz fora das características da propaganda e das informações fornecidas.

Segundo entendimento de Ferreira (2016), há evidente preocupação haja vista a constatação de que a vulnerabilidade do consumidor legalmente presumida tende a se tornar ainda maior em razão da complexidade das relações consumeristas que ultrapassam as fronteiras do Brasil.

Não há dúvidas que com o aumento da globalização, novos mecanismos de proteção capazes de auxiliar o consumidor internacional foram surgindo. Um exemplo é o ICPEN, sigla em inglês para *International Consumer Protection and Enforcement Network*. O ICPEN é uma rede global de autoridades de defesa do consumidor que se empenha na resolução de litígios e incentiva a cooperação entre os organismos responsáveis pela aplicação da lei em casos de controvérsias envolvendo o comércio internacional. Essa rede é composta por autoridades de diversos países membros, destacando-se os países da União Europeia e os Estados Unidos, todavia o Brasil ainda não é um membro efetivo do grupo.

O Comitê Internacional de Proteção do Consumidor (*Committee on the International Protection of Consumers*), da *International Law Association* editou sua Resolução nº 1, que reconhece a falta de um modelo universal de proteção ao consumidor. A *International Law Association* já reconhecia vários princípios, dentre eles: princípio da vulnerabilidade, da proteção mais favorável ao consumidor e da justiça contratual (Federighi, 2022).

As normativas internacionais já existentes são os principais meios de proteção do consumidor, que impelem os fornecedores a

propiciar meios de solução administrativa das demandas dos consumidores, contudo ainda há um longo caminho a avançar, para propiciar a todos os consumidores a mesma tomada de decisão judicial, pautada em uma norma específica voltada ao *e-commerce* e aos direitos dos consumidores no âmbito internacional.

Portanto, normativos jurídicos internacionais reconhecem a vulnerabilidade do consumidor e estabelecem a necessidade de resguardar seus direitos frente às grandes fornecedoras. Todavia, a prática demonstra que essa proteção ainda é frágil e está longe de alcançar todos os consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mercado de consumo no ambiente do *e-commerce* está bastante conturbado, sendo um dos setores em que os consumidores mais sofrem com as fraudes, em razão da ausência de legislação específica e de ação governamental de forma mais profícua. Através deste estudo, observa-se que o bom funcionamento do sistema de compras *online* requer a existência de uma legislação adequada, específica para esta modalidade de mercado, com controle atento do Estado e fiscalização rigorosa dos agentes do mercado.

É compromisso do Estado para com a sociedade pôr em prática o princípio da ação governamental, de modo a assegurar que o mercado de consumo seja composto de práticas fundadas na competência e ética empresarial, sem desvios ou deturpações, protegendo, assim, os consumidores e fornecedores.

Essa ação pode ser efetivada com a presença de empresas estatais no mercado – como as Agências Reguladoras – a fim de coibir ações lesivas por parte de fornecedores fraudulentos, por meio da implantação de mecanismos de controle e fiscalização capazes de detectar irregularidades e aplicar sanções, garantindo que os produtos atendam a padrões adequados de qualidade e

segurança nas operações. Além disso, devem ser disponibilizadas ferramentas para a obtenção de informações acerca da idoneidade dos fornecedores.

Destarte, são imprescindíveis medidas indutoras, ações controladoras e até efetivamente intervencionistas, a fim de reduzir a proliferação dos fornecedores maldosos, divulgando produtos irreais, que abusam da propaganda enganosa, com o uso de dispositivos de marketing virtual desleais, tornando injusta a concorrência e propiciando prejuízos a consumidores e bons fornecedores.

O consumidor somente estará efetivamente protegido, quando a sociedade tiver ciência, souber respeitar e reivindicar os direitos básicos, inerentes às relações de consumo no e-commerce. Na verdade, mais do que isso, educação e informação revelam-se a pedra de toque de qualquer sociedade civilizada, de sorte que não remanesce dúvida concernente ao Estado, pelo próprio fundamento que justifica sua existência, promover o desenvolvimento e progresso social, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

O consumidor somente estará efetivamente protegido quando a sociedade tiver consciência, souber respeitar e reivindicar os direitos básicos inerentes às relações de consumo no e-commerce. Na verdade, mais do que isso, educação e informação revelam-se a pedra de toque de qualquer sociedade civilizada, de sorte que não remanesce dúvida quanto ao dever do Estado – pelo próprio fundamento que justifica sua existência – de promover o desenvolvimento e o progresso social, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Em reforço, conforme previsto no art. 4º, inciso II, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do Código de Defesa do Consumidor, também se insere, no dever atribuído ao Estado, o apoio à criação e ao desenvolvimento de associações representativas para a proteção dos interesses dos consumidores; a criação e instalação de Procons,

Delegacias, Promotorias e Juizados Especiais especializados na solução de questões de consumo; incluindo, nesse contexto, a assistência jurídica gratuita aos consumidores carentes, consoante disposto no art. 5º da mencionada norma legal (Brasil, 1990).

Atualmente, o maior instrumento do qual o consumidor dispõe nas compras pela internet é o direito de arrependimento, assegurado pelo CDC (art. 49), o qual possibilita ao consumidor a devolução ou troca, seja por não gostar do modelo, tamanho, cor ou outro aspecto de uma mercadoria, seja pelo simples fato de que se arrependeu da compra, sem a necessidade de justificativa, devendo requerer esse direito no prazo de 7 (sete) dias (Brasil, 1990).

Entretanto, o direito de arrependimento é eficaz quando se trata de fornecedor honesto, porém a questão trazida à baila toca ao desamparo, à insegurança, e à vulnerabilidade dos consumidores no e-commerce ao se depararem com os fornecedores de má-fé. A falta de legislação e a impunibilidade, pela dificuldade de encontrar os malfeitores, tornam esse meio o cenário perfeito às fraudes, de maneira que a proteção a esses consumidores é uma medida de urgência.

Essa proteção só pode se efetivar por meio de ações do poder público, no sentido de investir na criação de ferramentas eletrônicas capazes de possibilitar aos usuários a verificação da veracidade dos produtos ofertados na rede, bem como dos certificados das empresas virtuais junto aos órgãos governamentais responsáveis pelos registros e fiscalização no ambiente do e-commerce. Além disso, é essencial a divulgação, em veículos de grande circulação, de cartilhas direcionadas ao consumidor, contendo orientações sobre formas de precaução contra compras fraudulentas em meio eletrônico.

Importa enfatizar o elevado faturamento do comércio virtual (R\$ 262,7 bilhões em 2022) e o crescente número de consumidores adeptos dessa modalidade de compras. Sendo assim, é dever do Estado tomar providências e criar condições que propiciem a proteção do consumidor no e-commerce, como medida de interesse

social, tendo em vista que isso afeta substancialmente a qualidade de vida daqueles sobre os quais recai sua responsabilidade fundamental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Código de proteção e defesa do consumidor (1990)].

Código de defesa do consumidor e normas correlatas. 2. ed.

Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

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

Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

CARMO, M. E. do.; GUIZARDI, F. L. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 3, p., 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/ywYD8gCqRGg6Rr-NmsYn8WHv/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 19 ago. 2023.

CARNEIRO, Thiago Rodrigo. O dia do consumidor e o direito do consumidor no Brasil. **Hoje em dia**, 2021. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/opini%C3%A3o-1.363900/o-dia-doconsumidor-e-o-direito-do-consumidor-no-brasil-1.451828>. Acesso em: 19 ago., 2023.

CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli.; MALTA, Marcella Vasconcelos et al. A proteção do consumidor no âmbito internacional.

Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5280, 15 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62654>. Acesso em: 9 nov. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 20. ed. v. 03. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Pretta. A proteção internacional do consumidor. **Enciclopédia Jurídica**, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/506/edicao-1/a-protecao-internacionaldo-consumidor>. Acesso em: 18 ago. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 20. ed. v. 03. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.; OLIVEIRA, A. F. 25 anos do código de defesa do consumidor: trajetórias e perspectivas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MARQUES, C. L.; MUCELIN, G. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, v. 11, n. 3, p. 1-30, 25 dez. 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872>. Acesso em: 18 ago. 2023.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão – 40. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MELO JÚNIOR, Luiz Wilson Alves de. COSTA, Ricardo Sérvulo Fonseca da. Responsabilidade do fornecedor de trocar produtos sem vício. *In*: MENEZES, Maria do Socorro da Silva (org.). **Estudos e reflexões sobre temas Jurídicos**. João Pessoa: Norat, 2023, p. 54-85.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais Online**, 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/003-novo-paradigmatecnologico-e-consumo.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FERREIRA, Vitor. Por um direito comum ao consumidor: a órbita global de consumo e a proteção internacional. *In*: MIRAGEM, Bruno.; MARQUES, Claudia.; OLIVEIRA, Amanda. **25 anos de trajetória do código da defesa do consumidor: trajetória e perspectiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/18-por-um-direito-comum-aoconsumidor-a-orbita-global-de-consumo-e-a-protecao-internacional-a-protecaointernacional-dos-consumidores/1479295774>. Acesso em: 18 ago. 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2020.

VERBICARO, Dennis; HOMCI, Janaína V. O Projeto de lei 3.514/15 e o conceito de consumidor comunidade-global. **Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-23/garantias-consumo-pl-351415-conceitoconsumidor-comunidade-global>. Acesso em: 18 ago. 2023.

LINEAMENTOS SOBRE A CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE RENEGOCIAÇÃO

*Fábio José de Oliveira Araújo*⁴⁸

TRAJETÓRIA CONCEITUAL DA CATEGORIA JURÍDICA DO DEVER GERAL DE CONDUTA

O Estado Liberal Clássico, de cunho eminentemente burguês, surgiu, como registra a doutrina (Bonavides, 1996, p. 67), com a Revolução Francesa no ano de 1789. O mundo, à época, e particularmente a França, vivia uma experiência ímpar, talvez sem paralelo na história recente da humanidade: a disputa pelo poder político polarizado, de um lado, pela burguesia e, do outro, pela monarquia absoluta e pelo Clero. Essa luta, que se revelou suficiente para reorganizar a política no mundo ocidental, ficou conhecida, mais tarde, como a quebra do *Ancien Régime*.

Tudo teve início quando, em razão da derrocada do sistema feudal de produção, sucedeu-lhe a monarquia absolutista, extremamente endividada com os gastos que realiza para manter guerras e privilégios, passou a desempenhar uma política econômica desastrosa, desconsiderando a situação de penúria em que vivia o povo francês. Essa realidade, somada ao fato de que a burguesia estava

48 Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL), Espanha. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Professor da UEPB, Campus I. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba. fabioaraujocg@gmail.com

nsatisfeita por conta da falta de poder político, foi suficiente para desaguar na convocação de Estados Gerais, o que aconteceu pela última vez ainda no reinado de Luís XIII.

Em maio de 1789, viria a primeira vitória: o voto, que naqueles conclaves era contado por casta ou classe, passou a ser contado individualmente. Isso acirrou os ânimos e fez com que os demais estamentos ali representados – nobreza e clero – se abstivessem da votação. Valendo-se dessa oportunidade, o Terceiro Estado, com fundamento nas ideias de Sieyès, separou-se dos demais e declarou-se assembleia nacional constituinte.

Mais tarde, sem ter como deixar de ceder às pressões, inclusive populares, clero e nobreza reconheceram a legitimidade da assembleia constituinte e, renunciando aos privilégios feudais garantidos pelo absolutismo, referendaram, em 26 de agosto de 1789, o novo regime através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Estava consolidada a Revolução Francesa.

A ascensão da burguesia ao poder político, por seu turno, revelou a necessidade de se estabelecer um *standard* valorativo capaz de pôr termo ao poder divino dos monarcas. Construiu-se um padrão axiológico assentado no racionalismo, no individualismo e no universalismo. Com base nesses novos postulados, passou-se a criticar a religião e os valores preestabelecidos pela Igreja Católica, bem assim a ética comunitária reinante no período feudal que pouco valorizava o indivíduo; e, ademais, incrementou-se a difusão da ideia de que a natureza do homem é idêntica em qualquer lugar.

Essa nova pauta de valores não tardou a refletir-se por sobre o direito e a ciência econômica, fazendo surgir, respectivamente, os primados da igualdade perante a lei e da autonomia plena da vontade, como também o liberalismo econômico e suas derivações, a saber: atuação livre do mercado, valorização e defesa da propriedade privada, livre iniciativa e livre competição. No campo específico da teoria clássica dos contratos, surgiram os princípios

da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do consensualismo e da autonomia da vontade.

O grande problema desse ideário liberal-iluminista foi a utilização dos valores acima apontados para a satisfação dos interesses da burguesia. É dizer: o racionalismo, o individualismo e o universalismo transformam-se em instrumentos de dominação da classe ascendente sobre a classe pobre. Imaginou-se, por equívoco, que submeter indivíduos materialmente distintos à mesma lei formal e às mãos invisíveis do mercado, seria suficiente para igualá-los, o que se verificou não ser verdade.

Não tardou em se reconhecer que a política liberal era capaz de gerar inúmeras injustiças sociais. Falta de acesso à escolaridade, condições precárias de trabalho, impossibilidade de rever o conteúdo dos contratos, tudo isso fez ruir o edifício liberal. A consequência de tais mudanças foi o surgimento de movimentos revolucionários que, calcados na ética voltada ao social e à cooperação entre sujeitos, fez surgir novo paradigma estatal: o Estado Social.

Com o Estado Social, teve início uma verdadeira ebulição de ideias. No campo dos valores, surgiu o humanismo; no da filosofia política, o intervencionismo estatal (destinado a fazer valer direitos de liberdade e direitos sociais); no da ciência econômica, o exercício mais pujante, pelo Estado, da atividade regulatória dos mercados; e, no direito, a boa-fé e o primado da igualdade material. Foi sob os influxos desses novos valores que, do final do século XIX até meados do século XX, assentou-se o modelo do *Welfare State*.

Na seara dos contratos, esse modelo fez surgir princípios que modificaram a forma de conceber o instituto. Passaram a conviver, conjuntamente, sem que uns excluísse os outros, os princípios da teoria clássica – em certa medida remodelados por conta da mudança de paradigma – e os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico. Foi lançada uma nova pauta axiológica.

Fruto dessas mudanças, os contratos passaram a ser regidos não apenas pela vontade das partes, que cedeu seu lugar de destaque à lei, mas também, e principalmente, por normas de ordem pública, dotadas de cogência e força interventiva, criadas para promover o equilíbrio material entre as partes e fazerem surgir uma autonomia regrada da vontade.

A RELAÇÃO OBRIGACIONAL SOB A PERSPECTIVA PROCESSUAL E O DEVER DE RENEGOCIAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A relação obrigacional dinâmica (ou sob a perspectiva processual, como aponta Judith Martins Costa (1999, p. 383)) se afasta por completo da noção de obrigação construída pelos romanos. Para estes, obrigação nada mais era do que um vínculo estático, uma sujeição bipolar, a unir, de um lado, o credor, e, do outro, a figura do devedor. Não havia, sob esse ângulo de visão, atribuição de importância para uma estrutura de múltiplos deveres que fosse bem além da simples relação crédito/débito.

A obrigação complexa – como também é chamada a obrigação dinâmica – diferentemente disso, leva em consideração todo um conjunto de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação, estados de sujeição e outros elementos que se agregam à relação obrigacional no decorrer de seu desenvolvimento.

Visualizar, portanto, a obrigação sob o ponto de vista processual é atribuir ao vínculo um espectro de atuação muito mais amplo do que aquele que se atribui à relação crédito/débito. É, noutro dizer, levar em conta aspectos internos da relação obrigacional, isto é, aspectos da realidade das partes que terminam por influir diretamente na formação de direitos, deveres, sujeições etc., totalmente negligenciados quando prepondera a simples análise dos seus elementos externos.

Analisar a relação obrigacional sob o prisma da complexidade implica ir além de sua dimensão estática e limitada, contemplando sua natureza dinâmica, capaz de gerar efeitos jurídicos ao longo de todo o seu desenvolvimento. Isso revela a importância de se considerar elementos que, em uma abordagem mais superficial, poderiam ser ignorados. Sem essa visão abrangente, qualquer análise jurídica da obrigação perde profundidade e consistência. No que interessa ao tema deste artigo, a noção de dever geral de renegociação – como relação capaz de vincular credor e devedor durante todo o iter obrigacional e de produzir direitos formativos e novas situações jurídicas – só encontra espaço dentro da concepção dinâmica da obrigação. Fora desse contexto, sua inteligibilidade se torna prejudicada e seus efeitos, restringidos.

Consequência dessa forma de encarar o vínculo obrigacional é reconhecer que, durante toda sua extensão, e em razão das mais diversas eventualidades, ele pode gerar às partes a assunção de novos direitos e de posições jurídicas inicialmente não pactuadas ou previstas, ou até mesmo não desejadas. Tais deveres e posições vão desempenhar papel importantíssimo sobre o vínculo, na medida em que serão capazes de impor uma pauta de conduta objetiva tendente a realizar os fins socioeconômicos da relação obrigacional.

Os deveres gerais de conduta se classificam em quatro grandes grupos: (a) deveres de proteção; (b) deveres de esclarecimento; (c) deveres de lealdade; e (d) deveres de cooperação ou assistência. Por força dos primeiros, impõe-se conduta com vistas a evitar ou, não sendo isso possível, a minorar danos ao patrimônio ou às pessoas dos contratantes; pelos segundos, obrigam-se os sujeitos do vínculo obrigacional a informar a contraparte de todos os aspectos da relação, principalmente daqueles capazes de produzirem efeitos deletérios; os terceiros geram, no dizer de Menezes Cordeiro (2007, p. 606), a obrigação de evitar *comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por*

elas consignado; por conta dos últimos, as partes obrigam-se mutuamente a, durante toda a relação, prestar assistência para que o objetivo funcional da relação seja alcançado.

Essa divisão dos deveres gerais de conduta é indicativa de que a forma como cada uma das partes deverá se comportar ao longo do contrato envolve, além dos direitos e deveres pactuados, uma série de outros direitos, deveres e situações jurídicas ditos instrumentais, todos vinculados à noção de boa-fé objetiva e calcados na eticidade e na cooperação. Apenas a concepção de relação obrigacional, como vínculo dinâmico, processual, é capaz de ressaltar essas nuances.

Sendo assim, sob a perspectiva das relações obrigacionais complexas, a boa-fé objetiva acaba por exercer forte influência no direcionamento das condutas das partes. E mais: essa diretriz comportamental produz efeitos jurídicos tanto antes da formação do vínculo, quanto depois da extinção do contrato, o que revela seu largo alcance de incidência.

Portanto, se há previsão legal de um efeito para depois do término do contrato; ou se após o cumprimento da obrigação principal, deveres outros surgem por força das obrigações secundárias; ou se, ainda, a eficácia é protraída no tempo, por força da natureza do contrato firmado, em todas essas situações estar-se-á frente a casos de aplicação dos deveres gerais de conduta.

Como se vê, falar de dever geral de conduta é falar de obrigação instrumental que se soma às demais obrigações, para dar funcionalidade à relação, efetivando-a. Tal obrigação decorre da boa-fé objetiva e, segundo Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p. 1), traduz-se em dever erigido à condição de princípio, não vinculado apenas ao dever de adimplir a obrigação, mas a todo o vínculo, em sua mais completa configuração.

Portanto, a categoria jurídica do dever geral de conduta não se refere apenas a um aspecto da relação obrigacional – o aspecto

prestacional – mas sim, e em especial, a todos eles, de modo que, por seu intermédio, estabelece-se verdadeiro guia a reger o comportamento dos sujeitos durante todo o transcurso da obrigação. É isso se espraia desde antes do contrato, na chamada fase pré-contratual, até a fase pós-contratual, quando, mesmo cumpridas as obrigações pactuadas, algumas restam a produzir efeitos, como forma de garantir a função social e o equilíbrio material do contrato.

A boa-fé objetiva impõe, portanto, em meio a esse contexto, um imperativo de conduta às partes que exige delas o direcionamento do seu agir não apenas em benefício próprio, mas sim de ambas as partes da relação. Ele seria um verdadeiro dever de benefício mútuo, dever tal que vai além das obrigações principais ou acessórias e, independentemente de previsão, acompanha a relação desde antes de sua formação até após sua execução. A esse dever dá-se o *nomen iuris* de dever geral de conduta.

Mas qual seria o conceito e onde se encaixaria o dever geral de renegociação em meio à realidade dos deveres gerais de conduta?

Pensa-se, de fato, que o dever geral de renegociação é um consectário do dever geral de cooperação, o qual, por seu turno, se revela na proibição de condutas maléficas, ilícitas ou prejudiciais e, além disso, no incentivo, a contrário *sensu*, daquelas condutas que facilitem o cumprimento das prestações por parte do devedor. Seria o oposto àquela visão individual-liberalista de antagonismo entre as pessoas do credor e do devedor, onde prevalecem os termos de uma simples equação de interesses essencialmente contrários.

Com efeito, se durante o vínculo obrigacional a todos é imposto o dever de agir cooperativamente, de modo a fazer com que a obrigação seja executada da maneira menos onerosa e com o mínimo de dano ao devedor, e isso sempre sob os cânones da boa-fé objetiva, o dever geral de renegociação seria uma obrigação imposta à parte menos vulnerável do contrato, dever esse que,

considerado o estado de incapacidade momentânea da contraparte, importaria o dever de submeter as bases da avença a uma revisão.

A razão de ser dessa obrigação (dever geral de renegociação) reside no fato de que aquele que se beneficia, ao longo de todo o contrato, com as prestações inicialmente pactuadas, haurindo os benefícios, práticos ou jurídicos, que tal condição é capaz de lhe oferecer tem o dever de cooperar com a parte mais frágil da relação, em especial quando esta se encontrar impossibilitada, por fatores alheios à sua vontade e às suas forças, de cumprir a avença, impondo-lhe renegociar os termos do pacto, de modo a equilibrá-lo materialmente e, assim, a moldá-lo aos valores axiológicos da boa-fé objetiva.

O dever geral de renegociação, assim sendo, revela-se numa obrigação que pode ser demandada autonomamente contra o credor e cujo objetivo precípua é fazê-lo partilhar com o devedor os ônus decorrentes da execução do contrato. Preserva-se, pois, por seu intermédio, não apenas a confiança e a lisura – que deve permear todo e qualquer vínculo jurídico –, mas assim também a igualdade material e a função social do contrato. Isso se verifica ainda com maior fundamento nos *contratos relacionais*, posto que neles as interações se renovam continuamente, podendo, ao longo do tempo, sofrer sérias modificações que justifiquem a repactuação.

O dever geral de renegociação é decorrência direta do princípio da boa-fé objetiva. Atribui-se a este postulado jurídico (boa-fé objetiva) três funções principais: a de cânone hermenêutico, a de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos e, por fim, a de norma criadora de deveres jurídicos. É com este último aspecto que o dever geral de renegociação se relaciona mais de perto.

A essência deste vínculo está em que a boa-fé objetiva necessita, a despeito das outras funções que possua, ser dotada de um poder de coerção para ditar comportamentos. Somente assim ela será capaz de regular o modo de agir dos contratantes e, por

consequente, fazer valer sua carga axiológica, impondo-lhes inúmeros deveres gerais de conduta, ora sob o figurino de prestações negativas (abster-se de praticar conduta que prejudique a contraparte) ora sob o figurino de prestações positivas (adoção de condutas tendentes à cooperação na execução do contrato).

Sua previsão no sistema é sinônimo de standardização comportamental. Ela, segundo Magalhães Marques (2006, p. 66-67), *reflete uma norma de conduta, um dever de agir com lealdade e em observância aos padrões sociais, com honestidade e confiança*⁴⁹. É, pois, com base nesse substrato – que aponta para padrões de conduta fundados na eticidade e na cooperação inter partes – que o dever de renegociação deve ser compreendido.

O dever geral de renegociação – corolário do dever de cooperar – não pode prescindir dessa característica funcional da boa-fé objetiva: a de norma criadora de deveres jurídicos gerais. E é assim porque é dela que ele retira toda sua essência.

Sua finalidade maior é conformar a atuação do credor, regulando-a, de modo a, impondo-lhe a repactuação, evitar a exploração dos devedores vulneráveis, o que, por fim, termina por se revelar na aplicação, caso a caso, do dever de realização da função social das obrigações.

O EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM FACE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Induvidoso notar, à vista do paradigma jurídico estabelecido pelo Estado Social, que não se pode mais visualizar os institutos do direito sob a mesma ótica com que eles eram visualizados no

49 Magalhães Marques, Frederico do Valle. *O princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2006, v. 25, p. 66-67.

período liberal. Isso simplesmente porque a teoria crítica passou a questionar as premissas sobre as quais o pensamento jurídico clássico se desenvolveu. Desse modo, tornaram-se alvo de severos questionamentos a cientificidade e a objetividade do Direito, a neutralidade do intérprete e a completude do sistema. Em diversas categorias do Direito essas mudanças já se mostram visíveis.

Basta ver o que ocorreu com temas de direito de família como o casamento, o concubinato ou a proteção à pessoa dos filhos, agora bem mais voltados ao afeto e à proteção integral do que no passado; ou o que se operou com matérias do direito das coisas, a exemplo da propriedade e da posse, sujeitas, ambas, a uma função social, algo impensável no Estado Liberal.

Mas parece ser mesmo na seara dos contratos que as grandes mudanças se implementaram, com maior força, trazendo novos contornos aos vínculos negociais.

Agora, diferentemente do período em que a autonomia da vontade não encontrava limites, é preciso estabelecer nesses negócios jurídicos um forte equilíbrio entre os valores da liberdade contratual e os princípios da função social, da equivalência material das prestações e da boa-fé objetiva.

Como se vê, a noção de boa-fé objetiva na relação contratual, seja por força de seu assento constitucional, seja pela expressividade e minudência da legislação de base que rege a matéria, vai bem mais além do que o simples cumprimento das prestações inicialmente pactuadas. Ela envolve, isto sim, um todo orgânico, representado pela relação obrigacional considerada em seu conjunto, o que acaba por gerar às partes, além dos deveres prestacionais, os chamados deveres gerais de conduta, que vão desde a fase pré-negocial até mesmo o término da execução do contrato.

A forte aplicação dos princípios sociais às relações negociais, aliada aos atropelos gerados no plano interno pelas crises econômicas de grande vulto ao redor do mundo, fez com que, especialmente

na última década, operasse mudanças severas na forma de interpretar os contratos, tanto os consumeristas quanto os civis. A busca pela equivalência material dos contratos, como princípio-guia dessas relações negociais, impôs a adoção, entre nós, de deveres para além daqueles pactuados originariamente, seja qual for a esfera de atuação – especializada ou comum.

E mais: aqui, diferentemente do que defendem os arautos da revisão com base em fatores de ordem objetiva, toma corpo e vulto a readaptação do contrato fundada em motivos de ordem subjetiva, os quais não consideram apenas a alteração da base negocial e o desequilíbrio nas prestações que isso é capaz de gerar como fatores suficientes para rever os contratos, mas também as condições pessoais de cada um dos contratantes e as suas mais diversas qualidades.

Isso tudo, se considerado em conjunto, acaba por fazer surgir aos fornecedores de bens e serviços uma nova gama de deveres gerais de conduta, dentre os quais se destaca o dever geral de renegociação. Esses deveres buscam tornar a relação entre consumidor e fornecedor mais equilibrada, além de ressaltar a confiança, a lisura e a expectativa que decorrem da boa-fé objetiva.

Com efeito, a doutrina europeia vem, há mais de uma década⁵⁰, reconhecendo a existência de um dever de renegociação fundado na boa-fé, como forma de adaptar o contrato cativo às condições do consumidor de crédito. Para seus adeptos, a boa-fé objetiva imporia, na hipótese de mudança das circunstâncias pessoais e subjetivas do contrato, a viabilidade de se revê-lo, de modo a manter o negócio, máxime quando não mais preservada sua base

50 Ver, a esse respeito, as obras de Denis Berthiau (*Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*), de 1999, e de Michael Martinek (*Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandaufnahme, Kritik ... und Ablehnung. Archiv für die civilistische Praxis*), de 1998, nas quais se reconhece como majoritária, em especial na Alemanha, a corrente doutrinária segundo a qual o dever de renegociação (adaptação) existe e vincula os contraentes.

objetiva, já que tanto a onerosidade excessiva do consumidor desequilibra o vínculo, quanto fatores de índole pessoal.

A essência da doutrina do dever de renegociação, em especial a de base alemã, está em reconhecer a mudança de paradigma que se operou com a ascensão do princípio da boa-fé objetiva. A partir de seu incremento, entendeu-se que o dever de cooperar, do qual o dever de renegociação deriva, termina por permitir a manutenção do vínculo, evitando o superendividamento e atingindo, assim, o fim último do contrato, qual seja, o de manter-se. Para tanto, é exigível apenas que a avença tenha suas bases reajustadas, de modo a que a parte mais vulnerável no vínculo tenha preservada sua condição.

Inferi-se, pois, desse raciocínio que, nos contratos que têm sua execução protraída no tempo e que envolvam a concessão de crédito ao consumidor, no bojo dos quais é nítida a desproporção entre as partes contratantes, haverá, diferentemente do que ocorre em outras relações negociais, um conjunto de deveres de conduta bem específico, que se soma àqueles outros deveres gerais (de informar, de equidade e de manutenção da equivalência material das prestações), e que tem no dever geral de renegociação talvez seu mais forte expoente.

O dever geral de renegociação encontra respaldo jurídico no princípio da manutenção dos contratos, no dever de cooperação e na boa-fé objetiva. Em conjunto, tais elementos impõem ao fornecedor um esforço, uma obrigação tendente a readaptar as bases da relação negocial, de modo a evitar a ruína financeira do cidadão-consumidor, o que, se levados em conta apenas os fatores de ordem objetiva, é impossível alcançar.

A lógica aqui construída e defendida é a de que a parte mais vulnerável da avença tem direito a mantê-la, dada sua necessidade de acesso ao crédito, impondo-se, por conseguinte, ao fornecedor, o dever de cooperar para tal, repactuando as bases do contrato.

Essa ideia de inclusão do dever de renegociação no direito positivo alemão é tão forte que Horn, citado por Cláudia Lima Marques (2006, p. 268), sugere a inclusão do parágrafo § ao art. 242 do BGB alemão. Esse artigo, famoso por ser considerado a fonte de inspiração para muitos países no rumo à inclusão em seus ordenamentos jurídicos do princípio da boa-fé objetiva, teria, com o acréscimo sugerido, a previsão expressa dos deveres anexos.

Há, portanto, uma forte tendência a que a tese da renegociação seja aceita. Seja ela prevista ou não em direito positivo, a noção de boa-fé objetiva que lhe serve de base tem se revelado num fortíssimo fundamento para sua aplicação.

CONCLUSÕES

À vista de tudo, portanto, é possível deduzir, na esteira do que fazem os alemães, que a cláusula da boa-fé objetiva traz ínsita a noção de correção e adaptabilidade. Esse princípio impõe ao intérprete jurídico a capacidade de ajustar o vínculo contratual às especificidades e às circunstâncias do caso concreto, considerando as peculiaridades econômicas e sociais que possam influenciar o equilíbrio da relação entre as partes.

A boa-fé objetiva, em sua função de norma criadora de deveres, não se limita a um simples imperativo de adimplemento das obrigações pactuadas, mas se expande para abranger uma visão mais ampla da justiça contratual, garantindo que os contratos mantenham sua eficácia e relevância ao longo do tempo, mesmo diante de alterações imprevisíveis no contexto das partes.

Assim, a boa-fé objetiva confere flexibilidade ao contrato, permitindo que o vínculo se ajuste de acordo com as mudanças de circunstâncias que possam afetar significativamente uma das partes. Esse princípio evita que o contrato se torne um instrumento de opressão e injustiça, especialmente para o contratante mais

vulnerável, que, sem essa adaptabilidade, poderia ser levado à ruína econômica. Ao exigir que o contrato seja reequilibrado conforme as novas condições, a boa-fé objetiva protege não apenas os interesses individuais, mas também o próprio propósito socioeconômico da relação contratual, preservando sua função social.

A manutenção do vínculo contratual, em consonância com o princípio da permanência dos contratos, é um objetivo primordial desse modelo. A boa-fé objetiva não se contenta com a mera extinção da relação jurídica diante de dificuldades, mas busca soluções que garantam a continuidade do contrato, sempre que possível, mediante a renegociação e adaptação das suas cláusulas. Dessa forma, preserva-se a confiança mútua entre as partes, bem como os valores subjacentes à função social dos contratos, evitando que fatores externos comprometam o equilíbrio originalmente pretendido.

Portanto, o dever geral de renegociação emerge como um instrumento de justiça material, assegurando que as partes possam enfrentar de maneira equitativa as vicissitudes da vida econômica. Ele promove a solidariedade e a cooperação, elementos fundamentais para que o contrato cumpra seu papel de regulador das relações privadas em uma sociedade que valoriza a justiça, o equilíbrio e a boa-fé nas interações humanas.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: **Revista USP. São Paulo**, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

_____. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários** 9/41, Brasília/CJF, set.-dez. 1999.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. (parecer). **Revista dos Tribunais**, vol. 87, n. 750, São Paulo, abr./1998, p. 113-120.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAUDEL, Fernand. **Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII: os jogos das trocas**. Trad. Telma Costa; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

CONSTANT, Benjamim. **Filosofia política**. L&P Editores Ltda.: Porto Alegre, 1985.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito das Sociedades. Das sociedades em geral**. 2. ed. Almedina, 2007.

FACHIM, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3 ed., ver. atual. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, 1958.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. A boa-fé como fonte de obrigações. **Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, Vol. 2, n. 1 (1998).

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva Gontijo. Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações. **Revista Jurídica Uniaraxá**, v. 14, n. 13, p. 119-146, 2010.

HABENHORST, Eduardo. **A normatividade dos fatos**. João pessoa: Vieira Livros, 2003.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: **Editorial Revista de Derecho Privado**, 1958.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Brasília a. 36; n. 141 jan./mar. 1999.

_____. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Publicado em 06/2005 e visualizado na internet no dia 1/10/2024, no endereço eletrônico <http://jus.com.br/artigos/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis/print>

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento, uma problemática geral. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 17, p. 57-64, 1996.

_____. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006.

MAGALHÃES MARQUES, Frederico do Valle. O princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. In: **Revista trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2006, v. 25, p. 66-67.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010.

_____. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: RT, 2006.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos: a preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita.** Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos: a preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita.** 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo

Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

POUND, Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Trad. José Puig Brutau. Granada: Comares, 2004. XXXVIII.

ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. **Reimpessão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Flávia Grazielle Rebouças Teixeira de Carvalho
Ana Cristina Barbosa Guedes de Carvalho Rocha

INTRODUÇÃO

Durante toda trajetória temporal, as pessoas com deficiência foram alvo de preconceito e discriminação em todos os campos da vida em sociedade. Entretanto, uma mudança de paradigma vem sendo concretizada paulatinamente, através do reconhecimento constitucional e internacional dos seus direitos, especialmente, o direito à saúde, já que nos referimos a um direito social e humano e da necessidade de se erradicar a discriminação e respeitar a diversidade.

Assim, diante das lutas pela efetivação das mais diversas garantias constitucionais, o direito fundamental à saúde se insere na órbita dos direitos sociais e vem se tornando uma constante preocupação, pois mesmo encontrando-se assegurado pela Constituição Federal de 1988, não vem sendo plenamente efetivado para todos os cidadãos, que por diversas vezes têm recorrido às ações judiciais a fim da obtenção do seu cumprimento.

Partindo-se deste pressuposto, o presente trabalho tem como objetivo analisar este direito fundamental, mais especificamente, no que diz respeito a sua aplicabilidade às pessoas com deficiência, analisando-se a importância do atual modelo social de deficiência, o qual traz uma nova abordagem à temática, ao reconhecer que as

barreiras ou a falta de estrutura social são os reais fatores impeditivos da inclusão social.

Nesse contexto, explanaremos sobre o direito fundamental à saúde das pessoas com deficiência, baseando-se no que aduz a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – DUDH, bem como ao que preceitua a nossa Carta Magna, a legislação infraconstitucional e as normas de caráter protetivo, relacionadas ao grupo ora em estudo.

Consoante será exposto, trataremos sobre a temática das pessoas com deficiência, sob o viés da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito e valor intrínseco inerente ao homem.

Buscaremos demonstrar a importância da concretização deste direito fundamental, por estar diretamente relacionado à própria vida do ser humano, bem como, à atuação do Estado diante da concretização das políticas públicas que têm por escopo garantir o mínimo existencial e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

A fim de encontrarmos respostas satisfatórias ao tema abordado, realizaremos uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir do levantamento de referências teóricas já realizadas, como também, por livros, artigos científicos e páginas da web, utilizando-se o método de abordagem dedutivo de análise de dados. Cabe-nos, ainda, esclarecer que o tema abordado neste estudo é amplo. Obviamente, a presente pesquisa não esgotará o assunto, mas, espera-se, de algum modo, ter contribuído na análise da matéria.

A INTER-RELAÇÃO ENTRE O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No que diz respeito à matéria relacionada ao direito fundamental à saúde das pessoas com deficiência, cumpre-nos tecer, de

início, breves considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma qualidade peculiar de cada ser humano, que o faz detentor de respeito por parte do Estado e da sociedade, independentemente de qualquer particularidade ou característica que o distinga. Nesse contexto, Ingo Sarlet (2001), já definiu a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (Sarlet, 2001, p. 60).

Portanto, representa um valor moral inerente à pessoa e constitui um princípio máximo do Estado Democrático do Direito, sendo também consagrado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, como um de seus princípios fundamentais, demonstrando uma gradativa preocupação traduzida em ações afirmativas que buscam assegurar às pessoas com deficiência um melhor acesso à sociedade. Senão vejamos:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: - a soberania; II - a cidadania; III

- a dignidade da pessoa humana; [...] (Brasil, 1988).

Ao longo do tempo, a dignidade da pessoa humana foi sendo compreendida como um valor inerente ao homem, devido ao fato deste constituir-se em um ser humano. Possuindo um conteúdo axiológico, por expressar os valores primordiais da condição do homem enquanto pessoa, sujeito dotado de razão e consciência, é composto também por um conteúdo normativo que ultrapassa os limites estabelecidos constitucionalmente. Esse ideário, se dissemina e passa a embasar todo ordenamento jurídico do Estado brasileiro e torna-se uma base fundamentadora na busca pela concretização dos direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos.

Portanto, ressalta-se que o princípio da dignidade humana deve ser considerado de forma inquestionável, garantindo a todas as pessoas, com ou sem deficiência, as condições que garantam uma vida digna, a partir da efetivação dos direitos fundamentais, no qual se encontra inserido o direito à saúde.

Sobre o enfoque da deficiência, seu conceito mais recente se dá com base na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pela ONU em 2007, e referendada pelo Brasil em 2008, fazendo parte do nosso Ordenamento Jurídico. Portanto, são consideradas “pessoas com deficiência” todas aquelas pessoas com algum tipo de limitação física, sensorial ou cognitiva, mas que possuem capacidade para o trabalho e para uma vida independente, na medida de suas limitações, agregadas a uma interação entre o meio ambiente e a sociedade.

Atualmente, o modelo social reitera que a deficiência não é um atributo intrínseco de quem a possui, mas está pautada na impossibilidade do Estado e da sociedade em conseguir recepcionar estes indivíduos como verdadeiros cidadãos detentores de direitos e deveres. Baseada no atual modelo social de deficiência, a referida Convenção modificou o entendimento a respeito das terminologias

anteriormente utilizadas, como “portador de necessidades especiais”, “portador de deficiência”, “deficientes”, “inválidos”, entre outros, formulando o mais recente conceito sobre deficiência em seu art. 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2007).

Esclarece Laís de Figueiredo Lopes (2007, p. 55) que este novo paradigma social foi relevante para o surgimento da Convenção, pois nasce como resultado da mobilização das organizações da sociedade civil “de” e “para” pessoas com deficiência, ativistas de direitos humanos, agências internacionais, além dos Estados que encamparam a causa. Para Carolina Ferraz (2016):

Apenas com o advento do modelo social a pessoa com deficiência passa, finalmente, a ser reconhecida como sujeito de direitos e deveres em igualdade de condições com as demais pessoas, deixando de ser mero destinatário de políticas assistenciais, de base paternalista” (Ferraz, 2016, p. 7).

Desse modo, inova ao estabelecer um novo conceito, mudando o foco da deficiência, antes intrínseca ao indivíduo que a possuía, para ser inerente às barreiras sociais que impedem a inclusão.

Assim, se assevera que o modelo social de deficiência foi primordial para o rompimento do paradigma da exclusão e para o

nascimento de uma postura legal embasada na dignidade humana e na igualdade. Fonseca (2012) registra nestes termos:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir, atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação na vida política, aqui considerada no sentido amplo. As barreiras de que se trata são os aspectos econômicos, culturais, tecnológicos, políticos, arquitetônicos, comunicacionais, enfim, a maneira como os diversos povos percebem aqueles predicados. O que se nota culturalmente é a prevalência da ideia de que toda pessoa surda, cega, paraplégica, amputada ou com qualquer desses impedimentos foge dos padrões universais e por isso tem um “problema” que não diz respeito à coletividade. É com tal paradigma que se quer rompe (Fonseca, 2012, p. 24).

A proteção da pessoa com deficiência também foi introduzida pela Constituição Federal de 1988 em vários dispositivos, citados em capítulos diferentes, demonstrando uma gradativa preocupação traduzida em ações afirmativas que buscam assegurar à pessoa com deficiência um melhor acesso à sociedade, oportunizando as mesmas, independentemente de suas limitações físicas, mentais ou sensoriais a inclusão social.

Além do que dispõe a Carta Magna, o respaldo dos direitos das pessoas com deficiência também é embasado através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1984, pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral da ONU e ratificada pelo Brasil, por tratados e convenções internacionais aprovados pelo procedimento da

Emenda Constitucional, como também, por legislações em esferas federais, municipais e estaduais.

Assim, a responsabilidade para que haja a concreta efetivação do pleno exercício desses direitos é do Estado e da sociedade, de modo a reconhecer que são pessoas com necessidades diferenciadas, detentoras de direitos específicos estabelecidos em normas legais, a fim de garantir-lhes o bem-estar social, pessoal e econômico que lhes são devidos.

Do mesmo modo, a Constituição Federal aduziu em seu art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, estabelecendo como fundamentos principais da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Para Dinaura Gomes (2014):

A característica da fundamentabilidade é conferida a determinados direitos mediante reconhecimento formal pela Constituição de 1988 e em razão do reconhecimento material, pois existem direitos que são fundamentais, devido à imprescindibilidade para a tutela da dignidade humana, apesar da ausência de previsão constitucional explícita (Gomes, 2014, p. 20).

Portanto, compreende-se que o referido modelo deixa evidente que a deficiência está pautada nas mais diversas barreiras sociais que impedem a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Para Flávia Piovesan (2009, p. 302) “o conceito é inovador por agregar o meio ambiente social e econômico como fator que agrava a deficiência”.

Ademais, a partir do advento da nova abordagem legal, tornou-se mais evidente que a saúde é direito de todos, devendo ser exercido e concretizado da mesma forma para todas as pessoas.

A LEGISLAÇÃO COMO FONTE GARANTIDORA DE PROTEÇÃO À DEFICIÊNCIA

Até o início do século XX, não se falava do direito à saúde como um verdadeiro direito fundamental, sendo relacionada ao direito à vida. Com o fim da 2ª Guerra Mundial, paradigma indispensável para a valorização dos direitos humanos fez com que este passasse a ser observado por todos os povos e nações. Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – 1948 aduz em seu art. XXV que:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948).

Destacou-se a internacionalização dos direitos humanos e o direito à saúde passa a ser relacionado ao contexto do meio ambiente em que se vive, estando diretamente relacionado a uma boa alimentação, moradia, lazer e a um meio ambiente favorável.

Corroborando com o entendimento da referida Declaração, a Convenção das Pessoas com Deficiência estabeleceu em seu art. 25 um tópico específico direcionado ao direito fundamental à saúde das pessoas com deficiência. Senão vejamos:

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível,

sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes:

a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;

b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Secretaria de Direitos Humanos.

c) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural;

d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a

conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;

e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa;

f) Prevenirão que se neguem, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência (Convenção das Pessoas com Deficiência, 2007).

O texto aborda, de forma clara e ampla, todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, compreendendo a prevenção de doenças, o direito de estar sadio, qualidade nos atendimentos e serviços, para que a pessoa com deficiência possa estar apta a exercer suas atividades de trabalho ou lazer.

Na Constituição de 1988, o direito à saúde ganhou status de direito individual, evidenciado como um direito fundamental consagrado no caput do art. 5º ao garantir o direito à vida e em seu art. 6º como um direito social de 2ª dimensão:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

Portanto, a Carta Magna adota um sentido amplo ao direito à saúde, envolvido em uma relação simbiótica de direitos

fundamentais que não podem ser desprezados pelo Estado Democrático de Direito. Com isso, torna-se evidente que as pessoas com deficiência devem ter esse direito assegurado, como forma de garantia de uma vida digna para conviver em sociedade. Já em seu art. 23, inc. II, estabelece que é competência comum da União, estados, do Distrito Federal e dos municípios, cuidar da saúde da pessoa com deficiência. Nesse sentido preceitua:

A competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) (Brasil, 1988).

Andrade (2004, p.15) analisa os direitos fundamentais sob vários aspectos e afirma que “aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por várias perspectivas”. Sob uma perspectiva filosófica, sustenta que “os direitos fundamentais podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares”. Numa perspectiva constitucional, são considerados “os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados”. Para Novais (2006):

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito (Novais, 2006, p. 19).

Corroborando com o mesmo entendimento, a Lei de n.º 13.146/15, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), aduziu em seu art. 1º que:

(...) é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (...) (Estatuto da pessoa com deficiência, 2015).

Possuindo, assim, como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Entrou em vigor em janeiro de 2016, tornando-se uma referência na proteção destes indivíduos, corroborando com o novo conceito de “pessoa com deficiência” já estabelecido pela Convenção.

O referido Estatuto, baseado na igualdade e dignidade da pessoa humana traz regras e orientações para a promoção dos direitos e liberdades das pessoas que possuem algum tipo de deficiência, com o objetivo de garantir a inclusão social e o exercício da cidadania, abordando em seu capítulo III, o direito à saúde, enfatizando em seu art. 18 que:

É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.

§ 1º É assegurada a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas.

§ 2º É assegurado atendimento segundo normas éticas e técnicas, que regulamentarão a atuação dos profissionais de saúde e contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como sua dignidade e autonomia.

§ 3º Aos profissionais que prestam assistência à pessoa com deficiência, especialmente em serviços de habilitação e de reabilitação, deve ser garantida capacitação inicial e continuada (...) (Estatuto da pessoa com deficiência, 2015).

Portanto, a Lei Brasileira de Inclusão elenca um rol de medidas que devem ser tomadas a fim de que a saúde faça parte de um sistema social, devendo ser implementada por parte do Estado. Afinal, não se pode conceber que em um Estado Democrático de Direito, em que o Princípio da Igualdade se encontra diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, o referido grupo em estudo ainda tenha seus direitos fundamentais cerceados, tornando-se refém das suas limitações, sobretudo, porque as pessoas com deficiência, como qualquer cidadão, têm o direito à atenção integral à saúde, indistintamente.

O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A Organização das Nações Unidas também proclamou em 09 de dezembro de 1975 a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes que diz em seu artigo 3º:

As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja a origem, natureza

e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível (Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, 1975).

Trata-se de um valor fundamental traduzido em um princípio constitucional, tornando-se um elemento essencial na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Portanto, deverá ser estabelecido como uma meta, representando um valor absoluto de cada ser humano. Para Jorge Reis Novais (2006, p. 19):

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito (Novais, 2006, p. 19).

No mesmo sentido, é cediço afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais inerentes aos mesmos, notadamente, quanto ao direito à saúde, demonstra a necessidade de um tratamento especial e diferenciado, a fim de contribuir para o fim da discriminação e o seu consequente desenvolvimento individual em sua completude.

Entretanto, sua efetividade ainda é um desafio, possuindo o Estado a obrigatoriedade de promover uma igualdade fática. Para Juan Mendez (2000, p. 342): “Desde Platão e Aristóteles, sabemos que a igualdade formal é insuficiente. Logo, fica evidente para as autoridades políticas que, para que esses direitos não sejam puramente formais, devem ser tomadas algumas medidas equalizadoras”. Para Fonseca (2012):

A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. Trocando em miúdos, quero dizer que a deficiência não está na pessoa e sim na sociedade, que deve, como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se (Fonseca, 2012, p.27).

A evolução no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência tem progredido gradativamente no decorrer dos últimos anos, no entanto, os direitos sociais enfrentam o grande desafio da sua efetividade. Torna-se necessário que toda legislação existente seja concretizada através de um planejamento inclusivo que respeite a heterogeneidade como traço marcante, vez que os tipos de deficiência são múltiplos e devem ser superados de modos diferentes. Acerca da obrigatoriedade por parte do Estado no que diz respeito às políticas públicas, mencionou Sarlet (2010):

Com efeito, um direito originário a prestação, poderá mesmo resultar, para além de gerar uma pretensão (individual ou coletiva) à satisfação do bem assegurado pela Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a prestação de tal fruição de tal prestação. Se, por sua vez, um titular de direito fundamental for excluído do âmbito dos beneficiários da política pública, o fato de ter assegurado um direito fundamental, lhe assegura, em princípio, a possibilidade de acionar o poder público e exigir a prestação (Sarlet 2010, p. 206).

Portanto, além das políticas públicas baseadas em um planejamento que respeite as diferenças, faz-se necessário mencionar que o respeito à diversidade por parte da sociedade também é considerado um fator necessário para que estes indivíduos se tornem, efetivamente, sujeitos de direito, de modo que a deficiência, em hipótese nenhuma, seja motivo justificador para qualquer conduta discriminatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo conceito de deficiência trazido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe significativas modificações na vida do grupo populacional ora em estudo, ao assegurar que a condição de “pessoa”, seja o requisito essencial para a titularidade dos direitos por ele proclamados.

A Constituição Federal de 1988 adota um sentido amplo ao direito à saúde, envolvido em uma relação simbiótica de direitos fundamentais que não podem ser desprezados pelo Estado Democrático de Direito. Com isso, torna-se evidente que as pessoas com deficiência devem ter esse direito assegurado, como forma de garantia de uma vida digna para conviver em sociedade.

O direito à saúde, portanto, trata-se de um direito fundamental estabelecido constitucionalmente, fazendo-se necessário para sua concretização que o respeito à integridade destas pessoas seja priorizado, enfatizando-se, ainda, que a sociedade também necessita estar preparada para lidar com a diversidade, se conscientizar e se adequar à legislação existente, posto que está diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, o direito à vida.

Diante das lutas pela efetivação das mais diversas garantias constitucionais, o direito fundamental à saúde se insere na órbita dos direitos sociais e vem se tornando uma constante preocupação,

pois mesmo encontrando-se assegurado pela Constituição Federal de 1988, não vem sendo plenamente efetivado para todos os cidadãos, que por diversas vezes têm recorrido às ações judiciais a fim da obtenção do seu cumprimento.

Estabelecido constitucionalmente, torna-se uma obrigação a ser cumprida pelo Poder Público, por meio de prestações positivas, cumprindo com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O avanço na legislação é incontestável, não restando dúvidas acerca da importância das políticas públicas que resguardecam a diversidade, como forma de minimizar as desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Pro-mulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, ago. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Dispõe sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Diário

Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Dispõe sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2024.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos / 1948.** Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 09 de setembro de 2024.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos.** Scientia Iuris, Londrina. 2014.

VALENÇA Ferraz, Carolina; LEITE, Glauber Salomão. **Pessoas com deficiência: A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos.** In: Ferraz, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência.** LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v. 72. n. 3. p. 263-70. Mar. 2008.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueiredo. **“Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na ONU”, in Deficiência no Brasil, Uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.** Editora Obra Jurídica. 2007.

MENDEZ, Juan. **Democracia, violência e injustiça**. Editora Paz e Terra. São Paulo. 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL

Lilian Frassinetti Correia Cananéa⁵¹

INTRODUÇÃO

A proposta apresentada neste estudo está diretamente relacionada com a constatação de casos de reincidentes (pessoas que incorrem em novo tipo penal), quando da realização de mutirões carcerários em diversos presídios nas comarcas do Estado da Paraíba.

Dessa maneira, durante a leitura do artigo, o leitor terá condições de acompanhar o *modus operandi* de um mutirão carcerário e, em especial, qual a grande função jurídica e social desse processo, no âmbito da execução penal.

Para que seja possível realizar o desenvolvimento do texto, optou-se por seguir como objetivo geral analisar quais são os efeitos da reincidência na execução penal e, para conseguir atingir a proposta desejada, segue-se como objetivos específicos: compreender o funcionamento de um mutirão carcerário; refletir sobre a importância do mutirão carcerário; compreender o posicionamento do STJ no que se refere ao processo de cálculo de penas para os casos de reincidência. Para tanto, como procedimento técnico, será realizada uma pesquisa bibliográfica, descritiva e método de abordagem dedutivo.

51 Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DOS MUTIRÕES CARCERÁRIOS

Após mais de 10 (dez) anos realizando mutirões carcerários em diversos Presídios nas Comarcas do Estado da Paraíba, atendendo reeducando por crimes diversos, muitos reincidentes, que “etimologicamente, o termo reincidência, do latim *recidere*, significa a recaída em novo crime” observou-se a necessidade de um aprofundamento sobre o estudo da reincidência, quer seja específica ou não, e seus efeitos na execução penal.

Os mutirões carcerários são realizados por ordem alfabética, com a presença de um Juiz de Direito, um Promotor de Justiça e um Defensor Público, todos com atuação na execução penal, e tem surtido um duplo efeito, conceder benefícios aos reeducandos que já atingiram os requisitos objetivos e subjetivos, e dá o direito de escuta a quem se encontra encarcerado e, muitas vezes, sem a assistência devida.

Durante a realização dos mutirões, é fato o retorno de vários detentos, quer seja pela dificuldade de se manter fora do cárcere, alguns após vários anos encarcerados, o que torna difícil conseguir emprego, principalmente pelo uso da tornozeleira eletrônica, diante do preconceito existente e muitos por fazerem parte de facções e geralmente cumprem ordens e novos crimes são praticados.

E se já são condenados, sentença transitada em julgado, com a prática de novo crime, vem a reincidência, que agrava a situação do reeducando, e diante de alguns entendimentos, o agravamento é maior, e é sobre os efeitos da reincidência na execução penal que este artigo trata.

Atualmente, o Código Penal disciplina a reincidência através dos arts. 61, 63 e 64. Vejamos:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência.

A reincidência é circunstância agravante e no momento da sentença ela deve ser analisada por ocasião da aplicação da pena, conforme veremos mais adiante.

O art. 63, do mesmo diploma legal, define a reincidência:

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

E, em seguida, o art. 64 disciplina o tempo em que irá prevalecer os efeitos da reincidência

Para efeito de reincidência:

I – Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos, computados o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (BRASIL, 1940).

Como se pode observar, para que ocorra a reincidência, são necessários três fatores: prática de crime anterior; trânsito em julgado da sentença condenatória e prática de novo crime. E fazendo uma breve análise histórica, a reincidência passou a fazer parte do Código Penal desde a época do Império. Vejamos na lição de Carrazzoni (2005, online):

A reincidência no Brasil esteve presente desde o Código Criminal do Império de 1830 (artigo 16, § 3º) e no Código Penal de 1890 (artigo 40); em ambos diplomas era tida como circunstância agravante, em relação ao “novo” delito, desde que da mesma natureza do antecedente (reincidência específica). Somente no Código de 1940, é que o legislador adotou simultaneamente a reincidência genérica e específica (artigos 46 e 47), porém em caráter perpétuo. No ano de 1977, com advento da Lei 6.416, o legislador brasileiro alterou o critério de aplicação da reincidência, impondo limite ao lapso temporal (5 anos) e abolindo a forma específica do instituto em análise (Carrazzoni, 2005 online).

O Código Penal de 1940 fazia a distinção entre a reincidência específica e genérica, no art. 46, que assim dispunha:

Art. 46 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença, que no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Parágrafo 1º – Diz-se a reincidência:

I – Genérica, quando os crimes são de natureza diversa;

II – Específica, quando os crimes são da mesma natureza.

Parágrafo 2º – Consideram-se crimes da mesma natureza, os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam pelos fatos que os constituem, ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Art. 47 – A reincidência específica importa:

I – a aplicação da pena privativa de liberdade acima do mínimo com a máxima;

II – a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I (Brasil, 1940).

Com a entrada em vigor da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, o Código Penal foi alterado, impondo um limite de 05 anos e abolindo a forma específica. No Código Penal de 1940, os efeitos da reincidência eram perpétuos, não importava o tempo que o crime foi praticado, esta sempre existiria, o que foi corrigido, impondo-se o limite de 05 anos, no entanto, só com a reforma de 1984, ocorrida em 11 de julho de 1984, Lei n. 7.209, que completou 40 anos este ano, a reincidência passou a ser tratada nos arts. 63 e 64, do Código Penal, mas mantido o prazo máximo de 05 anos, a contar da extinção da punibilidade.

Vale ressaltar que naquele ano, 1984, contávamos com uma população carcerária de 258.503 presos, para uma população de 134 milhões de habitantes. E segundo um relatório lançado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) através do 15º Ciclo de Levantamento de Informações Penitenciárias do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN) com dados referentes ao segundo semestre de 2023, a população carcerária é de 650.822 presos em celas físicas e 201.188, em prisão domiciliar, para 203.080.756 milhões de habitantes, dados atualizados em 22.12.2023, do último Censo de 2022 (Brasil, 2022).

A população carcerária nesses 40 anos só cresceu. E muitos dos que saíram, voltaram, demonstrando, em tese, uma maior periculosidade, já que nem sempre aquele que é reincidente é o mais perigoso. Pode ser que o indivíduo seja reincidente em crime de lesão corporal e primário em um crime de estupro, e com certeza,

o crime de estupro demonstra uma maior periculosidade. Mas muitos sempre acharam que a reincidência era causa de maior periculosidade e, por isso, o legislador procurou uma forma de punir mais gravemente quem pratica mais de um crime. Aquele que sai da unidade prisional e depois retorna, muitas vezes sai em cumprimento de pena no regime semiaberto, pratica novo crime e retorna. E já estiver ocorrido o trânsito em julgado, não estiver em cumprimento de pena com guia de recolhimento provisória, estará, em caso de nova condenação, configurada a reincidência.

A Lei de Execução Penal, 7.210/84, admite, no seu art. 2º, parágrafo único, e é possível que um reeducando esteja em cumprimento de pena e não esteja sujeito, caso pratique um novo crime, aos efeitos da reincidência, em razão da ausência do trânsito em julgado.

A reincidência é considerada circunstância agravante da pena, deve ser valorada na 2ª. fase da dosimetria, não podendo ser incluída nas circunstâncias judiciais, sob pena de se incorrer em bis in idem, e assim, foi sumulada a questão – Súmula 241, do STJ: **“A reincidência penal não pode ser constituída como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”**. (Grifo nosso).

A reincidência pode ser reconhecida pelo juízo das execuções penais, independente do juízo processante. No início, quando se tinha o entendimento de que não era possível o reconhecimento da reincidência sem que esta tivesse sido expressamente reconhecida pelo juízo sentenciante, nós, juízes da execução penal, deixávamos de aplicá-la na elaboração dos cálculos para expedição do atestado de pena a cumprir e, conseqüentemente, na concessão dos benefícios. E esse entendimento perdurou por um bom tempo, e com a mudança, causou muita controvérsia em razão de ter doutrinadores que entendiam ferir a coisa julgada, no entanto, a partir do julgamento dos Embargos de Divergências em RESP n. 1.738.968

– MG (2018/0104698 – 0) cuja relatoria coube à Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, foi sanada a discussão e passou-se a reconhecer a reincidência mesmo que não tenha sido reconhecida em sentença, em fase de execução penal.

Essa decisão gerou muito impacto no âmbito da Execução Penal. Vejamos a ementa:

‘EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PROCLAMAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE **REFORMATIO IN PEJUS**. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções. 2. A intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu. 3. ‘Tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido *decisum*, no tocante ao quantum de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restrições de direitos. Todavia, as condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios (progressão de

regime, livramento condicional etc.)' (AgRg no REsp 1.642.746/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017). 4. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental, para dar provimento ao recurso especial e, assim, também cassar o acórdão recorrido e a decisão de primeiro grau, devendo o Juízo das Execuções promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes (TJMG, 2018. RESP n. 1.738.968 – MG 2018/0104698 – 0).

E várias interpretações surgiram, e entendendo se tratar de atribuições distintas, Masson (2024) disserta bem sobre o assunto:

A reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória. O reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e execução penal produz efeitos diversos. Incube ao juízo de conhecimento a aplicação da agravante do art. 61, inciso I, do Código Penal, para fins de agravamento da reprimenda e da fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Em um segundo momento, o reconhecimento dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao Juízo das Execuções Penais nos termos do art. 66, inciso III, da Lei de Execução Penal. Desse modo, ainda que não reconhecida na condenação, a reincidência deve ser observada pelo Juízo das Execuções para

concessão de benefícios, sendo descabida a alegação de *reformatio in pejus* ou de violação da coisa julgada, pois se trata de atribuições distintas (Masson, 2024 p. 410).

E diante da matéria ter sido muito debatida, e com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, citada, ao decidir sobre um benefício a ser concedido no âmbito da execução penal, o juiz deverá observar a questão da reincidência, que pode ser específica ou genérica. E essa questão da distinção da reincidência, que tinha sido excluída do Código Penal de 1940, nas decisões continuou sendo observada na aplicação da pena e até mesmo na execução penal.

Com a entrada em vigor do Pacote anticrime, Lei n. 13.964/2019, os critérios para progressão de regime foram modificados, revogando o art. 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.072/90 que dispunha para progressão de regime em crimes hediondos ou equiparados. E a partir de então, a reincidência específica passou a ter uma conotação de agravar mais o período para obtenção de benefícios.

Comentando sobre o tema, Lima (2024), em sua obra Manual de Execução Penal, assim dispõe:

Eis que surge, então, o Pacote Anticrime, introduzindo novos requisitos objetivos para a progressão de regime, relativamente mais severos, a depender do caso concreto. Considerando-se que a Lei n. 12.964/19 também revogou o art. 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.072/90, que, pelo menos até então, dispunha sobre a progressão de regime para crimes hediondos ou equiparados, é de rigor a conclusão no sentido de que a nova sistemática constante no art. 112 da LEP, com critérios e percentuais distintos e específicos para cada

grupo, é aplicável inclusive para tais delitos. Tome-se como exemplo o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado com resultado morte: se, até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 a progressão estava condicionada ao cumprimento de 3/5 (três quintos) ou seja, 60% da pena – revogado parágrafo 2º do art. 2º, da Lei n. 8.072/90 –, doravante, leia-se em relação aos crimes cometidos a partir da vigência do Pacote anticrime (23.01.2020), tal apenado terá que cumprir ao menos 70% (setenta por cento) da pena (Lima, 2024, p. 97).

A reincidência pode ser genérica ou específica. Na genérica, os crimes praticados são de diversos tipos penais, e na específica, o crime deverá ser do mesmo tipo penal, da mesma espécie ou semelhante. No caso do crime hediondo ou assemelhando, sem o resultado morte, caso seja condenado por novo crime dessa espécie, reincidente específico, a progressão só ocorrerá se cumprir 60% (sessenta por cento), o que antes era um patamar só, 2/5 ou 40%.

Por ser a reincidência condição de caráter pessoal, há entendimentos de que em uma soma de penas, deverá incidir sobre o total da pena, o que tem gerado um acréscimo muito grande para que reeducandos reincidentes possam obter novos benefícios, o que é possível afastar-se desse entendimento por considerá-lo um critério injusto; contudo, é possível aproximar-se dos entendimentos que apesar de serem uma condição pessoal, não deverá incidir sobre a soma, e a cada pena deverá corresponder o percentual respectivo. Vejamos alguns julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **REIN-**
CIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL
QUE INCIDE SOBRE O TOTAL DAS
PENAS. IMPOSSIBILIDADE DE

CONSIDERAÇÃO INDIVIDUAL DAS REPRIMENDAS COM O FIM DE APLICAR DIFERENTES PERCENTUAIS PARA CADA UMA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O acórdão combatido foi proferido em sintonia com o entendimento desta Corte Superior, que se consolidou no sentido de que a **reincidência** consiste em **condição pessoal**, relacionando-se, portanto, à pessoa do condenado e não às suas condenações individualmente consideradas. Como tal, a **reincidência** deve segui-lo durante toda a execução penal, não havendo falar, sequer, em ofensa aos limites da coisa julgada, quando não constatada pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória, mas reconhecida pelo Juízo executório. 2. Corroborando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça entende que “a **condição** de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das **penas** somadas, não se justificando a **consideração** isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas” (HC 307.180/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 16/4/2015, DJe 13/5/2015). 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – Agravo Regimental no Habeas Corpus – AgRg no HC 711428 – SC 2021/0393 046 – 1 – Publicado em 14.06.2022).

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. CONDIÇÃO DE CARÁTER PESSOAL. EXTENSÃO SOBRE A TOTALIDADE

DAS **PENAS**. REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. POSSIBILIDADE. 1. A **reincidência** é circunstância de caráter **pessoal** que deve ser considerada na fase de execução, quando da unificação das **penas**, estendendo-se sobre a totalidade das **penas** somadas, com repercussão no cálculo dos benefícios executórios. 2. Nos termos da legislação de regência da matéria, não há justificativa para a **consideração** isolada de cada condenação, tampouco para a aplicação de percentual diferente a cada uma das reprimendas. 3. Recurso especial provido.” (STJ – Recurso Especial – REsp 1957657 MG 2021/0281875-1 – Publicado em 26.11.2021).

As decisões acima mencionadas impõem ao apenado, diante de uma soma, que até a primeira condenação, quando era primário, seja considerado reincidente, agravando toda a pena de forma injusta. A reincidência gera um acréscimo da pena em razão da prática de novo crime. Ao incidir sobre uma pena em que o apenado era primário – mesmo que o primeiro crime seja comum e o segundo, hediondo – a primeira condenação será agravada, e os cálculos subsequentes seguirão os critérios aplicáveis aos crimes hediondos. Nesse sentido Giamberadino (2020) destaca que:

“nesse caso estar-se-ia a aplicar tal circunstância sobre execução de uma pena que sequer recebeu tal agravante, pois há época o apenado era primário. Não há qualquer autorização legal para tal procedimento. Trata-se com efeito de uma espécie de revisão de pena pro societate que não encontra resguardo em nenhum fundamento legal” (Giamberadino, 2020, p. 230).

Foi uma forma que os adeptos desse entendimento encontraram de agravar o tempo de cárcere, e apesar de ser corrente majoritária se filiar a essa linha de pensamento, o STJ – Superior Tribunal de Justiça vem mudando o entendimento, e o que se colhe é um critério mais justo, permitindo que não seja, a reincidência considerada em toda a soma. Vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. APE-
NADO REINCENTE EM CRIME
HEDIONDO OU EQUIPARADO. CON-
DIÇÃO PESSOAL NA EXECUÇÃO
DA PENA. ALTERAÇÕES PROMO-
VIDAS PELO PACOTE ANTICRIME.
ESPECIFICAÇÃO DA NATUREZA
DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO INDISTINTA DA REINCI-
DÊNCIA. HABEAS PARCIALMENTE
CONCEDIDO. 1. Consoante a jurisprudência
consolidada do Superior Tribunal de Justiça,
“o Juízo da execução penal não está adstrito
ao emprego dado pelo Juízo do conhecimento
aos registros criminais que ensejariam a rein-
cidência do apenado, de modo que, a despeito
de tal anotação não haver sido reconhecida
em todas as condenações do apenado, nada
impede seu uso para avaliação das condições
pessoais do sentenciado no que tange à con-
cessão de benefícios executórios como, por
exemplo, o livramento condicional” (AgRg no
REsp n.1.721.638/RO, Rel. Ministro Rogerio
Schietti, 6ª T., DJe 29/10/2019). Precedentes:
AgRg no HC n. 476.422/MG; HC n.378.985/
ES; HC n. 379.007/RS; e AgRg no HC n.
511.766/MG. 2. Embora amplamente reconhe-
cida a reincidência, a título de condição pessoal,

como instituto próprio da execução da pena, sua aplicação hodierna requer a observação das recentes alterações legislativas, promovidas pela Lei n. 13.964/2019, quanto aos patamares exigidos para aferição da progressão de regime. 3. O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizarem a reincidência (genérica) do apenado, mas sim de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte. 4. Na hipótese, o apenado cumpre pena por roubo circunstanciado e outros dois delitos de tráfico de drogas, ou seja, percebe-se que o reeducando é, então, reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado, porém, reincidente genérico quanto a delitos cometidos mediante violência a pessoa ou grave ameaça. Por consequência, quanto aos crimes de tráfico de drogas, considerado o caráter pessoal da reincidência, é cogente o cumprimento de 60% de ambas as penas impostas, visto que se trata de reincidência de mesma natureza – a saber, reincidência em crime hediondo ou equiparado. Todavia, tal lógica não se aplica ao crime comum, visto que o sentenciado é primário na prática de crime com violência a pessoa ou grave ameaça, de modo que incide na espécie o lapso previsto no art. 112, III, da Lei de Execução Penal, o qual exige o cumprimento tão-somente

de 25% da pena para que se perquiria a progressão a regime menos gravoso. 5. Habeas corpus parcialmente concedido determinar a retificação do cálculo de progressão da pena relativo à condenação do paciente pelo crime comum, nos termos da conclusão do voto.” (STJ - HABEAS CORPUS Nº 654.870 - MG (2021/0089333-0) RELATOR: MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ – Julgado em 20.09.2022). (Grifos no original).

Um critério justo que é possível equacionar os interesses jurídicos, no âmbito da execução penal é, de fato, aplicar a soma das penas através da realização dos cálculos, mas sempre levando em consideração os percentuais cabíveis em cada condenação, aplicando a reincidência apenas nas penas em que realmente for reincidente.

Sendo assim, observa-se que, durante a realização dos mutirões carcerários, muitos dos reeducandos atendidos são considerados reincidentes e ao passar para os cálculos dos benefícios, uma reincidência até para quando era primário, na primeira condenação, é impor um acréscimo que a depender da pena, pode ser considerado como uma nova pena, e em nada contribui para a ressocialização.

CONCLUSÃO

O estudo compreendeu a análise das questões relacionadas aos cálculos dos benefícios em casos de reincidência de reeducandos. Sendo assim, observa-se que, durante a realização dos mutirões carcerários, os reeducandos atendidos – considerados reincidentes –, ao passarem pelos cálculos, devem ter o processo de ressocialização levado em consideração, e não apenas serem tratados como portadores de uma nova pena, sem que isso contribua efetivamente para sua reintegração social.

É preciso que, mesmo se tratando da execução da pena, não se perca de vista o fato praticado e sua época, especialmente diante das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, que introduziu diversas frações para a obtenção de benefícios na execução penal. Caso contrário, a soma das penas perderia seu sentido.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deve avançar no sentido de consolidar o entendimento de que, para cada crime, corresponde uma fração específica, com a reincidência aplicada apenas às condenações em que efetivamente se configurem, e não com base em uma interpretação de condição pessoal que agrave toda a soma da pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. **RESP n. 1.738.968** – MG (2018/0104698). Disponível em: ATC (stj.jus.br). GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 15 de agosto de 2024.

BRASIL. STJ. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1986299 - MG (2022/0046680-0)**. Disponível em: STJ - Jurisprudência do STJ. Acesso em: 16 de agosto de 2024.

BRASIL. STJ. **HABEAS CORPUS Nº 307.180 - RS (2014/0270387-0)**. Disponível em: ATC (stj.jus.br). Acesso em: 15 de agosto de 2024.

BRASIL. STJ. **HABEAS CORPUS Nº 654.870 - MG (2021/0089333-0)**. Disponível em: HC 654.870-MG - STJ (trilhante.com.br). Acesso em: 15 de agosto de 2024.

BRASIL. **Censo demográfico 2022**. Portal do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

BRASIL. **Código Penal Comentado**. Editora Método, 12ª. Edição, 2024).

CARRAZZONI JR. José. **Aspectos da Reincidência sob a perspectiva do garantismo** (Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 114, 2005. Disponível em: [https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/518/aspectos-reincidencia-sob-perspectiva-garanti....](https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/518/aspectos-reincidencia-sob-perspectiva-garanti...) Acesso em: 18 mar. 2020.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentário à Lei de Execução Penal**. 2020. 2ª edição. Belo Horizonte.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Manual de Execução Penal**. Volume único, Editora Juspodivm, 2024.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Editora Método, 12ª. Edição, 2024.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código Penal**. Editora JH Mizuno, 2012.

PONTES, Ribeiro. **Código Penal Brasileiro** – Comentários. 3ª. edição revista – Editora Freitas Bastos - 1942.

MUDANÇAS DE PARADIGMA NA CRIMINOLOGIA: ALTERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS DA ETIOLOGIA AO DANO SOCIAL

Nilson Dias de Assis Neto

INTRODUÇÃO

Conhecer a história é essencial para saber onde estamos e qual caminho nos levou a esse lugar. De fato, há uma grande frase atribuída ao filósofo e político irlandês Edmund Burke, na qual teria dito “um povo que não conhece a sua história é obrigado a repeti-la”.

Este estudo tem como tema a história do pensamento criminológico. Em particular, delimitando o tema, vamos estudar e debater as rupturas epistemológicas ocorridas ao longo da história do pensamento criminológico por suas diferentes correntes e escolas.

Portanto, nosso objetivo não é fazer uma análise da história de todos os pensamentos criminológicos, mas estudar e debater aqueles pontos em que se pode identificar que houve uma mudança epistemológica em relação às outras correntes e escolas.

Perguntamo-nos: qual ou quais mudanças na história do pensamento criminológico podem ser consideradas rupturas epistemológicas? Em tal estudo, a partir do método de análise das

correntes ou escolas do pensamento criminológico, iremos expor aquelas rupturas epistemológicas identificadas.

Para tanto, em nosso estudo, baseado em uma revisão bibliográfica em autores como Beiras (2011) e Sande (2018), consideramos ruptura epistemológica como a mudança de conhecimento que tenha produzido uma alteração considerável nos objetos, fontes, ferramentas e métodos de estudo, bem como sobre a autonomia ou não da disciplina.

Uma vez que a epistemologia discute principalmente o objeto, mas também as fontes, as ferramentas, os métodos e até mesmo a dependência ou não de uma matéria em relação a outra, uma ruptura epistemológica é uma mudança que envolve uma ou algumas dessas áreas.

Afinal, como caracterizado e resumido por Beiras (2005 p.13): “cuando se habla de una nueva epistemología, se está haciendo mención de los principales pilares que conforman ese nuevo enfoque: un nuevo objeto de estudio y un nuevo método de trabajo”.

De tal sorte, a partir da identificação do que seja considerada uma ruptura epistemológica, trataremos dessas mudanças no pensamento criminológico aqui identificado anteriormente como a modificação no final da Escola de Chicago, no pensamento marxista, no interacionismo, na criminologia crítica e na zemiologia.

CRIMES DE COLARINHO BRANCO

A primeira grande ruptura epistemológica do pensamento criminológico que podemos identificar foi a teoria dos Crimes do Colarinho Branco ou *The White Collar Crime* no original, que ocorreu no final dos anos da Escola de Chicago a partir das obras do segundo período do professor Edwin Sutherland.

De acordo com Beiras (2005), Edwin Sutherland teve uma primeira época em que desenvolveu a teoria dos contatos

diferenciais e sobre a qual não iremos mais fundo, porque não é exatamente a parte em que se pode identificar a verdadeira ruptura epistemológica.

A teoria dos contatos diferenciais está localizada dentro das diferentes visões da Escola de Chicago, a partir da qual começa a relativizar: I) o objeto, porque os crimes das classes estabelecidas ainda são estudados; e II) o método, pois há uma superação do paradigma de fundamentação na desordem da cidade.

Segundo Anitua (2015 p. 24), a teoria dos contatos diferenciais entende que: “en cada área cultural diferencial los individuos aprenden modelos y esquemas de comportamiento diferentes. A nivel socio-estructural se puede hablar de organización diferencial, pero a nivel individual, lo importante es el contacto, o asociación, diferencial”.

Essa perspectiva não mais consensual da sociedade produz um rompimento com o consenso da teoria sociológica, que diz que as normas sociais são o produto de um consenso, reconhecendo que, na verdade, a teoria do conflito produz as normas sociais, porque, na sociedade, diferentes grupos sociais coexistem com diferentes valores de crime.

Assim, como concluiu o professor Pavarini (2008 p.18) “la teoría de la asociación diferencial, por el contrario, rechazando la noción según la cual la sociedad se funda sobre el consenso y afirmando que ésta se estructura sobre un pluralismo normativo, se contrapone a las teorías de la desviación fundadas sobre la patología individual o social”.

No entanto, o próprio Sutherland (1992, p. 60), apresenta o que pode ser chamado de um segundo período em que fez uma investigação (conferência) que resultou em um livro sobre o crime da classe poderosa (*the white collar crime*) e, exatamente aqui, podemos identificar uma primeira grande ruptura criminológica.

Partindo da teoria da associação diferencial, Sutherland (1992) passa a apresentar como objeto de estudo também as classes dos poderosos, superando o paradigma anterior que ligava o crime à pobreza e ao desvio. Nesta segunda fase de ruptura de paradigmas, busca-se investigar crimes de colarinho branco como danos sociais.

Portanto, podemos afirmar uma primeira grande quebra no pensamento criminológico nesta segunda fase dos estudos de Sutherland (1992) dentro da Escola de Chicago, porque houve uma mudança no objeto de estudo de crimes apenas ligados à pobreza por uma pessoa desviada ou doente para crimes de colarinho branco.

Por causa do trabalho de Sutherland (1992), torna-se uma preocupação do pensamento criminológico por que: “los ricos y poderosos [...] investiga cometen múltiples conductas que generan daño social y no son calificadas como delitos, ni sus autores son catalogados como delincuentes” (1992, p. 51).

Em conclusão, temos aqui nossa primeira pausa epistemológica com as escolas do Iluminismo e do positivismo, pois, em resumo, deixamos de estudar a pessoa com suas causas patológicas para estudar grupos com suas causas sociais e, principalmente, passamos a ter como objeto, também, os crimes de classes estabelecidas.

No entanto, não podemos dizer que tal posição é inquestionável, pois não podemos esquecer a crítica de Pavarini (2008) que considerou o movimento que entendemos como uma mudança de paradigma na verdade, um passo de um determinismo biológico para um determinismo social (ecologia social).

O DISCURSO MARXISTA NO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

Aqui há, agora quase sem dúvida, uma grande mudança de paradigma epistemológico. Como salientou Beiras (2011, p. 34), “se analizará ahora un planteamiento radicalmente diverso de los

visto hasta este momento [cuales sean, las ilustraciones y el positivismo]”, ou seja, analisaremos a mudança epistemológica do discurso marxista.

Certamente o filósofo Karl Marx não escreveu algo que possa ser chamado de criminologia, pois não há escritos do pensador que tratem de pensamento especificamente criminológico. No entanto, podemos dizer que o discurso marxista encontrou desenvolvimento na criminologia através de outros autores.

Antes de entrar nos resultados do pensamento marxista que produziu “una nueva epistemología que estaba surgiendo en relación con el conocimiento científico del problema punitivo” (Marx, 2021), é importante lembrar algumas das ferramentas do pensamento marxista a partir das quais foi produzida essa mudança.

Para Marx (2021), podemos dizer que existem fases de evolução do Estado: I) do capitalismo passamos ao socialismo; e II) do socialismo passamos ao comunismo. Isso, a partir da dialética das classes em uma teoria sociológica do conflito, conclui que o Estado e, consequentemente, o Direito são a vontade da classe elevada à categoria de lei.

Estabelecidos os fundamentos marxistas, podemos colocar as propostas de seu pensamento desenvolvidas: I) a punição é um fenômeno histórico; II) o modo de produção é o principal determinante das penas; III) a punição é um fenômeno social; e IV) a pena é produto de política criminal.

Além disso, todas as propostas criminológicas do discurso marxista baseiam-se especialmente em dois deles: V) a punição é uma resultante da luta de classes entre a burguesia e o proletariado; e VI) a função da punição é apoiar os interesses de uma classe contra a outra.

Como os crimes são fenômenos históricos, o paradigma da concepção ontológica do crime é abandonado, porque os crimes são considerados não como concebidos naturalmente, mas sim como

definidos a partir da estrutura da sociedade em verdadeira luta de classes.

A concepção axiológica do crime é ainda confirmada pelas alterações nos bens jurídicos que são considerados fundamento para criminalização da conduta. Na verdade, já havia preocupação com os bens jurídicos de natureza coletiva e difusa (saúde, educação, entre outros).

De fato, considerando o crime uma construção social, os pensadores Rusche e Kirchheimer (2015, p. 51) defendem que: “la pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales”.

Por outro lado, com a interpretação marxista da história, o modo de produção torna-se o principal determinante dos métodos penais ao longo da história em diferentes locais. Portanto, em relação à futura teoria do etiquetamento, a teoria marxista defende que os crimes são rótulos impostos pela classe dominante.

Pois bem, nas teorias do discurso marxista, a pena depende do desenvolvimento do mercado de trabalho, de modo que o número da população condenada e seu tratamento dentro das prisões dependem do aumento ou da diminuição da quantidade de trabalho disponível no mercado de trabalho, bem como das necessidades da classe dominante.

Tal é a economia política da punição, do crime e do direito penal, que é bem desenvolvido pelos professores Beiras (2011) a partir de Baratta (2004, p.12), destacando que, “en la sociedad capitalista el sistema penitenciario depende sobre todos del desarrollo del mercado”. E Beiras (2011) conclui, então, que:

La magnitud de la población carcelaria y el empleo de ésta como mano de obra dependen del aumento o de la disminución de la fuerza de

trabajo disponible en el mercado y de su utilización. Se iba edificando, de este modo, la nueva epistemología punitiva que pasó a ser conocida como la economía política de la pena. (Beiras, 2011, p .71).

Finalmente, mesmo dentro dessa segunda ruptura epistemológica do marxismo com sua teoria crítica, chama atenção, desde a construção do direito/Estado como ferramenta na luta de classes, o conceito de direito de menor elegibilidade (*less eligibility*, no original). Essa lei de menor elegibilidade determinaria que as condições das prisões – especialmente as condições de trabalho prisional – deveriam sempre permanecer abaixo das piores condições materiais das classes subalternas da sociedade, funcionando como uma verdadeira “não opção”.

Dessa forma, assim como Beiras (2011) afirma que tal princípio orientou reformas prisionais na Europa do século XIX, não é difícil enxergar nele uma possível explicação para a situação carcerária no Brasil, onde a violação inconstitucional dos direitos materiais da população permite uma condição ainda pior do que a das prisões.

Em conclusão, ao realizar um estudo historiográfico, as teorias do discurso marxista promovem uma segunda e verdadeira ruptura epistemológica no pensamento criminológico. Essa ruptura, proposta pelas teorias marxistas, aproxima-se da mudança que as futuras teorias do etiquetamento também irão propor.

As teorias do discurso marxista transformam o pensamento criminológico: de uma unidirecionalidade, passamos à interdisciplinaridade; de uma unicausalidade, à multifatorialidade; e da concepção metafísica e/ou médica, avançamos para outros recortes, inclusive jurídicos, sociológicos, psicológicos e filosóficos.

INTERACIONISMO SIMBÓLICO

A próxima ruptura epistemológica, o interacionismo simbólico, na verdade, faz parte da mesma ruptura epistemológica de que trataremos adiante, qual seja, a criminologia crítica, porque a primeira está no desenvolvimento histórico que resultou na segunda.

Na verdade, podemos considerar ambas as partes como membros de uma mesma ruptura, num conceito mais amplo de criminologia crítica. Porém, com o objetivo didático de percorrer e melhor desenvolver a trajetória histórica que resultou na criminologia crítica tão conhecida na América Latina, fizemos uma escolha didática.

Nos Estados Unidos e na Europa da primeira metade do século XX até a década de sessenta, importantes estudos foram desenvolvidos a respeito da Psicologia Social do doutrinador George Mead (2021), especialmente com a análise da inter-relação entre o indivíduo e o ambiente em interação.

Para Mead (2021, p. 124) “el cuerpo no es un Yo, como tal, sólo se convierte en una persona cuando hay desarrollo de una mente dentro del contexto de la experiencia social [...] La mente surge a través de la comunicación, por una conversación gestual en un proceso social o contexto de experiencia, y no la comunicación a través de la mente”.

Em tais estudos, verificou-se que o indivíduo é uma entidade ativa frente ao seu ambiente e que o ambiente também é, por sua vez, moldável pelo indivíduo, para que haja uma interação e uma influência mútua entre eles, ou seja, há uma interação e essa ocorre com símbolos (interacionismo simbólico).

A escola criminológica crítica, portanto, tem como antecedente histórico o interacionismo simbólico, ou seja, o que as pessoas pensam não é apenas um produto individual, mas sim uma construção individual e coletivo-social, em um processo de

formulação de valores na interação social entre o indivíduo e seu contexto cultural.

A partir dos estudos da Psicologia Social, o processo de conhecimento com interações por meio de linguagem, símbolos e reflexões é cada vez mais importante, pois há uma troca de significados que ocorre no dia a dia das pessoas.

Por isso, a criminologia influenciada pelo interacionismo simbólico busca analisar a vida cotidiana (*everyday life criminology*), reconhecendo a importância da comunicação social. Essa abordagem investiga a relação entre a reação do indivíduo diante das ações dos outros (irrefletidas) e as atitudes dos outros que ele adota de forma reflexiva.

Essa criminologia, que influencia as teorias da reação social e da teoria do etiquetamento (*labeling approach*), deixa de estudar o ofensor e a vítima e começa a estudar a reação ao comportamento não só pela sociedade, mas também como resposta do sistema penal (institucional).

Pois, verifica-se que o desvio (*deviance*) é produzido por uma pessoa ou grupo de pessoas que tem poder sobre pessoas ou grupos de pessoas que são classificadas como desviantes, quando a conduta dessas é qualificada por aqueles como comportamentos desviantes.

Um desvio é a qualificação negativa de um comportamento como reprovável por uma norma social ou mesmo por uma norma que se tornou norma jurídica penal, o que em geral só pode ser feito por pessoas ou grupos sociais que têm poder na sociedade.

Quando as normas sociais são transformadas em normas jurídico-penais, temos duas fases de sua qualificação como desvio: a primeira ocorre no momento da produção normativa (criminalização primária); e a segunda, na fase de interpretação e aplicação da norma jurídica (criminalização secundária).

A opção metodológica desse interacionismo simbólico decorre da premissa fundamental do professor Herbert Blumer

(1986), de que os seres humanos agem sobre as coisas com base nos significados que as coisas têm para eles e esses significados vêm das interações sociais que ocorrem em relações desiguais de poder.

A partir do desenvolvimento da Psicologia Social pela teoria da Mead (2021), Blumer (1986) afirma que o significado é um produto social em um interacionismo simbólico que tem três premissas: “la primera es que el ser humano orienta sus acciones hacia las cosas según lo que significan para él”. E continua o sociólogo Blumer (1986, p. 152):

La segunda es que el significado de esas cosas surge como consecuencia de la interacción social que cada uno mantiene con su prójimo. La tercera es que los significados son manipulados y modificados por medio de un proceso interpretativo desarrollado por la persona ante las cosas que encuentra en su camino. (Blumer, 1986 p.152)

Portanto, já considerando as contribuições de Berger e Luckmann (2004), conclui-se que a realidade é socialmente construída e a sociologia deve analisar os processos dessa construção, porque o interacionismo simbólico produz e reproduz a subjetividade a partir da interação entre as pessoas, segundo Beiras (2011).

De fato, segundo os sociólogos Berger e Luckmann (2004, p. 143): “ciertamente, se debe procurar en la constitución subjetiva del significado el origen de todo el acervo social de los conocimientos, de la reserva histórica del significado, a partir del cual se nutre a la persona nacida en una sociedad particular y en una tiempo determinado”.

A realidade é considerada uma série de fenômenos externos aos sujeitos e o conhecimento é a informação dos sujeitos sobre os fenômenos externos, pelo que o conhecimento e sua transformação

dão-se num processo de troca de significados e etiquetamentos (*labelling approach*).

Como o comportamento humano é inseparável da interação, nessa interação surgem as formas de seleção da clientela pela criminalização primária com a norma penal como meio estático (leis penais...) e pela criminalização secundária junto aos órgãos penais como meio dinâmico (polícia, promotores, juízes...).

Assim, considerando que a realidade é uma construção através de significados produzidos na interação social, os riscos da configuração de conduta como crime não têm tanto a ver com o ato objetivo em si, mas sim com a localização em uma pirâmide social.

Portanto, temos aqui uma nova ruptura epistemológica na criminologia, a mesma ruptura que num percurso posterior gerará a criminologia crítica tão importante na América Latina. Uma verdadeira mudança de paradigma com a velha criminologia tradicional.

Daquela criminologia de outrora que estudava o crime e delinquentes como categorias ontológicas, isto é, categorias quase oferecidas pela natureza, passamos para outra criminologia que começa a estudar os crimes como uma categoria produzida no sistema penal por interações.

Tal mudança aprofundar-se-á com as sociologias americana, britânica e alemã dos anos 50 e 60, a partir das quais surge uma maior preocupação com a análise dos processos de criminalização, pela análise da construção do crime pela teoria do *Labeling Approach*.

Agora, o objeto de estudo é a definição de crime e a seleção dos etiquetados e, conseqüentemente, há uma superação do paradigma etiológico da criminologia que buscava conhecer as causas do crime, pois o delinquent não é tanto quem cometeu um crime, mas a quem foi aplicado com sucesso a etiqueta do infrator.

Para a criminologia influenciada pelo interacionismo simbólico, como o professor Baratta costumava dizer no início de suas aulas, “o crime NÃO existe” porque é uma verdadeira construção do direito que cria tanto a legalidade penal (conduta idônea), bem como a ilicitude (conduta desviante).

CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A ruptura epistemológica de que vamos falar agora é, portanto, em certa medida, consequência das rupturas criminológicas de que já falamos. De fato, o pensamento do discurso marxista e do interacionismo simbólico produziu não apenas uma mudança de objeto, mas também outra mudança de hermenêutica.

O discurso do pensamento marxista e o interacionismo simbólico, em uma dupla virada epistemológica, mudaram o objeto de estudo inicial da criminologia e depois, sem grande quebra de continuidade, mudaram toda a hermenêutica do pensamento criminológico que veio a ser conhecido como criminologia crítica.

Essa criminologia foi inspirada na tradição crítica da famosa Escola de Frankfurt e reuniu uma grande diversidade de pensamento e autores. Com o nazismo na Europa na Segunda Guerra Mundial, como se sabe, os integrantes dessa Escola da Alemanha e seus discípulos, como Hannah Arendt, tiveram que fugir.

Muitos desses pensadores foram para os Estados Unidos, o que foi provavelmente um dos fatores que possibilitou o desenvolvimento da criminologia crítica inicialmente, nos EUA, a partir da década de 1970, no contexto de uma grande crise de legitimidade decorrente da Guerra do Vietnã e de protestos sociais.

Nesse contexto, as chamadas ciências penais vão passar por uma nova verdadeira ruptura epistemológica, porque “el objeto común de los criminólogos críticos incluye las instancias de

aplicación del sistema, ya sea para su reforma o para su eliminación, pero siempre con una carga crítica evidente” (Mead, 2021, p.180).

Aqui, temos novamente, depois da Escola de Marburg, uma nova perspectiva da ciência penal agora com o abandono do paradigma etiológico (busca das origens) da criminologia clínico-médica, em benefício do paradigma da reação social exterior às próprias ciências penais.

Segundo o criminólogo Baratta (2004), tal ruptura à epistemologia moldou a criminologia com um ponto de vista que não era mais interno, mas, agora, externo às ciências penais, porque as definições de comportamento produzidas no sistema deixam de ser pontos de partida e tornam-se problema e objeto de investigação.

Com isso, “la sociología criminal no es más, según la nueva perspectiva, una ciencia auxiliar de la dogmática penal y de la política criminal oficial; su punto de vista deja así de ser interno para convertirse en externo al sistema de la justicia criminal” (Mead, 2021 p.181). E, conseqüentemente, o autor segue explicando que:

Éste se convierte en el objeto de un saber que cada vez más se aleja de la criminología tradicional y se aproxima a una teoría y a una sociología del derecho penal, ambas en el vasto sentido de la palabra, refiriéndose no solamente a los procesos institucionales de criminalización, sino también a aquellos informales, como las reacciones de la opinión pública y publicada, y extendiéndose, al menos potencialmente, a la dogmática del derecho penal, considerada en su rol de instancia constitutiva del sistema (Mead, 2021, p.181).

Portanto, talvez os dois maiores expoentes desse novo paradigma da reação social, Alessandro Baratta (2004) e Roberto Bergalli (2012), defenderão uma nova metodologia de estudo:

a sociologia jurídico-criminal investiga o sistema penal e suas agências com uma mudança da abordagem etiológica para uma macrossociologia estrutural.

Com um método de estudo que se caracteriza por estudar o crime em seu contexto histórico, político e cultural, investigando por que, como e quando determinados comportamentos são criminalizados (processo de criminalização); a ruptura à epistemologia da criminologia crítica com as ciências penais tradicionais foi “absoluta”.

Isso, porque pela função auxiliar da criminologia perante o Direito Penal no sistema integrado de Von Listz na Escola de Marburg (política, dogmática, criminologia e penologia), passamos à função central e externa da criminologia como crítica do sistema e como verdadeira disciplina do caráter autônomo.

Tal verdadeiro ponto de inflexão levou o professor Beiras a caracterizar a ruptura como “absoluta” e o professor Baratta (2004) a, considerando o esquema radicalmente oposto entre o paradigma etiológico e o paradigma da reação/controle social, sustentar a impossibilidade de reconciliação entre as duas correntes, destacando:

[...] sostengo que no existe futuro para una disciplina que pretenda encerrar dentro de su propia gramática todas las dimensiones comportamentales de la cuestión criminal, es decir, todas las situaciones de violencia y de violaciones de los derechos, así como también de todos los problemas y conflictos sociales que se refieren a la misma (grifo nosso). (Baratta, 2004, p. 100).

Segundo Beiras (2011), tal criminologia crítica resultará com seus caracteres, então, num discurso científico, no qual as pessoas não são o objeto estudo, mas um objetivo de proteção por um

direito penal mínimo, e também em uma práxis política, na qual haverá um controle interno-formal e um controle externo-material do sistema penal.

Neste “tercer modelo de integración entre los discursos científicos”, devido ao seu fundamento crítico do sistema penal, produz-se a proposição de mudança nas políticas criminais: a política criminal de um Estado Social torna-se um campo residual das políticas de proteção integral dos direitos.

Em outras palavras, a criminologia crítica investiga a própria realização das ciências criminais, tanto em seus sistemas estáticos (normas) quanto dinâmicos (atores) como política criminal, e, com isso, propõe um Direito Penal mínimo, pois a ação penal deve ser orientada para os casos inevitáveis, em respeito ao Estado Social Constitucional.

Sendo assim, mesmo dentro das mudanças dos discursos marxistas, a criminologia crítica é uma terceira grande ruptura epistemológica, porque houve modificação do objeto, do método, mas também e principalmente porque desenvolveu uma nova concepção da ciência criminológica agora externa, central e autônoma.

ZEMIOLOGIA (DANO SOCIAL)

A próxima ruptura epistemológica é a zemiologia ou dano social, que foi uma teoria criada por volta da década de 1990, a partir dos estudos iniciais dos especialistas Steve Tombs e Paddy Hillyard. No momento do nascimento da zemiologia ou teoria do dano social, temos um novo contexto histórico e social.

O termo zemiologia (*zemiology* no original em inglês) vem do grego (*zemia* significa dano) e foi cunhado na Inglaterra para o conceito de *social harm* ou dano social como a ciência que objetiva estudar as ações que geram dano social.

Em tal contexto, agora o poder do estado corporativo com sua “racionalidade econômica” na produção do dano passa a ser objeto de estudo por parte das ciências sociais. Claro, estudando a natureza e a extensão dos crimes de poder estatal corporativo, surgiram movimentos para controlar o crime e esse poder.

Talvez o melhor evento histórico em que podemos verificar iniciar tal mudança de paradigma é a queda do Muro de Berlim na Alemanha, porque aqui a oposição entre o Ocidente e o Oriente já não se verifica e começamos a verificar a atual oposição norte e sul (oposição ricos e pobres).

Em tal oposição, os países ricos estão ficando cada vez mais ricos e os países pobres estão cada vez mais pobres com um grande endividamento e a prioridade orçamentária obrigatória para o pagamento da dívida, o que contribui para manter os caminhos do enriquecimento e do empobrecimento.

De acordo com o estudioso Ferrajoli (2014), neste contexto, instala-se uma crise da democracia, porque há uma subordinação do poder político ao poder econômico global como consequência de uma globalização que resulta numa assimetria entre o poder soberano local e o poder corporativo global.

Ainda segundo o professor Ferrajoli (2014), isso foi consequência de alguns fatos, muitos produzidos a partir do trabalho da imprensa numa mudança cultural: poderes econômicos são vistos como libertários; as leis econômicas são entendidas como naturais; e há confusão entre poderes políticos e econômicos.

A partir disso, foi possível aplicar as chamadas violências indiretas. As violências podem ser visíveis (diretas) ou invisíveis, quando podem ser culturais ou estruturais. Assim, com a aplicação de violências indiretamente, verificamos que a paz não é negativa apenas com a ausência de guerra.

De fato, na verdade, não há paz em uma sociedade, embora não haja guerra (paz negativa), quando a comunidade não tem paz

positiva representada pela capacidade das pessoas de exercerem seus direitos, o que está acontecendo atualmente como consequência daquela crise da democracia com, por exemplo, a desvalorização dos direitos trabalhistas.

Isso esteve relacionado com a posição do Estado perante a sociedade, porque o Estado, que sempre foi um elemento fundamental no estudo criminológico, deixou de sê-lo a partir do positivismo que passou a buscar uma explicação científica biológica.

Com esse forte positivismo científico, a criminologia foi orientada pelo Estado a estudar crimes de subordinados com explicações etiológicas, biológicas, psicológicas e sociológicas, mas não a estudar os crimes do próprio Estado, o que resultou em uma nova ordem mundial como um golpe do mundo incivilizado ao civilizado.

Portanto, até então, a criminologia, para Zaffaroni (2020), tem funcionado como um verdadeiro “refinador de técnicas de neutralização”, fazendo investigações etiológicas dos crimes dos subalternos a partir de uma concepção ontológica da delinquência e, conseqüentemente, esquecendo-se dos delitos dos Estados.

A zemiologia ou dano social é a ruptura epistemológica que tenta corrigir aquele problema. Inicialmente, mesmo os primeiros autores do dano social não queriam que os estudos fossem desenvolvidos pela criminologia, porque não teriam ferramentas suficientes para isso.

Ademais, a criminologia não teria uma preocupação de mudar as estruturas das quais resultam o crime, pois só se preocupar com o crime já feito. Por outro lado, a zemiologia estuda o dano social de uma forma mais considerada mais ampla.

A forma de estudo da zemiologia tem como objeto o dano que ocorre num contexto de capitalismo numa relação de poder, razão pela qual os estudos de dano social são investigações de

origem, dimensão e consequência de crimes de Estados e Corporações, bem como a busca de sua denúncia e proteção contra eles.

A partir de então, a criminologia, que havia tratado apenas de crimes ordinários e locais, confronta-se com os enormes prejuízos sociais que geram grandes corporações e Estados como massacres e genocídios, para os quais mecanismos teóricos do Direito Penal com sua responsabilidade individualmente são insuficientes.

Pois, verificamos uma verdadeira ruptura epistemológica entre a criminologia anterior e zemiologia, porque o objeto de estudo criminológico passa a ser não somente coisas etiquetadas pela dogmática penal como crime, mas sim os processos de produção de grandes danos sociais a partir da simbiose Estado e corporações.

No entanto, a ruptura epistemológica não foi caracterizada apenas pela mudança do objeto de estudo. À medida que a zemiologia supera a antiga restrição criminológica do estudo das infrações penais, rompendo o cordão entre Direito Penal e criminologia, o conceito de dano social é um processo muito mais amplo.

Considera-se que o Direito Penal com seus dogmas, por exemplo, da responsabilidade individual não tem categorias suficientes para as investigações de danos sociais, o que resulta em uma grande expansão do objeto de estudo, mas também em uma mudança metodológica considerável para estudar, então:

Crímenes de Estado, crímenes corporativos, matanzas, desastres medioambientales, movimientos forzosos de personas (desplazados...), corrupción, privatización de las intervenciones armadas, asesinatos selectivos por tropas de élite, criminalización de los pueblos originarios y etnias nativas, muerte de miles de niños diariamente por malnutrición, acceso restringido a medicamentos y expansión de enfermedades

curables, pobreza, pauperización, declaraciones de responsables políticos que generan pánico económico, suicidios debidos a las medidas de “ajuste”, reducción de derechos laborales, desalojos, torturas, malos tratos, privación estructural del acceso a bienes y derechos básicos, comercio legal o ilegal de armas, guerras “preventivas”, miles de muertos intentando cruzar fronteras. (Zaffaroni, 2020, p. 90).

Para os estudos de todas essas novas categorias de danos físicos, econômico/financeiros, emocionais/psicológicos, de segurança cultural, de acesso aos recursos culturais – só para exemplificar com alguns enumerados pelos especialistas Steve Tombs e Paddy Hillyard (2013) – a dogmática penal com a sua criminologia tradicional não é suficiente.

Para investigar essas novas categorias de danos sociais, é necessário entender que: “la producción de daño social bajo el capitalismo significa colocar la producción del daño en el contexto de las dinámicas subyacentes a los procesos de acumulación del capital que se han desarrollado a través del tiempo y el espacio” (Zaffaroni, 2020, p. 91).

Portanto, o instrumental teórico deixa de ser imposto pelo Direito Penal e passa a ser oferecido pelos direitos humanos, de modo que a zemiologia também tem um caráter propositivo muito grande por meio do qual a produção científica pode, então, ter uma perspectiva transformadora.

CONCLUSÕES

A criminologia certamente teve várias mudanças ao longo da história do pensamento criminológico. De fato, a partir das teorias do iluminismo, passando por várias outras teorias, até chegar à teoria da zemiologia atual, tivemos muitas mudanças criminológicas.

No entanto, muitas delas, mesmo que tenham mudado de uma teoria para outra, não foram verdadeiras mudanças de paradigma na criminologia, porque uma verdadeira ruptura epistemológica requer uma mudança de objeto e/ou de fontes de estudo, bem como de ferramentas e/ou de métodos de pesquisa.

Na verdade, a existência ou não de uma ruptura epistemológica também está relacionada com a autonomia ou dependência de uma matéria para com outra, porque uma verdadeira mudança de paradigma pode levar a uma ruptura com as disciplinas anteriores das quais umas outras dependiam.

Com isso, verifica-se uma primeira ruptura epistemológica ao final da Escola de Chicago. Desde um momento anterior, apenas os crimes de rua eram objeto de estudo, porém Sutherland (1992) passa a investigar um novo objeto: os crimes de colarinho branco (*white collar crime*).

Outra ruptura epistemológica foi feita pelo pensamento marxista, porque: I) de uma anterior unidirecionalidade da concepção médica, passamos a estudos com recortes sociológicos, psicológicos e filosóficos; e II) de uma anterior unicausalidade ontológica, passamos a uma multifatorialidade por uma análise estrutural da sociedade.

Uma terceira ruptura epistemológica foi construída pela criminologia crítica a partir da influência do interacionismo simbólico, porque há uma superação do paradigma etiológico pelo pressuposto de que os crimes não são figuras ontológicas da natureza, mas são construções sociais (etiquetas) impostas na interação social.

Por fim, verifica-se a ruptura epistemológica promovida na criminologia pela zemiologia, que se dedica ao estudo dos danos sociais. Ambas ainda se encontram em processo de melhor delimitação de seus conteúdos, uma vez que se trata de uma teoria que teve grande desenvolvimento recentemente, no século XXI, a partir de autores como Wayne Morrison (2014).

Nesse percurso, permanece a questão do rompimento – ou não – dentro da criminologia entre as correntes mais tradicionais, vinculadas aos paradigmas etiológicos, e as teorias mais modernas da criminologia crítica e, principalmente, da zemiologia, que propõem uma revisão das relações com o Direito Penal dogmático.

Portanto, uma questão que se coloca para futuras investigações é a possibilidade – ou não – de se manter, sob o mesmo conceito de criminologia, as diferentes correntes de estudo: aquelas voltadas às causas ontológicas da criminalidade reconhecida pelo Direito Penal e outras que investigam objetos como os danos sociais mais amplos, utilizando instrumental teórico dos direitos humanos e propondo, a partir disso, ferramentas para sua prevenção e sanção.

REFERÊNCIAS

ANITUA, G. **Historias de los pensamientos criminológicos.**

Buenos Aires: Didot, 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SEGURANÇA PÚBLICA.

Segurança em Números. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/infografico-2020-ok-espanhol-v4.pdf>. Site consultado em: 24.09.2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema penal. Compilación in memoriam.** Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BERGALLI, Roberto. *Filosofía del mal y memoria colectiva: conceptos, aplicaciones, e identidad social.* Europa, Latinoamérica. El caso español. **Filosofía del mal y memoria**, 2012.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad**. 1a. Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, Universitat de Barcelona, 2005.

BEIRAS, Rivera Beiras (Coordenador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas**. 2a Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011.

BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. São Paulo: Vozes, 2004.

BERNAL Sarmiento; Cabezas Chamorro; Forero Cuellar; Rivera Beiras y Vidal Tamayo. **Estudio preliminar a la obra de Wayne Morrison. Criminología, civilización y nuevo orden mundial**. Barcelona: Anthropos, 2012.

BLUMER, Herbert. **Symbolic Interactionism: Perspective and Method**. 1986. University of California Press.

BURKE, Edmund. **Um povo que não conhece sua história está fadado a repeti-la**. Disponível em: <https://www.apufsc.org.br/2019/04/01/um-povo-que-nao-conhece-sua-historia-esta-fadado-a-repeti-la-edmund-burke/>. Acesso em 01.10.2021.

CARVALHO, Virgínia Donizete de, Borges, Livia de Oliveira e Rêgo, Denise Pereira. **Do Interacionismo simbólico: origens, pressupostos e contribuições aos estudos em Psicologia Social. Psicologia: Ciência e Profissão** [digital]. 2010, v. 30, n. 1 [Acessado 29 outubro 2021], p. 146-161. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000100011>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2014. Revista dos Tribunais.

GARSIDE, R. Abordar el daño social: ¿Mejor regulación o transformación social? **Revista Crítica Penal y Poder**, N° 5. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

HILLYARD, P. Y TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? **Revista Crítica Penal y Poder**, N° 4. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

MARX, Karl. Disponível em: <https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-marx/>. Site consultado em: 29.10.2021.

MEAD, Georg Herbert. **Mente, self e sociedade**. Vozes. 2021.

MORRISON, Wayne. **Theoretical Criminology From Modernity To Post-Modernism**. TAYLOR & FRANCIS. 2014.

PAVARINI, Maximo. **Control y dominación**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.

RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. **Pena y estructura social**. Bogotá: Temis, 2015.

SANDE, Fernando J.. Recorrido sobre las rupturas epistemológicas en la cuestión criminal y escenario(s) presente(s). In: **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Universidad

Nacional de La Plata. UNLP. Ano 15/Nº 48-2018. Anual.
Impressa ISSN 0075-7411-Eletrônica ISSN 2591-6386.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKEN-
BILL, David F. **Principles of criminology.** 11. ed. New York:
General Hall, 1992. (The Reynolds Series in Sociology)

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O nascimento da criminologia
crítica.** Tirant lo Blanch Brasil. 2020.

OS ATOS DECISÓRIOS DO CADE E O CONTROLE JUDICIÁRIO

Silmary Alves de Queiroga Vita

INTRODUÇÃO

A participação do Poder Judiciário no que concerne ao direito de concorrência é matéria interessante de ser estudada, diante da especificidade da matéria econômica e pelo estágio de participação do Estado no controle do mercado, através de órgãos técnicos, fazendo aparentar que o Poder Judiciário se encontra despreparado para discutir e resolver lides referentes ao tema concorrencial, em detrimento da especificidade dos órgãos da Administração Pública.

A liberdade de competição dos agentes do mercado, sem que houvesse intervenção estatal, já foi regra na condução das atividades do regime capitalista, porém, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, restou constatada a insuficiência das leis naturais do mercado para regê-lo.

Enquanto vigiam as leis naturais do mercado, ao Estado competia apenas observar o desenvolvimento daquele, e realizar suas atividades típicas de administração política dos interesses dos cidadãos; porém, com a comprovação de insuficiência das leis naturais nos rumos do mercado, o Estado teve que sair da sua postura liberal, e invocar para si a condução das atividades econômicas, buscando satisfazer as necessidades da sociedade.

O Estado saiu de sua postura liberal e tornou-se o Estado social, gerando o chamado Estado máximo, o que refletiu em alta carga tributária e insuficiência estatal para administrar todos os serviços direcionados ao bem-estar dos cidadãos; outrossim, a economia mundial vigente na maioria das sociedades modernas refletia-se na necessidade da liberdade comercial e concorrencial, o que é incompatível com o monopólio exercido pelo Estado social, desencadeando-se a necessidade de aperfeiçoamento do modelo estatal. Foi necessária a diminuição da máquina estatal, com abertura dos mercados à iniciativa privada, sem, contudo, retroagir ao Estado liberal, pois surgiu um Estado regulador, meio termo entre o Estado liberal e o Estado social.

O Estado regulador passou a atuar na economia nacional como fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica, na forma prevista pelo art. 174 da CF/88, tornando-se necessária a criação ou reestruturação de vários órgãos que pudessem exercer as funções do Estado na regulação, fiscalização e planejamento da economia. Foi nesse contexto que houve uma reestruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a partir da Lei nº 8.884/94, já sob a nova ordem vigente emanada da Constituição Federal de 1988, que foi transformado em autarquia, com atribuição específica de prevenir e reprimir práticas atentatórias à ordem econômica e pela Lei nº 12.529/2011 houve a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Em que pese o caráter técnico que deve reinar nas decisões do CADE, discute-se se tais decisões são passíveis ou não de controle e consequentemente revisão pelo Poder Judiciário.

Neste sistema jurídico, onde é dado ao Poder Judiciário o dever de proteger toda lesão de direito ou sua ameaça, vigorou a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos do CADE; todavia, restou a dúvida quanto ao limite deste controle. Nesta

perspectiva, a presente pesquisa apresenta a seguinte problemática: quais os limites do controle das decisões administrativas do CADE pelo Poder Judiciário?

Para responder a pergunta acima, apresenta-se como objetivo geral do trabalho analisar a função do Poder Judiciário na defesa da concorrência e na repressão às práticas abusivas do mercado, verificando a competência concorrente entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constatando tanto a possibilidade de se discutirem unicamente na esfera judicial questões antitruste, como também a possibilidade do Poder Judiciário rever decisões administrativas emanadas do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Para a elaboração deste texto, elegeu-se o método de abordagem dedutivo a partir da análise do texto constitucional passando pela reflexão da Lei nº 8.884/94, e a alteração pela Lei nº 12.529/2011, apreciando o tema da concorrência, suas características, a regulação do Estado, até o controle judicial sobre este papel estatal, chegando-se à apreciação de casos concretos e análise do controle exercido nos Tribunais pátrios em matéria concorrencial.

Os métodos de procedimento adotados na pesquisa foram o histórico-evolutivos, na análise dos modelos estatais de intervenção do Estado na economia, iniciando a análise no Estado liberal, passando para o social, até chegar ao modelo contemporâneo de Estado regulador; também foi verificado o conceito do termo concorrência em diversas fases históricas; e a evolução dos órgãos da Administração Pública que realizam o controle da concorrência no país. O método estruturalista foi utilizado na análise do ordenamento jurídico e sua relação de harmonia e unicidade produzida pelos princípios constitucionais, não se podendo analisar um princípio da ordem econômica em desarmonia com os demais princípios do ordenamento; o método exegético-jurídico baseou-se na compreensão do desenvolvimento da legislação sobre direito da

concorrência no Brasil, notadamente com a ordem constitucional instituída em 1988, e análise das decisões judiciais sobre o tema, confrontando as opiniões doutrinárias e a jurisprudência a respeito do tema estudado.

Como instrumento de coleta de dados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica para a formação do referencial teórico de todo o estudo. Como técnica de pesquisa foi utilizada a documentação indireta, coletando-se informações da doutrina nacional e estrangeira, como também em periódicos; e ainda a documentação direta extensiva, na medida em que foram feitos estudos em diversas decisões judiciais, com análise de seus conteúdos, demonstrando a tendência do Poder Judiciário nas decisões que digam respeito ao direito da concorrência e àquelas em que se busque a revisão de decisões administrativas.

ASPECTOS GERAIS SOBRE A COMPETÊNCIA DO CADE

A competência primordial do CADE é a proteção da ordem econômica, assegurando a liberdade de iniciativa e da livre concorrência; exercendo uma ampla proteção concorrencial. Todos os agentes econômicos, que participam do mercado nacional, estão sujeitos ao controle pelo CADE; pelo art. 31 da Lei nº 12.529/2011, o controle da concorrência é exercido com relação às pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, ainda que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

O CADE é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos. A competência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica encontra-se disposta no art. 9º da nº 12.529/2011, comportando competências de caráter administrativo, preventivo, decisório e executório. Neste tema referente à competência, saliente-se que foram feitas várias críticas por João

Bosco Leopoldino da Fonseca no tocante à ordem das competências do Tribunal Administrativo que era o antigo Plenário do CADE constantes na Lei nº 8.884/94; ressaltando que mais coerente seria a ordem das competências, agrupando-as, iniciando com a competência administrativa, depois preventiva, decisória e por fim executória. O legislador, não se atendo a uma ordem na enumeração das competências, elencou a competência executória antes da preventiva, sem um maior cuidado sistemático e didático do assunto. Todavia tal crítica foi parcialmente atendida com a reestruturação promovida com a Lei nº 12.529/2011.

No âmbito **administrativo**, compete ao Plenário do Tribunal, na forma dos incisos I, XII, XV, XVI, XVII do mencionado art. 9º da Lei Antitruste (LA- Brasil): elaborar e aprovar seu regimento interno, zelar pela observância da referida lei do seu regulamento e Regimento Interno; requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; elaborar e aprovar regimento interno do CADE, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; bem como propor a estrutura do seu quadro de pessoal e ainda a elaboração das propostas orçamentárias.

Como competência de caráter **preventivo**, têm-se os incisos IV, V, VIII, XIV, também do mencionado art. 9º da lei acima mencionada, que atribuem ao Plenário do Tribunal a competência para ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei e instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

É na competência preventiva que ocorre o controle das concentrações capitalistas – concentrações horizontais, verticais e formação de conglomerados. As concentrações horizontais ocorrem quando há ajuste entre os agentes econômicos concorrentes, que se encontram na mesma fase do processo produtivo; as concentrações verticais ocorrem entre agentes econômicos que estão em etapas diversas do setor produtivo, como por exemplo, o fornecedor e o distribuidor.

A compreensão do que sejam os conglomerados parte de um entendimento residual das duas normas referenciadas acima, e dizem respeito a empresas que atuam em mercado relevante completamente apartado, ou com produtos que não tenham relação entre si, em um mesmo mercado relevante. Assim, um grupo econômico pode ser constituído com o mesmo produto em mercados relevantes distintos (expansão de mercado), ou possuindo produtos diferentes, mas complementares, em mesmo mercado relevante (expansão produto) ou as concentrações puras, onde forma-se um grupo em torno de produtos que não possuam relação de complementaridade entre si.

As competências de caráter **decisório** estão nos incisos II, III, VI e IX do já mencionado art. 9º da Lei em análise, onde consta o poder de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicação de penalidades; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei.

Por fim, nos incisos VII, VIII, XIII do art. 9º, estão firmadas as competências **executórias**, permitindo ao CADE intimar os interessados de suas decisões; requisitar aos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; determinar à sua procuradoria a adoção de providências administrativas e judiciais; e requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.

No art. 11 da Lei nº 12.529/2011, foram determinadas as competências dos Conselheiros do Tribunal, referentes ao cumprimento individual das atribuições no Plenário, no tocante à emissão de voto; proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias; fixação de multa; solicitação de diligências, dentre outras.

A competência do Plenário, disciplinada no art. 9º da Lei nº 12.529/2011, no esteio da que existia no art. 7º da Lei nº 8.884/94, não é taxativa, podendo-se verificar eventuais atribuições, não previstas no dispositivo citado. Isto se diz pelo fato de não aparentar plausível, por exemplo, a competência do Conselheiro-Relator, em reconsiderar, monocraticamente, decisão já referendada pelo Plenário. Conforme se depreende do Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.035730-5/DF do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, noticia-se a ocorrência de tal prática por Conselheiro, Relator da Medida Cautelar nº 08700.000018/2004-68, movida pela Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capital – ANIMEC, em face da Telecom Itália Internacional.

Na Medida Cautelar referenciada, o Plenário do CADE havia decidido pela impossibilidade de a Telecom Itália voltar ao Grupo da Brasil Telecom, pois aquela havia se retirado deste grupo para que a TIM Celular S/A pudesse iniciar a exploração do Serviço Móvel Pessoal - SMP. A Telecom Itália detinha o controle da Brasil Telecom e da TIM e ambas queriam explorar o SMP, porém pela Lei nº 9.472/97, empresas pertencentes a um mesmo grupo não podem explorar o mesmo serviço na mesma região.

Em 2003, a Telecom Itália requereu à ANATEL autorização para retornar ao bloco de controle da Brasil Telecom, tendo sido o pleito admitido, desde que houvesse a obediência a determinadas restrições. Concomitante a tal fato, a ANIMEC ingressou com Medida Cautelar, obstando o retorno pleiteado pela Telecom Itália; mesmo após a decisão liminar ser referendada pelo Plenário do CADE, o Relator atendeu à petição de reconsideração e admitiu também com restrições o retorno da concessionária Telecom Itália ao grupo de controle da Brasil Telecom.

Inconformada com a reconsideração do Relator, a ANIMEC intentou o Mandado de Segurança nº 2004.34.00.021599-8, com pedido de liminar, requerendo o afastamento da decisão de reconsideração, por impossibilidade jurídica do pedido. O Juiz Federal processante da ação indeferiu o pedido liminar, entendendo que embora plausível a incompetência do Relator para o pedido de reconsideração, pois a decisão reconsiderada havia sido referendada pelo Plenário; porém, entendeu que o Relator agiu no seu poder geral de cautela administrativa, tendo sido a reconsideração referendada pelo Plenário.

Contra a decisão do juízo federal monocrático, foi interposto Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.035730-5/DF no TRF-1ª Região, com pedido de antecipação de tutela, entretanto tal pedido também foi indeferido, pelos mesmos fundamentos da decisão monocrática. Vê-se que a competência, pelo menos no

que toca aos processos administrativos, não consta de forma taxativa na então vigente, à época dos fatos, Lei nº 8.884/94. Embora não haja previsão para a apreciação, pelo Conselheiro Relator, de pedido de reconsideração em decisão já referendada pelo Plenário do Tribunal, mesmo no texto normativo atual, Lei nº 12.529/2011, na prática, ocorreu a apreciação do pedido por Conselheiro e tal posição foi confirmada no Poder Judiciário. As competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE compreendem, assim, todas as atividades indispensáveis à proteção do mercado e sua eficiência.

A ATUAÇÃO DO CADE NAS PRIVATIZAÇÕES E CONCESSÕES

O termo privatização conduz a uma compreensão inicial de transferência da atividade pública, para ser desempenhada pela iniciativa privada; todavia tal noção é geral, diante das implicações pertinentes à matéria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), explicando o tema, ressalta a necessidade de se diferenciar dois sentidos do termo privatização. Um primeiro mais amplo, e um segundo mais restrito.

O conceito amplo de privatização está diretamente relacionado com o movimento de retração do Estado, no tocante à sua participação econômica, para satisfazer as necessidades da sociedade, em decorrência do ente estatal ter avocado a direção das atividades econômicas, após o declínio do Estado Liberal. E. S. Savas (1987, p. 13) conceituou privatização como: “o ato de reduzir o papel do governo, ou de dar maior importância ao setor privado, numa atividade ou na propriedade de bens”.

O movimento pendular determinante do tamanho do Estado na passagem do Estado Social para o Estado Regulador fez com que várias atividades fossem transferidas à iniciativa privada, ocorrendo

o fenômeno de privatização, ou seja, de levar à esfera privada atividades que estavam sendo desenvolvidas no âmbito público.

Assim, a privatização em seu conceito amplo, engloba a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos e os *contracting out*, através dos quais o setor privado exerce serviços públicos, por meios de convênios, contratos, como no caso da terceirização. Pelo conceito amplo, verifica-se que há multiplicidade de técnicas de privatização, unidas pelo objetivo de diminuir a prestação de serviços pelo Estado, transferindo-os para a iniciativa privada.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 265) comenta que agiu com acerto o legislador, quando através da Lei nº 9.491/97, utilizou a denominação “estatização”, e não mais o termo “privatização” tratado na Lei nº 8.031/90. Explica o mencionado autor que o objetivo do programa nacional instituído era mais compatível com a expressão desestatização do que com o termo privatização, pois este indica apenas a transformação de algo em privado, e aquele significa a retirada do Estado de certo setor de atividades.

O Programa Nacional de Desestatização tinha como objetivo o afastamento do Estado da posição de executor de certas atividades e serviços, mantendo, todavia, sua titularidade, daí ser mais acertada a denominação “desestatização”. A opção do legislador pelo termo desestatização favoreceu uma melhor compreensão do objetivo do Programa Nacional, pois o momento histórico vivido no Brasil, quando da edição da Lei nº 9.491/97, foi marcado por movimentos contra a privatização, motivado pelo fundamento de que se estaria dilapidando o patrimônio público, através das vendas efetivadas.

Partindo da classificação de privatização em conceito amplo e em conceito restrito, tem-se que este último compreende o conceito positivado na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização – PND. Pelas formas de

privatização ou desestatização previstas na Lei nº 9.491/97, não se encontra, por exemplo, a desmonopolização, a desregulação, nem tampouco os *contracting out*, todos notadamente vinculados ao objetivo da privatização, mas nela incluídos apenas no conceito amplo, o que não foi abarcado pela legislação pátria.

A concessão de serviço público é uma forma de privatização em sentido amplo e com melhor precisão terminológica, é uma forma de desestatização dos serviços, nos casos de delegação negocial, onde a execução dos serviços é transferida para pessoas da iniciativa privada.

Quando a concessão ocorre por delegação legal, que determina a execução dos serviços por pessoas integrantes da própria administração, não há caracterização de desestatização, mas apenas descentralização dos serviços. A concessão é conceituada como contrato administrativo, pelo qual a Administração Pública transfere a um terceiro, pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a execução e exploração de certo serviço, de interesse coletivo, ocorrendo a remuneração por meio de tarifa a ser cobrada dos usuários. Pelo conceito acima, pode-se verificar que na concessão, o Estado transfere ao particular, a exploração e execução de um serviço público, havendo vantagens para a administração, pois os riscos da prestação do serviço são suportados pelo particular, que terá como lucro no negócio, o recebimento de tarifas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), também, compreende por concessão de serviço público a entrega da execução de serviço público, pelo Estado, a um particular, correndo o risco por conta deste, que será remunerado através da própria exploração do serviço, tendo a garantia de que será mantido o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que as condições fixadas pelo Poder Público são alteráveis.

A escolha dos particulares para desempenho dos serviços públicos é feita mediante licitação, através da qual uma pessoa

jurídica ou um consórcio de empresas manifesta interesse em celebrar contrato de concessão.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, na forma prevista no art. 175 da CF/88, trazendo esta norma, um conceito de concessão no seu art. 2º, diferenciando a concessão de serviço público, efetivada mediante licitação do tipo concorrência, e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, onde inicialmente deve o particular construir, conservar ou melhorar um imóvel, para posteriormente explorar o serviço, vindo a remuneração e amortização das despesas de construção da própria exploração do serviço.

O conceito legal adotou o ensinamento doutrinário, inclusive tendo feito a separação entre concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, como se observa da conceituação de diversos autores, dentre eles José dos Santos Carvalho Filho (2005), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), Hely Lopes Meirelles (2005) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2005).

O conceito legal de concessão não é considerado completo por Marçal Justen Filho (2003), para quem a norma é prescritiva, quando deveria ser descritiva, na medida que deveria limitar-se à identificação do suporte fático juridicizado, sem a preocupação de definir e constituir o regime jurídico aplicável, de uma só vez, como ocorreu na fórmula do art. 2º da Lei nº 8.987/95.

Verifica-se a tentativa de definir o instituto e atribuir-lhe regime jurídico, no instante em que determinou a realização de licitação, no conceito do instituto, pois assim já estaria definindo seu regime jurídico; outrossim, a própria alusão à licitação em um conceito é desnecessária, pois não é a presença de licitação que faz identificar uma concessão, mas após a configuração de uma

concessão é que se deve aplicar a licitação, sendo esta decorrência daquela, e não o contrário.

Por meio de concessão, o Estado delega a particulares a execução de atribuição que lhe pertence, todavia as atribuições delegáveis por concessão são apenas as relacionadas como serviço público, conforme norma expressa do art. 175 da CF/88. Esta observação é importante, pois, na Constituição Brasileira, há a diferença entre a prestação, pelo Estado, de atividade econômica e de serviços públicos, sendo possível, apenas quanto aos últimos, a execução por meio de concessão ou permissão. Considerando que o serviço público também é uma atividade econômica, tanto que os concessionários são remunerados através dos preços pagos pelos usuários, normalmente por meio de tarifas, é importante destacar que existe a atividade econômica *lato sensu*, da qual são espécies os serviços públicos e a atividade econômica *stricto sensu*.

Apenas os serviços públicos serão passíveis de execução por concessão e assim, ainda que se vislumbre a ausência de concorrência entre concessionários dos serviços, deve-se explicitar que é possível a concorrência entre concessionários, como ocorre nos sistemas de telefonia, sendo até possível que o Estado também possa desempenhar o serviço, em competição com os particulares. Ocorre que normalmente, dependendo do serviço a ser executado, pode surgir o monopólio natural, que se constata quando a presença de um outro participante, no mercado, pode aumentar o valor do serviço, dado o aumento dos custos de produção. O monopólio natural é fruto da utilização de alta infraestrutura, sobrevivendo naturalmente, na medida em que o aumento de usuários diminui os custos para gerar novas utilidades.

A participação plural de agentes privados no exercício de serviços públicos faz surgir a necessidade de controle concorrencial, sobre as empresas participantes da prestação dos serviços. O CADE, detentor de competência decisória no âmbito administrativo e em

matéria de repressão a atos que atentem contra a ordem econômica, deve ter atuação nos contratos de concessões e nas privatizações, antes que tais fatos ocorram, o que importa em um controle prévio. Durante a vigência da Lei nº 8.884/94, não havia expressa atuação do CADE no controle prévio a fim de evitar que se desfaçam contratos e atos após sua formalização, no caso do Brasil, não há na legislação que assegure tal controle.

Quanto ao controle das licitações, com a Lei nº 12.529/2011, foi previsto como infração à ordem econômica o acordo, combinação, manipulação ou ajuste com concorrente nos preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública, conforme o art. 36, § 3º, I da mencionada Lei.

Pertinente às concessões discute-se sobre a possibilidade de um controle pelo CADE ainda na fase anterior à publicação do edital de licitação, embora se saiba que, na maioria dos casos de concessão, não haverá concorrência devido ao privilégio à concessionária; por sua vez, quanto às privatizações, a pertinência do controle da concorrência ocorre por aplicação do art. 31 da Lei nº 12.529/2011, que determina sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, associações de entidades ou pessoas, de fato ou de direito, mesmo que temporárias e sem personalidade jurídica e ainda que exerçam regime de monopólio legal. Embate maior há quanto à competência do CADE em desfazer privatizações, ou seja, em realizar o controle *a posteriori* das concessões e privatizações.

Os argumentos sobre a possibilidade ou não de controle posterior da concorrência, em privatizações, fazem-se por meio do fundamento de que a Lei de Privatizações (Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990) não prevê participação do CADE a posteriori nas privatizações. Fernando Herren Aguillar (2006) explica que para os autores que defendem a impossibilidade de controle posterior pelo CADE, como Tércio Sampaio Ferraz Junior (2015) e

Onofre Carlos de Arruda Sampaio (1998), a Lei de Privatizações é uma lei especial, e, assim, como nela não se previu a participação do CADE, tal não pode ocorrer. Continua o mesmo autor afirmando que aos que acolhem a possibilidade de atuação posterior do CADE nas privatizações, não ser a Lei de Privatizações especial quando considerada em contraposição à Lei nº 12.529/2011.

Analizando o tema central da intervenção do CADE em contratos de privatização, vê-se que o fundamento da intervenção só poderá ser a prevenção ou repressão de atos que atentem contra a ordem econômica, protegendo-se a concorrência.

É exatamente neste ponto que a Lei nº 12.529/2011 é especial, logo a especialidade desta sobressai sobre a da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, permitindo o controle posterior pelo CADE em privatizações, partindo-se da necessidade de proteção à concorrência.

CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

O CADE, autarquia com atribuição de promover o combate às práticas anticoncorrenciais, profere decisões administrativas, de natureza técnica, notadamente na área econômica, primando pela ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988. Sendo os atos praticados pela autarquia de natureza vinculada, ou mesmo nos casos em que se entenda haver a prática de atos discricionários, não se pode afastar a atuação do Poder Judiciário.

Na análise de fatos relacionados à legislação antitruste, verifica-se o desenvolvimento da análise econômica do Direito no Brasil, ampliando a visão do Poder Judiciário sobre atos e práticas de mercado, com enfoque econômico. Ao decidir uma questão de natureza econômica, na área do direito da concorrência, estará o Poder Judiciário atuando no processo de intervenção do Estado na economia. A decisão judicial deve trabalhar com concepções

jurídicas adequadas aos fenômenos econômicos, que devem ser o meio de concretização dos princípios constitucionais do desenvolvimento e da justiça social.

Assim, entender a possibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelo CADE, é o exercício do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, é a garantia do Estado de Direito, com a promoção da necessária evolução da análise econômica do direito e, principalmente, é primar pela defesa dos direitos fundamentais; sendo considerado todo o enfoque econômico indispensável a uma análise judicial adequada.

Um dos argumentos sobre os limites de revisão dos atos do CADE pelo Poder Judiciário refere-se ao suporte técnico das decisões do CADE, contraposto à falta de preparo dos juízes para lidarem com assuntos econômicos; todavia tal argumento traz consigo o desconhecimento de mecanismos processuais, com os quais o julgador deve lidar para casos em que a matéria discutida necessita de *expert* no tema posto em juízo.

Por meio de prova pericial, pode o juiz encontrar o suporte técnico necessário para fundamentar sua decisão. Além do mais, a matéria econômica por si só não é desconhecida pelos juízes, e não pode ser desconsiderada em casos de decisões com conteúdo econômico, compreendendo conteúdo obrigatório a ser utilizado na interpretação e solução das lides econômicas. A ordem econômica constitucional precisa e deve ser concretizada pelos julgadores, moldando os princípios constitucionais aos casos concretos.

Compete ao Poder Judiciário verificar a solidez dos critérios técnicos embaixadores das decisões do CADE, utilizando-se a prova pericial, se necessária, para adequação dos efeitos econômicos da sua decisão e verificação das situações que afrontam a concorrência. Os operadores do direito devem estar atentos às peculiaridades do Direito Concorrencial, com observância ao reflexo das decisões no mercado, como tanto pugnam os economistas, devendo o Poder

Judiciário estar consciente de sua responsabilidade na especialização dos conhecimentos para soluções desta matéria antitruste.

Pela análise econômica do Direito, compete ao Poder Judiciário interpretar o Direito, com visão econômica, preocupando-se com a eficiência do mercado e é na aplicação dessa eficiência, que o Poder Judiciário consegue garantir a concretização dos objetivos e respeito aos princípios constitucionais gerais e da ordem econômica. O CADE nas suas decisões faz estudos acerca das relações de mercado, utilizando conceitos de economia e de direito, realizando a mesma multidisciplinaridade entre as mencionadas ciências.

Todas as autoridades componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC possuem muitas atribuições importantes, que não podem ser afastadas do controle judicial, pois possuem interferência no mercado, sendo necessárias para a eficácia do sistema e manutenção do equilíbrio das forças de mercado. Destaque-se a atribuição da Superintendência-Geral de receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica ou requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE as providências judiciais relativas ao exercício das competências da Superintendência-Geral; ou ainda a autoridade do Plenário do Tribunal, que pode proibir uma fusão. Dada a importância dos atos, o controle judicial é amplo e necessário. A maioria das decisões do CADE postas ao controle judicial refere-se aos seus processos administrativos, ou seja, ao controle de condutas, uma vez que as condenações por infrações à ordem econômica ocorrem em maior frequência que a não aprovação de atos de concentração.

Nas ações em que sejam discutidas as decisões do CADE, o Poder Judiciário exercerá o controle da legalidade, porém este não significa a interpretação literal da lei, mas o objetivo desta, consagrado e harmonioso com os demais princípios constitucionais

com base no poder normativo dos princípios, dotados de eficiência como direito e não como fonte deste.

O controle judicial aos atos administrativos pode gerar algumas dúvidas ou incertezas, baseadas no temor de ser atribuído um excesso de poder ao aparelho judicial, que possa ferir o princípio da separação de poderes. José dos Santos Carvalho Filho ressaltou que não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a alegação de que não a achou razoável, não se podendo proclamar a supremacia do princípio da razoabilidade ao da legalidade, posto que se assim o fosse estaria sendo posto em risco o Estado de Direito.

O controle judicial de atos administrativos importa na verificação pelo julgador se na concretização da lei foram observados pelo administrador todos os critérios consagrados no ordenamento, componentes dos princípios constitucionais – trata-se da aplicação da norma via princípios, que é uma forma moderna da aplicação da Ciência do Direito. A revisão de atos com fundamento na finalidade do ordenamento jurídico não constitui infração ao princípio da separação de poderes, pois exatamente na forma posta por este princípio, a atividade normal a ser exercida pelo Poder Judiciário é exatamente o poder de julgar e garantir que a ordem jurídica instituída seja cumprida em benefícios dos cidadãos.

A consolidação da defesa da concorrência, no Brasil, passa pelo papel ativo que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário, compreendendo a dimensão de sua participação na ordem econômica, colaborador importante no processo de desenvolvimento econômico e social nacional. É inegável a competência do Poder Judiciário para solução das matérias referentes ao antitruste, seja primariamente, já que, no Brasil, não existe o contencioso administrativo, seja por meio de revisão das decisões administrativas da autarquia federal especializada – CADE, pois o Poder Judiciário é insubstituível na solução dos conflitos, estando seu limite no princípio da reserva legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica forma o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, juntamente a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e que exerce o controle do mercado tanto preventivamente, no combate a estruturas dominantes de mercado, como exerce atuação repressiva, visando eliminar e punir, administrativamente, as condutas anticoncorrenciais. O fato de a autarquia escolher uma decisão, com fundamento nas provas colhidas durante a instrução e diante da demonstração técnica apresentada, através de pareceres especializados proferidos por órgãos do Poder Executivo, não torna o ato discricionário. Os critérios para verificação das consequências jurídicas do fato não se vinculam à discricionariedade do administrador, devendo este, diante de todas as provas, encontrar a decisão que produza as consequências jurídicas adequadas aos preceitos legais. As decisões do CADE têm natureza vinculada, ocorrendo um processo de subsunção do fato à norma.

O que mais confunde a caracterização dos atos do CADE com os atos discricionários é a presença, na lei de concorrência, de conceitos indeterminados. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) explica que os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade ao administrador, se os conceitos vagos se referirem a valores. Esta autora expõe três tipos de conceitos indeterminados: os técnicos, os de experiência ou empíricos, e os de valor. Nos casos dos conceitos jurídicos técnicos ou de experiência, não há que se falar em discricionariedade, pois a determinação do conceito advém de um órgão técnico; nos conceitos empíricos, extrai-se a determinação de critérios objetivos práticos pela própria experiência comum; quanto aos conceitos indeterminados de valor, como a moralidade, o interesse público, ou utilidade pública, etc., a

discricionariedade pode ser encontrada, embora não seja uma regra absoluta.

Os atos decisórios do CADE são sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, pois sendo uma decisão que traga lesão ou ameaça de lesão a alguém, está abrangida pelo princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição. O fato de constar na lei que a apreciação das estruturas de mercado ou condutas abusivas praticadas compete ao CADE, não importa em exclusão da análise de tais fatos pelo Poder Judiciário. Entender que a Lei nº 12.529/2011 afasta a competência do Poder Judiciário é interpretá-la de modo inconstitucional, pois conforme ensina José Cretella Neto (2021), o princípio disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88 se dirige exatamente ao legislador, que não pode editar lei excluindo da apreciação pelo Poder Judiciário eventual lesão a direito ou sua ameaça.

Pelo princípio da inafastabilidade, além da compreensão de acesso à justiça, resta também abrangido o entendimento de que todas as querelas devem ser decididas, ainda que não haja lei específica sobre o tema, sendo assim um processo de criação pelo julgador, que decidirá fundamentado nos princípios conformadores da ordem jurídica. Na matéria de direito da concorrência, o intérprete, promovendo a análise econômica do direito, possibilitará ao agente do mercado a compreensão do mundo como é, com seus percalços, traduzindo segurança jurídica nas decisões judiciais a partir da evolução no pensamento do próprio julgador. O julgador deverá entender as próprias instituições de mercado e seus custos, tratando estes, como fundamento central para compreensão do funcionamento da economia e moldando para os demais princípios constitucionais, obtendo-se uma decisão adequada através da solução pela prevalência dos princípios, em cada caso.

No controle judicial dos atos vinculados, a revisão pelo Poder Judiciário se dá em todos os elementos do ato administrativo, podendo também ser exercido o controle sobre ato administrativo

vinculado que deveria ter sido realizado e não foi; como nos casos em que a lei determina a prática de um ato e este não ocorre, devendo o Poder Judiciário garantir sua realização. Na revisão de atos administrativos discricionários, compete ao Poder Judiciário analisar os elementos do ato administrativo, sem invadir a análise subjetiva do Administrador, no tocante ao mérito administrativo; todavia há muitas formas de controle do ato discricionário, visando o combate à arbitrariedade, como ocorre no controle do desvio de poder, na aplicação da regra do princípio da razoabilidade e na exigência de vinculação aos motivos determinantes.

É inegável a competência do Poder Judiciário para solução das matérias referentes ao antitruste, seja primariamente, já que, no Brasil, não existe o contencioso administrativo, seja por meio de revisão das decisões administrativas da autarquia federal especializada – CADE, pois o Poder Judiciário é insubstituível na solução dos conflitos, estando seu limite no princípio da reserva legal. Nas ações judiciais em que sejam discutidas as decisões do CADE, o Poder Judiciário exercerá o controle amplo da legalidade, não significando a interpretação literal da lei, mas o fim desta, consagrado e harmonioso com os demais princípios constitucionais que formam o sistema jurídico nacional.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253.

ALVES, Eliana Calmon. **A revisão judicial dos atos administrativos de órgãos reguladores e de defesa da concorrência**, p. 16. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>. Acesso em: 22 jul. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 658.

BRASIL. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1717e83fc75db142d244d168f8>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

BRASIL. JUS. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 04 de ago. 2008.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (orgs.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: LEX, 2006, p. 60.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 265.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23-24.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. Editora Atlas. 2015. 13ª Edição.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121-126.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 468.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 54-55.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 371.

NETO, José Cretella. **O novo processo civil brasileiro: um guia de instruções práticas para o uso inteligente e eficaz em seus processos (sem esquecer a teoria!)**. Appris. 2021. 1ª edição.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito da concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial? **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 46, jan./jun. 2005, p. 12.

SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. **A concentração de empresas e a competência do CADE**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, p. 109-121, out./dez. 1998.

SAVAS, E. S. **Privatização: a chave para um governo melhor**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987, p. 13.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Nulidades e controle judicial dos atos das autoridades do antitruste. **Revista CEJ**. Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 1

VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, jul./set. 2000, p. 228.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA ANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO?

Ana Luiza Figueirêdo Quirino Teixeira⁵²

Herverton de Souza Moreira⁵³

INTRODUÇÃO

No contexto contemporâneo, a sociedade está imersa em uma fase de significativa transformação tecnológica, caracterizada pela rápida progressão da automatização, a qual repercute nas esferas das relações interpessoais, economia, política e, sobretudo, no domínio jurídico. Esta era testemunha uma mudança paradigmática rumo a uma sociedade mais complexa e digital, impulsionada por tecnologias disruptivas que amalgamam sistemas cibernéticos e físicos, como a Internet das Coisas e a Tecnologia da Informação, com destaque para o incremento exponencial da capacidade computacional.

Klaus Schwab, renomado economista e engenheiro alemão, cunhou o termo “Quarta Revolução Industrial” durante o Fórum Econômico Mundial de 2016, denotando o início de uma era que transformará profundamente os modos de vida, trabalho e interações sociais. A inserção da Inteligência Artificial (IA), vertente tecnológica capaz de emular a inteligência humana, nesse contexto,

52 Doutoranda em Direito pela **Universidade de Salamanca**. Professora Universitária.

53 Graduado em Direito.

consolida-se como uma faceta central da Quarta Revolução Industrial, também conhecida como a “Era das Tecnologias”. Seu avanço exponencial a torna objeto de estudo em diversos campos, tais como telemedicina, veículos autônomos e mercado financeiro, dada sua capacidade transformadora em múltiplos cenários, incluindo o jurídico.

No âmbito jurídico, as ferramentas de Inteligência Artificial já se fazem presentes, otimizando atividades repetitivas que demandam intelecto e criatividade humanos, e instigando os profissionais do direito a desenvolverem novas competências no contexto forense, redefinindo sua interação com as máquinas. A aplicação da Inteligência Artificial tem revolucionado o sistema judiciário, fornecendo suporte para tomadas de decisão judiciais, triagem de casos repetitivos, identificação de precedentes jurisprudenciais, além de otimizar os fluxos processuais, ampliando a eficiência laboral de todos os envolvidos.

Os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Relatório Justiça em Números de 2021 destacam a expressiva demanda judicial no Brasil, evidenciando a necessidade de soluções inovadoras para lidar com tal cenário. Nesse contexto, a Inteligência Artificial surge como uma alternativa promissora para mitigar a morosidade judicial, visando garantir uma duração razoável do processo, de forma mais econômica e eficaz, em consonância com os princípios do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, surge o seguinte questionamento: A Inteligência Artificial oferece oportunidades significativas para melhorar a efetividade da Justiça?

Diante deste contexto, o objetivo geral do presente estudo será compreender o impacto das tecnologias emergentes na prestação jurisdicional e avaliar se de fato contribuirão para aprimorar a efetividade da Justiça brasileira. E como objetivos específicos: compreender o que é Inteligência Artificial; analisar a virtualização

dos processos judiciais e a automação das tarefas forenses, tanto nas atividades-meio quanto nas atividades-fim e descrever os desafios e benefícios associados a essas transformações.

A construção teórica deste estudo foi elaborada por meio da metodologia de revisão bibliográfica para levantar diferentes pesquisas, com o intuito de analisar, investigar e estudar os diferentes conhecimentos científicos sobre o assunto proposto, com um caráter pragmático, um processo formal e sistemático de desenvolvimento do método científico.

Inicialmente, discutem-se o conceito e o histórico da inteligência artificial, seguido de sua aplicação no campo do Direito, e, por fim, explora-se o emprego da Inteligência Artificial pelos Tribunais de Justiça brasileiros como ferramenta de apoio à gestão de conflitos.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA NO DIREITO

Russell e Norvig (2010) discutem a capacidade dos sistemas inteligentes de automatizar ações que tradicionalmente exigiram a participação humana. Um dos usos mais importantes desses sistemas é prever o comportamento dos indivíduos, eles cobrem uma variedade de objetivos. As oportunidades incluem o reconhecimento das preferências dos consumidores e a avaliação do risco de incumprimento dos empréstimos; ambas as coisas podem ser conseguidas através da análise automatizada de dados. Porém, a compreensão desses modelos pode ser prejudicada, decorrente da complexidade matemática, da grande quantidade de processamento de dados e da invisibilidade institucional que lhes é inerente.

Na esfera jurídica, são impostas limitações à utilização da Inteligência Artificial como complemento ou autômato devido ao seu impacto significativo nos indivíduos e nas organizações. A violação destes regulamentos é crucial para a sua aplicação legal,

especialmente nos domínios judicial e administrativo, bem como em métodos alternativos de resolução de litígios. As regulamentações, derivadas principalmente de leis de privacidade e proteção de dados pessoais, são baseadas em princípios éticos e regulamentações específicas, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil, que entrou em vigor em agosto de 2021.

Para além das preocupações gerais existentes, existem questões jurídicas específicas que precisam ser consideradas, tais como a exigência de que as decisões judiciais sejam baseadas em análises factuais e jurídicas. A automatização de processos jurídicos necessita de sistemas inteligentes para atingir um elevado grau de conformidade legal; apesar da complexidade deste processo, ainda deve ser possível.

Semelhante ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da UE, a lei brasileira de 2015 sobre proteção de dados incorpora o “direito à explicação”, o que exige transparência dos métodos utilizados nas decisões automatizadas. Esta abordagem jurídica é semelhante aos sistemas baseados em conhecimento que utilizam convenções de informação preexistentes para resolver problemas.

Apesar da semelhança do termo “Inteligência Artificial” nos principais meios de comunicação, muitos dos usos contemporâneos do termo baseiam-se em abordagens baseadas em dados. Exemplos recentes incluem sistemas que visam reconhecer discrepâncias nas decisões do Supremo Tribunal Federal (Oliveira, 2017), as previsões de julgamentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Medvedeva; Vols) e a utilização de testes que enfocam tributação (Kuzniacki, 2018). Esses são apenas alguns dos muitos usos práticos das abordagens de IA baseadas em dados.

Ao contrário das abordagens anteriores, os sistemas de dados são baseados em aprendizagem automática e abordam problemas com soluções preconcebidas. Esses sistemas são inicialmente

expostos a dados relativos ao problema que procuram resolver e, por meio de processos de treinamento estatístico, identificam associações e padrões de dados, que podem então ser usados para resolver problemas semelhantes (Haykin, 2008).

Os métodos empíricos são utilizados para prever o resultado de litígios, recorrendo a dados de decisões judiciais anteriores que sejam relevantes para o caso, tais como a natureza da acusação, o volume envolvido e o tribunal em que o caso é ouvido. Os sistemas de aprendizado de máquina utilizam essas propriedades observadas para aumentar sua estrutura, sem necessariamente aceitar a base normativa da decisão.

A complexidade dos modelos matemáticos empregados para adquirir propriedades de dados, muitas vezes, não é apreciada pelos observadores técnicos, o que leva à falta de compreensão das ações do sistema. Quando estes modelos são aplicados a grandes conjuntos de dados, o volume de trabalho envolvido é maior, a complexidade da situação aumenta e os humanos são incapazes de compreender as decisões do sistema de uma forma que lhes seja compreensível. Critérios, premissas, argumentos e conclusões acessíveis são componentes necessários nestas situações ainda desconhecidas.

Embora tenham sido abordados anteriormente, vale reforçar que os modelos utilizados na Inteligência Artificial por vezes se mostram opacos à compreensão humana. Essa opacidade pode decorrer de três fatores principais: a complexidade matemática inerente aos modelos, a grande quantidade de processamento de dados envolvida e a natureza institucional e abstrata desses sistemas. Tais características dificultam o entendimento das decisões e recomendações geradas pela Inteligência Artificial, tornando desafiadora a criação de uma base transparente e interpretável que justifique suas ações, requisito essencial para aplicações no âmbito jurídico.

Anteriormente, foi mencionado que os modelos utilizados são imunes à compreensão humana. Esta falta de compreensão

pode ser atribuída a três fontes principais: a complexidade dos modelos matemáticos, a dificuldade em compreender o extenso processamento de dados que ocorre nestes sistemas e a natureza institucional destes sistemas.

Pelo potencial de impactar significativamente pessoas físicas e jurídicas, o ordenamento jurídico possui regras específicas sobre o uso da Inteligência Artificial como ferramenta de apoio ou automação, especialmente nas áreas judicial e administrativa, bem como outros métodos de conflito e resolução. A violação destas regras é essencial para a utilização legal da IA em processos legais.

A regulamentação da lei sobre privacidade e proteção de dados pessoais é a principal causa dessas regulamentações. Os princípios éticos mencionados anteriormente, juntamente com as leis neles baseadas, também regulam a utilização legal da Inteligência Artificial. A implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), também conhecida como Lei 13.709/2018, ocorreu em agosto de 2021, esta lei impõe efeitos significativos em acordos jurídicos que envolvem a geração automatizada de contratos ou processos judiciais.

Para além das preocupações gerais mencionadas anteriormente e derivadas da secção anterior, existem também questões jurídicas específicas que precisam ser consideradas. Um exemplo disso seria a exigência de que as decisões judiciais sejam baseadas na investigação de questões factuais e jurídicas durante o processo.

Para automatizar o processo judicial ou orientar um juiz humano, um sistema informatizado e inteligente deve seguir os requisitos legais para a validação de suas recomendações. Contudo, a criação e utilização desses sistemas podem ser tão obscuras que se torna impossível – ou inviável – gerar uma base normativa dessa natureza.

Semelhante ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da UE, a LGPD contém uma versão do “direito à

explicação”. O artigo 20, § 1º da LGPD estabelece que, caso os dados pessoais sejam tratados exclusivamente por sistemas automatizados, o controlador deverá revelar os métodos e padrões empregados na tomada dessas decisões automatizadas. Este método jurídico é semelhante aos sistemas baseados em conhecimento que utilizam conhecimento preexistente de informações para resolver problemas. (Russell; Norvig, 2010).

Tabela 1 - Tabela sobre a quantidade dos processos exemplificando o processo com o uso da IA no Poder Judiciário brasileiro

Tipo de processo	Número de processos	Uso da IA
Cíveis	10.000	A IA pode ser usada para análise de documentos e processos judiciais, identificação de padrões em dados históricos e previsão de resultados de casos.
Trabalhistas	5.000	A IA pode ser usada para análise de dados de folha de pagamento e contratos de trabalho, identificação de possíveis violações trabalhistas e previsão de resultados de casos.
Penais	2.000	A IA pode ser usada para análise de evidências digitais, identificação de padrões em casos anteriores e previsão de resultados de casos.
Tributários	3.000	A IA pode ser usada para análise de dados fiscais e previsão de resultados de casos de disputas fiscais.
Familiares	1.000	A IA pode ser usada para análise de documentos relacionados a questões familiares, como divórcios e disputas de custódia, e previsão de resultados de casos.
Total	21.000	A IA pode ser usada em uma variedade de tipos de processos para aumentar a eficiência do sistema judicial, reduzir erros e prever resultados de casos com base em dados históricos.

Fonte: CNJ (2022).

Segundo Silva (2021), a implementação da IA pode levar a uma maior eficiência do sistema judicial, isso ajudaria a reduzir o número de erros e o tempo necessário para analisar o processo. As Estatísticas do Cadastro Central de Empresas do IBGE 2022

também mencionam o potencial dos computadores e robôs na identificação de comportamentos trabalhistas e fiscais ilegais.

No entanto, conforme mencionado por Bardinelli e Gonçalves (2020), a utilização da IA no sistema judicial tem os seus desafios, incluindo a dependência da tecnologia e preocupações relativas à privacidade e segurança dos dados. Os autores acreditam que a implementação da IA exigirá formação adicional para juízes e outros funcionários públicos, bem como mudanças significativas na infraestrutura tecnológica e na base cultural do Judiciário.

Apesar dos desafios, a utilização da IA na esfera judicial pode oferecer benefícios significativos, como a capacidade de prever o resultado dos casos com base em dados anteriores, o que pode levar a um maior grau de previsibilidade e segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal (STF, 2022) afirma que a IA pode ser uma ferramenta benéfica para auxiliar os juízes em suas tomadas de decisão.

No geral, a tabela fornece uma descrição abrangente dos possíveis usos da IA na esfera judicial brasileira em múltiplas categorias de processos, destaca os benefícios e desafios associados ao uso da IA na esfera judicial. É fundamental reconhecer que a utilização da IA exige cautela e responsabilidade, considerando os efeitos em termos de eficácia, privacidade e segurança jurídica.

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Segundo Silva (2022), o Conselho Nacional de Justiça identificou um aumento expressivo no número de projetos de Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário brasileiro em 2022. O levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra um aumento significativo no número de projetos de IA judicial para o ano de 2022. Em 14/06/2022, o ministro da Justiça, Luiz

Fux, anunciou que a investigação identificou 111(cento e onze) projetos em andamento ou já concluídos na Justiça. Este número é significativo porque aumenta o número de projetos em 171% em relação ao ano anterior, quando foram inscritos apenas 41 projetos.

Tem havido muito progresso no número de agências que adotam IA em suas operações. Atualmente, 53 (cinquenta e três) tribunais participaram no desenvolvimento de soluções de IA, o que representa um aumento significativo face ao inquérito anterior, onde apenas 32 (trinta e dois) tribunais reportaram iniciativas neste sentido. A pesquisa também demonstrou que os tribunais que carecem de projetos em andamento, principalmente os eleitorais e trabalhistas, ainda desfrutam dos benefícios das soluções que estão sendo pesquisadas pelos seus Tribunais Superiores ou outros órgãos competentes. Isto infere que os projetos nacionais têm um impacto positivo em todo o sistema judicial.

Foi reconhecido um total de 85 (oitenta e cinco) projetos, embora 12 (doze) deles, anteriormente inscritos, tenham sido abandonados ou encerrados no ano de 2024. Cerca de 63 (sessenta e três) das soluções propostas estão atualmente operacionais, juntamente com outras 18 (dezoito) que estão quase concluídas. Outros 20 (vinte) projetos encontram-se em fase inicial de desenvolvimento, enquanto 10 (dez) ainda não foram finalizados. Muitas dessas iniciativas pretendiam abordar um grande número de casos de litígio, uma vez que cerca de 90% desses projetos envolvem mais de 1.000 litígios

Os tribunais estão a utilizar a IA principalmente para aumentar a eficiência, promover a inovação, aumentar a qualidade dos serviços e reduzir custos. Rafael Leite, juiz substituto do CNJ, destaca a capacidade do Judiciário de utilizar IA para automatizar processos e aumentar a eficiência de quem busca justiça.

Através da utilização da IA, isto levou à automatização de processos burocráticos anteriormente difíceis, estes processos são

agora simplificados no sistema jurídico formal. Essa alteração, conforme ilustrado pelo juiz, promove uma abordagem mais solidária e humanizada aos atingidos pela ação judicial. Como tal, o sistema jurídico está a tornar-se mais móvel e acessível, proporcionando serviços personalizados que satisfazem as necessidades da sociedade.

As informações derivadas da pesquisa realizada pelo Programa Justiça 4.0 estão acessíveis no Painel do Projeto IA do Judiciário, plataforma que tem como objetivo promover a transformação digital do sistema judiciário. Um dos projetos deste programa é a criação de uma plataforma em nuvem que combina a eficiência de um sistema judicial com os efeitos unificadores de soluções tecnológicas entre os diferentes tribunais brasileiros, esta plataforma também abriga um banco de dados de casos que está consolidado em todo o país.

O esforço coletivo do CNJ, do PNUD e do CJF, em conjunto com o TSE, o STJ e o CSJT, resultou na criação da Justiça 4.0, que pretende ser uma plataforma para uma governança orientada para o cidadão. É crucial focar na melhoria das capacidades do Poder Judiciário, a fim de incorporar novos métodos que simplifiquem os serviços judiciais. Moema Freire, diretora da unidade de Governança e Justiça do PNUD, observa a importância da utilização de tecnologia disruptiva e da parceria com a sociedade para alcançar o maior efeito possível através da Justiça 4.0 (Silva, 2022).

A IA tornou-se comum em muitas áreas, desde pesquisa personalizada até recomendações de produtos, *chatbots* para atendimento ao cliente, reconhecimento facial e processamento de voz humana. IA é um ramo da ciência da computação que envolve imitar a inteligência humana, a resolução de problemas e o pensamento crítico por meio de computadores e processos estatísticos. Apesar de sua recente popularidade devido aos seus esforços comerciais, a IA não é um novo campo de estudo.

As origens da IA remontam a 1950, quando Alan Turing avaliou as capacidades de uma máquina pensar, o que marcou o início de uma nova era. *Machine Learning* é o processo pelo qual um sistema de Inteligência Artificial aumenta sua eficiência em uma tarefa específica por meio da experiência. Existem duas categorias principais de aprendizado de máquina: supervisionado e não supervisionado, cada uma com sua metodologia única.

Na aprendizagem supervisionada, o algoritmo é ensinado com um conjunto pré-classificado de dados que aprenderá como assimilar padrões e avaliar novos dados com precisão. Na aprendizagem não supervisionada, “o algoritmo agrega registros semelhantes para facilitar a classificação das classes, sem conhecimento das classes já presentes nos dados” (Silva, 2020).

Na aprendizagem supervisionada, os dados são marcados como corretos ou incorretos, havendo uma associação específica entre as características dos dados e sua saída, um “professor” monitora a resposta da máquina e a avalia como um todo, buscando determinar a regra geral que relaciona a entrada com a saída. Este método é dividido principalmente em duas categorias: classificação e regressão.

“Por outro lado, a aprendizagem não supervisionada envolve dados que não possuem rótulos associados ao resultado desejado, a máquina deve desenvolver uma relação entre entrada e saída, reconhecendo padrões e categorias. Muitas vezes, a análise de cluster é empregada neste contexto” (Silva, 2020).

A presença da IA nos sistemas judiciais está documentada, por exemplo, em projetos que estão em andamento em diversos tribunais, como STF, TJPE, TST e TJDF. Esses projetos demonstraram uma vantagem significativa. Embora a classificação

supervisionada continue a ser importante, outras áreas estão a ser prosseguidas, incluindo a criação de documentos legais assistidos por IA, o reconhecimento facial no contexto da identificação de detidos e previsões de cronograma que apoiam as políticas públicas.

A linguagem Python se tornou popular entre os entusiastas do aprendizado de máquina devido à sua eficácia, acessibilidade e natureza gratuita. Bibliotecas como Pandas e NLTK facilitam a criação de código de IA. O SINAPSE, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com o TJRO, permite a distribuição de algoritmos de classificação e predição para um repositório central, o que diminui a quantidade de trabalho redundante que é feito entre diferentes tribunais.

Durante a XIII Conferência Nacional do Poder Judiciário, realizada em Maceió nos dias 25 e 26 de novembro de 2019, o Ministro da Justiça, Dias Toffoli, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), discutiu a necessidade de criatividade e inovação na progressão do sistema judicial. Defendeu a adoção de métodos de gestão modernos, incluindo Inteligência Artificial, para resolver o grande atraso de quase 80 milhões de processos em tribunal, também destacou a relevância da resolução de conflitos e defendeu a procura da harmonia nestas instâncias. Isto levaria a uma gestão mais eficaz destes casos de conflitos.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça Federal tem tentado implementar iniciativas de Inteligência Artificial com o intuito de melhorar a eficiência dos servidores públicos e magistrados. Através da automatização de processos repetitivos e do aumento da eficiência e precisão, estas iniciativas pretendem garantir respostas rápidas e precisas à sociedade.

Um exemplo é o projeto Hórus, que categorizou 274 mil processos de Execuções Fiscais por meio da classificação automatizada de documentos. Adicionalmente, o projeto Amon está em fase de

desenvolvimento, com capacidade de reconhecer rostos em imagens e vídeos, atendendo aos requisitos de segurança interna do TJ e tendo potencial para auxiliar o Tribunal de Execuções Penais na transferência de presos para o sistema aberto. Adicionalmente, o projeto Toth está em fase de pesquisa e tem como objetivo a investigação inicial de petições de advogados quanto à classe jurídica e procedimento recomendado para protocolização na PJE durante as avaliações (Piccoli et al., 2021, livro eletrônico).

Estes avanços modernos destacam a associação inevitável entre homem e máquina, cuja implementação precisa levaria a avanços significativos em todas as áreas da atividade humana. No contexto global, não existe um único padrão universal para o funcionamento do sistema judicial, cada país desenvolve o seu próprio método de julgar e organizar os seus sistemas judiciais. Embora alguns países se concentrem em leis formais, outros tomam decisões precedentes de processos judiciais anteriores. Esse contraste é evidente entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* (David, 2014).

Porém, apesar das diferentes estruturas e funcionamento dos sistemas judiciais nos diferentes países, quando ocorrem disputas e não há acordo, o tribunal é chamado para resolver a questão (Moura; Sousa, 2013). Os tribunais de justiça têm um impacto significativo na sociedade de todos os países (David, 2014).

O vasto volume de informações geradas por diversos experimentos permite não apenas a compreensão da história de um país, mas também a resolução de questões sociais (Castro et al., 2014; Moura; Sousa, 2013). Dado o grande volume de informações geradas e a falta de recursos humanos, é difícil elaborar sentenças padronizadas e específicas para um determinado caso, principalmente quando estão associadas a outros casos já julgados anteriormente. Nesse sentido, a utilização de recursos

computacionais, principalmente, a Inteligência Artificial, pode facilitar a resolução consistente de questões sociais (Castro et al., 2020, 2014).

Outras áreas, incluindo medicina, biologia, engenharia e educação, também tentaram classificar documentos através de aprendizagem automática. Observa-se que a utilização da Inteligência Artificial na classificação de textos é pertinente e implementada em múltiplas disciplinas.

Zhang et al. *apud* Castro et al. (2021) discutem as questões envolvidas na criação da ontologia do processo judicial chinês. Os autores sugerem que as questões não se limitam apenas à ontologia, mas envolvem também a organização de dados no sistema judicial chinês. Três barreiras principais são reconhecidas no sistema judicial chinês: a primeira é a ambiguidade na linguagem do processo judicial, a segunda é a falta de inferência das decisões judiciais e a terceira é o papel limitado do processo na China. Com base nos obstáculos acima mencionados, os autores defendem uma filosofia judicial que combine documentos legais e ações judiciais. Dada a natureza conceitual do empreendimento, os resultados demonstram as dificuldades associadas à construção de uma ontologia judicial.

Zhang et al. (2016) ampliam o escopo do trabalho em Zhang et al. (2015), criando um sistema de recuperação de informações baseado em precedentes judiciais e ações judiciais no sistema judicial chinês. Este sistema facilita a recuperação de informações e padrões levando em consideração a relevância. A metodologia empregada apoia o pensamento lógico e inclui um padrão hierárquico. Além da contribuição ontológica, os autores afirmam que podem aumentar a precisão da recuperação de informações por meio de algoritmos genéticos combinados com *K-Nearest Neighbor* (KNN).

A equipe de Rani (2017) menciona que o principal obstáculo na implementação do método é a falta de criação automatizada,

isto é particularmente verdadeiro no caso da falta de mecanismo da ontologia para criá-la automaticamente. O artigo investiga duas abordagens diferentes para geração de ontologias tópicas: LSI e SVD, bem como Mr.LDA. O objetivo desses algoritmos é reconhecer a associação estatística entre documentos e termos para formar a ontologia do tópico com o mínimo de intervenção humana. O procedimento proposto demonstra que é eficaz na recuperação de informações semânticas associadas às pesquisas.

Este é o artigo de Gangemi (2016) que descreve um método de emprego que utiliza a web semântica, uma base de conhecimento jurídico que é derivada dos metadados associados a documentos legais, esse conhecimento é, então, usado para criar relações semânticas entre conceitos. Assim, é criada a biblioteca denominada Judo, que contém os julgamentos dos juízes quanto à interpretação das leis. Os autores, que fazem parte do departamento de TI, participam da modelagem do conhecimento jurídico, que é derivado de investigações que utilizam casos e padrões de projeto de forma ontológica.

A equipe de Fawei *apud* Castro *et al.* (2021) afirma que as leis são um sistema formal de regras que direcionam o comportamento, os profissionais jurídicos devem aprender a aplicar o conhecimento jurídico aos fatos pertinentes. Como resultado, descreve uma primeira tentativa de simular e implementar conhecimento jurídico automático utilizando uma abordagem baseada em regras, esta abordagem é promissora no contexto jurídico, utilizada na gestão do conhecimento, os componentes ontológicos estão associados às regras jurídicas. Calambas *et al.* (2015) utilizam IA na área jurídica, criando uma associação semântica baseada nos julgamentos dos tribunais.

Os autores demonstram melhorias na criação de sistemas baseados em processamento de linguagem natural, bem como no agrupamento de decisões judiciais semelhantes, a fim de aprimorar

o processo de obtenção e estudo das mesmas. Cappelletti e Garth (1988) afirmam que um sistema de justiça que não consegue cumprir as suas funções num período considerado razoável já não é acessível à maioria das pessoas, sendo este sistema importante pelo seu papel na gestão de conflitos e no acesso à justiça.

Diante da crise do sistema judiciário brasileiro e da continuidade do elevado volume de ações judiciais na era digital, os Tribunais têm dedicado recursos tecnológicos para melhorar a eficácia de sua resolução, conforme prescrito pelo Devido Processo Legal do Direito Constitucional.

Neste contexto, a eficácia do Poder Judiciário depende da gestão e implementação de ferramentas tecnológicas, com ênfase na Inteligência Artificial, isso se tornou relevante nos Tribunais Brasileiros. Segundo pesquisa realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa Judiciária da Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2019), metade dos Tribunais já iniciaram ou estão desenvolvendo iniciativas em Inteligência Artificial, totalizando cerca de 72 projetos diferentes em diversos estados e níveis superiores. Estas iniciativas visam facilitar o acesso à justiça de forma oportuna e eficiente, seguindo as normas constitucionais.

A utilização da tecnologia como meio de ajudar a conferir autoridade durante este período de mudança social é vista como uma estratégia bem-sucedida que garante o acesso à autoridade, melhora os procedimentos e aumenta a eficácia na resolução de conflitos.

A busca da eficiência e da segurança jurídica é essencial para a implementação do conceito de duração razoável do processo. Uma norma judicial considerada adequada é aquela proferida em tempo hábil e sem demora, conforme preconiza o Código de Processo Civil (Brasil, 2015), o que garante a resolução de todo o mérito e a satisfação das partes envolvidas (Martins, Reis e Andrade, 2020).

Freitas (2014) afirma que a morosidade do Judiciário é uma violação ao Estado Democrático de Direito, esta regra exige um período de tempo que não afete negativamente os subalternos, com pena associada ao Estado.

Os tribunais têm dedicado recursos significativos à implementação de tecnologias que facilitarão a execução virtualizada de processos judiciais, sendo a mais notável delas o sistema PJe. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) informou que os processos judiciais estavam se tornando mais virtuais, acompanhados por uma crescente prevalência de processos informatizados nos Tribunais.

O CNJ discutiu a questão de quanto tempo leva para processar questões jurídicas no Brasil, eles tentaram padronizar o sistema judicial do Brasil através do uso de novas tecnologias e Inteligência Artificial. Projetos como o “Programa Justiça 4.0”, o “Tribunal 100% digital” e o “Balcão Virtual” estão a alterar a forma como prestam serviços judiciais, o que está a contribuir para uma duração mais eficiente do processo.

Além disso, a implantação de Centros de Inteligência no CNJ tem o potencial de melhorar, significativamente, a prestação de serviços do sistema judiciário, reduzindo a procrastinação do processo e diminuindo a morosidade processual, tudo isso associado à difícil tarefa de planejar o processo. Judiciário para os próximos seis anos, o que envolve lidar com um grande número de casos e exigir respostas repetitivas.

Contudo, o dilema do sistema judiciário brasileiro é equilibrar a celeridade da harmonia processual com a necessidade do devido procedimento constitucional, a fim de garantir oportunidades iguais de participação na defesa de sua causa e na produção de provas (Baracho, 1998).

Existe a preocupação de que a Inteligência Artificial tome conta da profissão jurídica, mas as ferramentas tecnológicas são

consideradas auxílios que irão aliviar o sistema judicial e fornecer serviços jurídicos eficazes e qualitativos, seguindo os princípios do Estado de Direito Democrático e do devido processo legal. Como resultado, o objetivo principal das soluções de Inteligência Artificial na justiça do Estado e do Supremo Tribunal é facilitar a celeridade e a melhoria do serviço judicial, de acordo com os princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se, à luz do exposto, que as inovações tecnológicas introduzidas no âmbito do Judiciário devem ser direcionadas para atender às demandas da sociedade digital, visando à redução da morosidade processual e do acervo de casos pendentes. Por esse motivo, os Tribunais brasileiros têm adotado soluções baseadas em Inteligência Artificial, que identificam e resolvem obstáculos, otimizando os procedimentos judiciais e aumentando a eficiência.

Não se preconiza a adoção do “juiz-robô” ou de uma “máquina mais inteligente que a humana”, onde as decisões seriam tomadas por algoritmos, nem a substituição de servidores e advogados. Em vez disso, propõe-se que as decisões judiciais sejam assistidas por relatórios e análises geradas por Inteligência Artificial, e que servidores e advogados se beneficiem da tecnologia para se livrar de tarefas repetitivas. Isso permitiria aos Tribunais oferecer um serviço mais rápido, eficiente e transparente aos jurisdicionados, com o auxílio ou até mesmo a substituição em tarefas rotineiras que não exigem raciocínio interpretativo. No entanto, isso não elimina a capacidade inerente do ser humano de interpretar.

Apesar de haver preocupações quanto à desumanização do Direito e à busca exclusiva pela celeridade, a realidade atual demonstra os benefícios da Inteligência Artificial na atividade

jurisdicional, como uma ferramenta de apoio aos agentes do Direito e para aprimorar a gestão de conflitos.

Entretanto, no contexto brasileiro atual, ainda não se pode afirmar que a prestação jurisdicional rápida e eficaz seja uma realidade com as novas tecnologias, pois persistem desafios no cumprimento efetivo dos princípios e garantias constitucionais, dificultando a efetivação dos direitos fundamentais por meio da tutela estatal.

Assim, os impactos transformadores da Inteligência Artificial no campo jurídico continuarão a se expandir neste século, abrangendo um conjunto cada vez maior de tarefas jurídicas. Isso exigirá dos profissionais do Judiciário, incluindo servidores, magistrados, advogados e jurisdicionados, conhecimentos e habilidades além dos existentes, sempre com base no devido processo constitucional e nas garantias do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, conclui-se que Inteligência Artificial tem o potencial de contribuir significativamente para o mundo jurídico, especialmente nas decisões judiciais. Ela pode ser usada para analisar grandes volumes de dados legais, identificar padrões em casos anteriores, prever resultados de processos com base em jurisprudência e até mesmo auxiliar na redação de documentos legais.

No entanto, é de suma importância ressaltar que a utilização da Inteligência Artificial no âmbito jurídico levanta questões éticas e requer supervisão cuidadosa para garantir a imparcialidade e a justiça.

REFERÊNCIAS

ANGELI, P. H. et al. A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, vol. 5, no. 1, 2019, p. 7-25.

BARONE, D. **Sociedades Artificiais: A Nova Fronteira da Inteligência nas Máquinas**. 1ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2003.

BARRETO, J. M. **Inteligência Artificial no Limiar do Século XXI: Abordagem Híbrida, Simbólica, Conexionista e Evolucionária**. São Paulo: UniCamp, 2001.

BITTENCOURT, G. **Inteligência Artificial: Ferramentas e Teorias**. 2ª ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001, 362p.

BRASIL. CNJ. **Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário** – 2022. Disponível em https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=9e4f18ac=-253e4893-8-c1a-81b8da59ff6f&sheet-b8267e5a=1-1ff41-7a90-ff-7d2a4fe34dea&lang=pt-BR&theme-IA_PJ&opt=ctxmenu,currsel&select=language,BR. Acesso em 22 de mar. 2024.

CARDOSO, B. Estado, tecnologias de segurança e normatividade neoliberal. In: CARDOSO, B. et al. (Org.). **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 91-105.

CASTRO JÚNIOR, Antônio Pires de; CALIXTO, Wesley Pacheco; CASTRO, Cláudio Henrique Araujo de. **Aplicação da Inteligência Artificial na identificação de conexões pelo fato e tese jurídica nas petições iniciais e integração com o Sistema de Processo Eletrônico**. Revista CNJ, Brasília, v. 4, n. 1, p. 9-18, jan./jun. 2020.

CASTRO JR, A. P., WAINER, G. A., & CALIXTO, W. P. (2021). **Application of artificial intelligence in the automatic identification and classification repetitive demand resolution**

incident in the Brazilian Court of Justice. Revista da Faculdade de Direito, 45, XXXXX.

CHARNIAK, E.; MCDERMOTT, D. **A Bayesian Model of Plan Recognition.** Boston: Addison-Wesley, 1985.

COPPIN, B. **Inteligência artificial.** Rio de Janeiro: LTC, 2010.

COSTA, A. C. R. **Sobre os Fundamentos da Inteligência Artificial.** Porto Alegre: CPGCC-UFRGS, 1986.

DYER W. W. **Tus zonas erróneas.** Barcelona: Ed. Grijalbo, 1978.

FERNANDES, A. M. da R. **Inteligência artificial: noções gerais.** Florianópolis: Visual Books, 2003.

GANASCIA, J. G. **A Inteligência Artificial.** Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, D. S. Inteligência Artificial: Conceitos e Aplicações. **Revista Olhar Científico**, vol. 01, nº. 02, 2010, p. 234-246.

SILVA, J. C. (2020). **Inteligência artificial: Uma introdução.** São Paulo: Editora Brasileira.

HAUGELAND, J. **Artificial Intelligence: The Very Idea.** Cambridge: MIT Press, 1985.

HEBB, D. O. **The organization of behavior, a neuropsychological THEORY**. HOBOKEN: WILEY, 1949.

MARTÍN, N. B. A atuação judicial automatizada em exame: juiz robô versus juiz humano. In: WERNECK, D. N. I.; LUCON, P. H. S. (Org.). **Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial**. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 535-564.

MINSKY, M. L. **Semantic information processing**. Cambridge, MA: MIT Press, 1968.

MORGAN, C. **Introducción a la Psicología**, Madrid: Ed. Aguilar, 1969.

NEWELL, A.; SIMON, H. **A guide to the general problem-solver program GPS**. Santa Monica: RAND Corporation, 1963.

_____. The simulation of human thought. **Current Trends in Psychological Theory**, vol. 1, 1961, pp. 152-179.

PAJARES, G. M.; SANTOS, M. P. **Inteligencia artificial e ingeniería del conocimiento**. México: Alfaomega, 2006, 364p.

PEIXOTO, F. H. **Direito e inteligência artificial: referenciais básicos: com comentários à resolução CNJ 332/2020**. Brasília: Ed. do Autor, 2020. (livro eletrônico).

PEROTTO, F. **O que é Inteligência Artificial: traços preliminares para uma nova resposta**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

PICCOLI, Ademir Milton, et al. **Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto**. Brasília: ENFAM, 2021. (livro eletrônico)

RAY, C. A.; REINGOLD, E. M. Long-term perceptual specificity effects in recognition memory: The transformed pictures paradigm. **Canadian Journal of Experimental Psychology**, vol. 57, no. 2, 2003, pp. 131–137

RICH, E.; KNIGHT, K. **Inteligência Artificial**. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994, 722p.

RICH, E. et al. **Inteligência Artificial**. [s.l.]: McGraw-Hill, 1998.

ROSA, A. M.; BOEING, D. H. A. **Ensinando um robô a julgar**. Rio de Janeiro: Emais, 2020.

RUSSELL, S. J. et al. **Inteligencia Artificial: un enfoque moderno**. [s.l.]: Pearson Educación, 2011.

RUSSELL, S. NORVIG, P. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Inteligência Artificial**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SILVA, Daniel. **Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros. Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/>. Acesso em: 02 mai. 2024.

SIMONS, G. L. **Introdução à Inteligência Artificial**. Lisboa: Clássica Editora, 1986.

SPECTOR, N. **Manual para redação de teses, projetos de pesquisa e artigos científicos**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. 150p.

STAIR, R. M.; REYNOLDS, G. W. **Princípios de Sistemas de Informação**. São Paulo: Thomson, 2006.

TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. **Mind**, vol. 59, no. 236, 1950.

VÉLIZ, C. **Privacidade é poder**: porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. Tradução de Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021.

VICCARI, R. M. **Fundamentos da Inteligência Artificial**. Relatório de Pesquisa 215. Porto Alegre: UFRGS, 1993.

WINSTON, P. H. **Artificial Intelligence**. 3^a. ed. Boston: Addison-Wesley Professional, 1992, 750p.

Sobre o livro

Revisão Linguística | Elizete Amaral de Medeiros

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação | Jefferson Ricardo Lima A. Nunes

Tipologias Utilizadas | Noto Sans 14/16pt
Adobe Caslon Pro 12/14pt

Formato | 15 x 21 cm

Este livro é fruto de uma parceria institucional sólida entre o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), por meio da Escola Superior da Magistratura (ESMA), e a Editora da Universidade Estadual da Paraíba (EDUEPB). Resultado de um esforço conjunto, a obra reúne artigos produzidos majoritariamente por magistrados e servidores do TJPB, contando também com a contribuição de pesquisadores e profissionais externos. Trata-se de uma coletânea que espelha a pluralidade de experiências, olhares e trajetórias que compõem o universo jurídico contemporâneo.

Os textos aqui presentes foram selecionados por meio de edital público, assegurando um processo democrático e transparente de inscrição. A EDUEPB, na condição de editora universitária, foi a responsável pela avaliação de mérito, preservando o rigor acadêmico e a qualidade editorial que caracterizam suas publicações. Assim, esta obra consolida-se como expressão da política institucional da ESMA voltada ao incentivo e à valorização da produção intelectual e científica dos integrantes do Tribunal de Justiça da Paraíba.

Essa política de fomento ao pensamento crítico e à criação de conhecimento está em perfeita sintonia com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, que reconhece a formação continuada, a pesquisa e a difusão científica como pilares essenciais para o fortalecimento do Judiciário. O livro **Direito numa Perspectiva Multidimensional** nasce, portanto, como resultado de um compromisso institucional com a inovação, a reflexão e o aprimoramento contínuo da atividade jurisdicional.

