

realidades que no pueden ser respondidas con una mera remisión normativa o con la repetición de doctrinas que se concibieron para otras condiciones espacio-temporales, conocidas en el pasado (Kennedy, 1999). En ese sentido, la noción de “fenómeno ius-epistemológico del confinamiento” puede visibilizar medidas que se enmarcan en una visión conservadora y cerrada del mundo, lo cual puede ser perjudicial al momento de entender los riesgos de nuevas situaciones inéditas. Por consiguiente, se resalta la necesidad del Derecho de tener una perspectiva histórica: tanto para recordar sus orígenes, ante determinadas coyunturas, cómo para rehuir a soluciones que, en distintas circunstancias, pueden resultar en consecuencias desastrosas.

Lo anterior se pone en evidencia al relacionarse las medidas de excepción con la necesidad de que existan garantías para la protección de los DDHH: si dichas medidas se aplican desde una ideología conservadora, implícita en la decisión judicial, ellas pueden tener el potencial de generar nuevos menoscabos en los DDHH. Este potencial como “violencia no convencional” puede ser soslayado por los togados, al perpetuarse, por medio de su argumentación, un punto de vista que niega tanto la exigencia de un mayor compromiso de la actividad jurídica, en beneficio de las posibles víctimas, como un pensamiento más lúcido, con el fin de prevenir novedosas afectaciones a la calidad de vida de las personas. ¿Cómo puede una figura jurídica, formulada para conjurar manifestaciones de violencia convencional, ser pertinente y eficaz para contrarrestar las consecuencias de una serie de violencias no convencionales, dentro de un marco históricamente inédito? ¿Cómo puede una serie de medidas de excepción, formuladas para situaciones clásicas de crisis institucional, económica o medio ambiental -como conflictos armados, golpes de estado o desastres naturales-, funcionar de manera satisfactoria ante las múltiples consecuencias del Virus del Covid-19?

Por otra parte, el hecho de que la “ratio decidendi” de la CCC -como se mostró en anteriores páginas- confirme un orden presidencialista, sin ofrecer mayores herramientas para gestionar las graves consecuencias de la pandemia, puede ser un indicio del “confinamiento” ius-filosófico de los jueces en Colombia, el cual se impone “de facto”, en nombre de una supuesta “pureza de iure” de la adjudicación judicial. Dicha “pureza” oculta un sesgo que contribuye a preservar un orden distante de las crecientes necesidades de las personas, cuya conflictividad y complejidad se agudiza con el paso del tiempo. Por extensión, tales necesidades pueden evolucionar hasta convertirse en manifestaciones de violencia no convencional, en fuente de daños y perjuicios contra el goce de los DDHH. Esto señala cómo las omisiones morales, conceptuales e ius-filosóficas del juez constitucional “confinado” pueden ser causa directa de nuevas violencias contra las garantías y el disfrute de los DDHH. Además, el fenómeno ius-epistemológico del confinamiento implica, igualmente, que se subestime el hecho de que donde las personas no pueden gestionar, de manera suficiente, la satisfacción de sus intereses y la defensa de los derechos, los jueces, en consecuencia, deben intervenir en contextos políticos, caracterizados por la fragilidad humana y la precariedad social (KENNEDY, 2010).

En conclusión, se observa cómo las mismas instituciones destinadas a ofrecer una lectura más dinámica del derecho, a la luz de los hechos y de los cambios sociales y culturales –tanto locales como globales–, parecen resistirse a elaborar nuevos conceptos y lenguajes, según el impulso de la progresividad jurídica. Conceptos como “Estado de Excepción” o “Emergencia social, económica, y ecológica” pueden resultar insuficientes para conjurar una situación calamitosa que no se reduce a una coyuntura o a un periodo de tiempo determinado. La situación derivada por la pandemia no ha cesado todavía y, posiblemente, sus consecuencias se revelen con el paso de los años. Esto exige una actitud más abierta, por parte de las autoridades nacionales y de los jueces constitucionales, para percibir cómo circunstancias extra-jurídicas obligan a una nueva interpretación y uso del derecho (KENNEDY, 1999); de lo contrario, aferrarse a un vocabulario y a una serie de instrumentos que se originaron en circunstancias diferentes a las actuales puede resultar insuficiente –incluso contraproducente–. Finalmente, la pandemia se convierte en una circunstancia que exige entender la labor de los jueces desde un contexto político que no puede ser reducido a una supuesta “objetividad” ni al uso formal de los materiales jurídicos: las decisiones judiciales, al impactar las vidas, los intereses y las decisiones de miles de personas, adquieren una textura concreta hasta ser, eventualmente, o medios para la emancipación – por medio de una defensa y un cultivo de los DDHH, ante una realidad humana cambiante–, o herramientas que condicionan una violencia no convencional.

5. REFERENCIAS

5.1. Bibliografía Citada

BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas: la modernidad y sus parias*. Barcelona: Paidós, 2004.

BUSTOS, J.; JACOBO, J. E. *Pobreza y desigualdad en tiempos de pandemia*, 2020. Disponible en: <https://razonpublica.com/pobreza-desigualdad-tiempos-pandemia/>.

CANDIA FALCÓN, G. *Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 Nº 3, p. 873 - 902, 2015.

FOUCAULT, M. *Historia Política de la Verdad: una genealogía de la moral (Breviarios de los cursos del College de France)*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2016.

GALDÁMEZ ZELADA, L. *La progresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. , 2008. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/centro-de-derechos->

humanos/publicaciones/130544/sistema-interamericano-de-derechos-humanos-y-derechos-fundamentales».

GARCÍA RAMÍREZ, S. Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. México: Cuestiones Constitucionales, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000100005>.

GARCÍA RUIZ, J. La “nueva realidad” no es un triunfo ante la covid-19, 2020. Disponível em: <<https://razonpublica.com/la-nueva-realidad-no-triunfo-ante-la-covid-19/>>.

GORDON LAUREN, P. The Evolution of International Human Rights -Visions seen-. Philadelphia, US: Pennsylvania University Press, 1998.

HAN, B. C. Topología de la Violencia. Barcelona, España: Editorial Herder, 2013.

HARARI, Y. N. El covid puede originar el peor sistema totalitario que haya existido, 2020. Disponível em: <https://www.elconfidencial.com/amp/cultura/2020-10-27/yuval-noah-harari-sapiens-entrevista_2806276/?fbclid=IwAR09iU6HGbjJuHc_IoV4nGzdRVSpqY67QZOR6ikcSpol_CZRNw_ZWqFULGCs>.

KENNEDY, D. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Drecho - Siglo del Hombre Editores, 1999.

KENNEDY, D. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. In: KENNEDY, D. Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Colección Derecho y Política, 2010. p. 27-84.

KRASTEV, I. ¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo. Barcelona: Debate, 2020.

LEÓN, J. El Poder dependerá del saber -entrevista al Ex-Magistrado Manuel José Cepeda-, 2020. Disponível em: <<https://lasillavacia.com/poder-va-depender-del-saber-77871>>.

MACINTYRE, A. Justicia y Racionalidad: Conceptos y Contextos. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, EIUNSA, S.A., 1994.

MACINTYRE, A. Tras la Virtud. Barcelona: Crítica, 2001b.

PACKER, M. La Ciencia de la Investigación Cualitativa. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología, 2014.

ROITMAN ROSENMAN, M. Por la Razón o por la Fuerza: Historia y memoria de los golpes de Estado, dictaduras y resistencias en América Latina. Madrid, España: Editorial Siglo XXI, 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. El control de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

UPRIMNY, R. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal., 2017. Disponible em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf>.

VANEGAS GIL, P. P. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. Revista Derecho del Estado, 27 (1), p. 261-290, 2011.

ZIZEK, S. Sobre la Violencia: Seis Reflexiones Marginales. Barcelona: Paidós, 2009.

ZIZEK, S. La nueva lucha de clases: los refugiados y el terror. Barcelona: Anagrama, 2016.

5.2. Textos Jurídicos

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, 1991. Disponible em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acceso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. 2020, Sentencia C-145: Constitucionalidad del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>> Acceso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. 2020, Sentencia C-152: Revisión de constitucionalidad del Decreto 434 del 19 de marzo de 2020 “Por el cual se establecen plazos especiales para la renovación de la matrícula mercantil, el RONEOL y los demás registros que integran el Registro Único Empresarial y Social - RUES, así como para las reuniones ordinarias de las asambleas y demás cuerpos

colegiados, para mitigar los efectos económicos del nuevo coronavirus COVID-19 en el territorio nacional". Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-152-20.htm>> Acesso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. 2020, Sentencia C-157: Revisión constitucional del Decreto legislativo 439 del 20 de marzo de 2020, "por el cual se suspende el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior, por vía aérea". Magistrada Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-157-20.htm>> Acesso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. 2020, Sentencia C-211: Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto Legislativo 500 de 2020, "Por el cual se adoptan medidas de orden laboral, relativas a la destinación de los recursos de las cotizaciones a las administradoras de riesgos laborales de carácter público, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica". Magistrada Sustanciadora: Dra. Christina Pardo Schlesinger. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-211-20.htm>> Acesso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. 2020, Sentencia C-239: Revisión automática del Decreto Legislativo 569 de 2020, "[p]or la cual se adoptan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica". Magistrada Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-239-20.htm>> Acesso em: 23 nov. 2020.

COLOMBIA. Ley 137 de 1994: Ley Estatutaria de Estados de Emergencia. Diario Oficial No. 41.379, 3 de junio de 1994. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html> Acesso em: 23 nov. 2020.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA¹*APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE BY THE POLICE CHIEF*Marcus Vinicius Macedo Santos²Tarsis Barreto Oliveira³

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de realizar uma análise jurídica referente à possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o princípio da insignificância em situações em que não houver dano material ao bem jurídico protegido pela legislação penal. O referido tema merece ampla discussão, uma vez que, na sociedade atual, não se permite o excesso de poder punitivo por parte do Estado. Dessa maneira, apesar das controvérsias doutrinárias, a aplicação do referido princípio na fase policial vem demonstrando ser necessária, para não dizer obrigatória. À vista disso, foi realizada ampla pesquisa bibliográfica e doutrinária para melhor compressão desse tema. Assim, ao longo da pesquisa, aborda-se o conceito de crime, bem como a origem, definição e requisitos para a aplicação do princípio da insignificância. Em seguida, analisam-se as atribuições e a discricionariedade do cargo de Delegado de Polícia, sendo, por último, expostos os argumentos e fundamentos jurídicos para que se reconheça a capacidade da autoridade policial da análise dos crimes de menor potencial ofensivo.

Palavras-chave: Princípio da insignificância; Delegado de Polícia; atipicidade; dano material; bagatela.

ABSTRACT: The aim of this paper is to carry out a legal analysis of the possibility of the police chief applying the principle of insignificance in situations where there is no material damage to the legal asset protected by criminal law. This subject deserves a wide-ranging discussion, since in today's society, the excess of punitive power on the part of the State is not allowed. Thus, despite the doctrinal controversies, the application of this principle in the police phase has proven to be necessary, not to say mandatory. In view of this, extensive bibliographical and doctrinal research was carried out to better understand this issue. Thus, throughout the research, the concept of crime is addressed, as well as the origin, definition and requirements for the application of the principle of insignificance. This is followed by an analysis of the duties and discretion of the

¹ Recebido em 29/12/2023. Aprovado em: 29/12/2023.

² Graduando em Direito pela UNITINS. E-mail: marcusvinicius@unitins.br

³ Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Sorbonne. Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da UNITINS e UFT. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e Professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br

position of Police Commissioner, and finally, the arguments and legal grounds for recognizing the ability of the police authority to analyze crimes of lesser offensive potential.

Keywords: Principle of insignificance; police officer; atypicality; material damage; bagatelle.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância é de suma importância na aplicação do Direito Penal, tendo em vista que, quando aplicado, o crime deixa de existir. Portanto, devido à sua notoriedade, nos dias atuais torna-se imprescindível debruçar-se e analisar-se a aplicação deste princípio pela autoridade policial.

A legislação pátria outorgou ao Delegado de Polícia um papel importantíssimo na defesa dos direitos dos cidadãos, uma vez que esse fará a primeira análise jurídica dos fatos, e, a depender das circunstâncias, a autoridade policial pode considerar que não houve crime, deixando, assim, de instaurar o inquérito ou de homologar um flagrante. Neste contexto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina concedem ao Delegado de Polícia a prerrogativa de realizar uma análise formal dos fatos, ou seja, verificar se há previsão legal para o fato cometido. Dessa forma, caso a autoridade policial constate que não houve nenhuma violação à norma penal, poderá ele, em conformidade com os poderes e atribuições inerentes ao seu cargo, abster-se de iniciar qualquer procedimento e libertar o conduzido. Entretanto, o foco deste estudo está voltado para a capacidade do Delegado de Polícia de empregar o princípio da insignificância, isto é, analisar se houve dano material.

No que pese a doutrina e jurisprudência mais conservadoras, o Delegado de Polícia poderá restringir apenas a análise formal, não podendo adentrar no contexto material, que deverá ser apenas analisado pelo Judiciário, fazendo com que o Delegado de Polícia deixe de aplicar o princípio da insignificância aos crimes de menor potencial ofensivo.

Contudo, apesar desses posicionamentos, nos dias atuais surgem defensores que rechaçam este entendimento, e entendem que o Delegado, diante da situação fática, deverá analisar se houve ou não lesão material ao bem jurídico protegido pela norma, devendo, assim, aplicar de imediato o princípio mencionado.

Nessa linha, no decorrer deste estudo, serão analisados aspectos introdutórios do conceito de crime, o conceito e a evolução histórica do princípio da insignificância, bem como outros princípios correlatos do Direito Penal. Além disso, serão verificadas as condições necessárias para a aplicação do princípio da insignificância segundo a jurisprudência dos tribunais superiores. Após superadas essas análises, é imperioso discorrer sobre as atribuições da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia e também as hipóteses concretas de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia e suas implicações no âmbito do Direito Penal.

Nesse diapasão, o propósito desse trabalho é despertar uma crítica por parte dos operadores de Direito, bem como da comunidade acadêmica sobre a real e notória necessidade de aplicação do princípio da insignificância logo na fase pré-processual. Uma vez que o reconhecimento desse princípio se daria de toda forma na esfera judicial, a sua não aplicação de imediato tornaria inútil o trabalho policial já realizado. Desse modo, a fim de evitar-se desperdício de tempo, recursos humanos e material, bem como desgaste emocional por parte dos envolvidos, é indispensável reconhecer-se o papel do delegado de Polícia na aplicação do princípio da insignificância.

2. CONCEITO DE CRIME

2.1 Aspectos gerais da teoria do delito.

Antes de adentrar no conceito e fundamentos do princípio da insignificância faz-se necessária uma análise prévia referente à teoria do crime. Conforme Greco (2022, p. 199), a legislação não trouxe o conceito de crime; dessa forma, essa tarefa foi incumbida à doutrina. Assim, de maneira breve os doutrinadores conceituaram o crime sob três aspectos.

Sob o primeiro, é definido no sentido formal, em que crime é toda ação prevista em lei, isto é, se houver previsão legal por parte do legislador, determinada conduta é configurada como crime. Observe-se que o conceito aqui é exclusivamente jurídico. Se a legislação estabelecer para uma conduta a sanção de detenção ou reclusão, juntamente ou de forma alternada com a sanção de multa, estaremos lidando com um delito.

O segundo sentido é o material, no qual o conceito do crime se direciona ao fato de determinada conduta ensejar lesão a bem jurídico de outrem; todavia, cabe ressaltar que se o dano for provado como autolesão, não teremos crime, considerando que o prejuízo deve ser direcionado para um terceiro. Nesse contexto, sob a perspectiva material, delito constitui toda ação humana que prejudica ou coloca em risco um interesse legal de terceiros, que, devido à sua importância, merece a salvaguarda penal.

Essa dimensão valoriza o delito como substância, ou seja, procura determinar se a conduta é capaz ou não de causar um dano a um interesse legal sujeito à proteção penal. Dessa forma, se uma legislação estabelece um tipo de infração penal afirmando que é proibido *cuspir* em vias públicas, essa legislação não estará estabelecendo uma situação de delito em sua acepção material, pois essa ação nunca será considerada delituosa em termos materiais, visto que não ocasiona qualquer prejuízo ou colocação em risco de um interesse legal de qualquer indivíduo. Assim, apesar de a legislação afirmar que é um delito, do ponto de vista material isso não se concretizará.

Por último, e não menos importante, há o sentido analítico, no qual o crime é toda conduta típica, ilícita e culpável (conceito tripartite de crime). Perceba-se que o crime é formado por três elementos, de sorte que, se houver a ausência de um desses componentes, não haverá o crime.

Contudo, Greco (2022, p. 201) aduz que alguns doutrinadores, a exemplo de Mezger e Basileu Garcia, eram defensores da teoria quadripartida da infração, que concebia o delito como qualquer acontecimento tipificado, ilícito, passível de culpa e punível. Atualmente, essa teoria praticamente não é mais encontrada. Por outro lado, Greco (2022, p. 203) menciona também que doutrinadores como Damásio, Dotti, Mirabete e Delmanto são defensores de uma corrente que entende que o conceito analítico de delito se configura como o evento típico e ilícito, com a culpabilidade atuando meramente como um requisito prévio para a imposição da sanção. Isto é, de acordo com essa linha de pensamento, o conceito de delito é bipartido, sendo suficiente para sua caracterização que o evento seja típico e ilícito.

Apesar da existência dessas correntes, a teoria predominante no Brasil é a teoria tripartida de crime, que considera que delito consiste no evento tipificado, ilícito e culpável.

Feitas essas explanações, focaremos no último conceito de crime (sentido analítico), que proporcionará a base para analisar e compreender o princípio da insignificância. Nessa perspectiva, ao analisar o primeiro elemento (fato típico), esse também é dividido em elementos, sendo eles: conduta humana (alguns entendem possível a conduta de pessoa jurídica), resultado naturalístico, nexos de causalidade e tipicidade. Por antemão, considerando o objeto em estudo, nos restringiremos ao elemento da tipicidade.

2.2 Tipicidade Formal e Material

Conforme Glória et al (2018, p. 116), a tipicidade pode ser classificada em duas categorias: tipicidade formal e tipicidade material.

A tipicidade formal se refere simplesmente à correspondência da ação do agente a uma disposição tipificadora (norma legal que descreve o ato como crime). Portanto, o tipo previsto no art. 155 é "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". Dessa forma, quando João furta um pote de manteiga de uma grande rede de supermercado, ele está cometendo um evento típico (tipicidade formal), pois está executando uma ação descrita como crime na legislação. Não há necessidade de muita discussão sobre a tipicidade formal. É suficiente que o intérprete compare a ação realizada no caso específico com a ação prevista na lei penal (subsunção). Se a ação praticada se encaixar naquela descrita na lei penal, o evento será típico, ou seja, haverá correspondência tipificadora devido à presença do elemento tipicidade.

Por outro lado, existe a tipicidade material, que implica na existência de um dano (lesão ou exposição a risco) significativo ao interesse jurídico. Portanto, a tipicidade material não estará presente quando a ação, embora formalmente enquadrada (descrita na lei como delito), não tiver a capacidade de causar um impacto substancial no interesse jurídico protegido pela norma. Dessa maneira, quando se encontra diante dessa situação se aplica o princípio da insignificância.

Voltando ao exemplo mencionado anteriormente, a ação está formalmente tipificada (descrita na lei como um delito de furto). Contudo, a tipicidade material não está presente, uma vez que essa conduta não causa prejuízo suficiente para afetar de maneira significativa o interesse jurídico protegido pela norma.

Em resumo, a distinção entre tipicidade formal e material é essencial para compreender a aplicação do princípio da insignificância. A tipicidade formal se refere à correspondência entre a ação e a descrição legal do crime, enquanto a tipicidade material envolve o dano ou risco substancial ao interesse protegido pela norma. Esta análise mais abrangente da tipicidade é fundamental para a aplicação justa e proporcional das leis penais, garantindo que infrações de menor impacto não sejam tratadas com a mesma severidade que crimes mais graves.

À vista disso, pode-se concluir que o elemento tipicidade é a soma de dois subelementos, ou seja, tipicidade formal + tipicidade material; portanto, a ausência de um desses tornará o fato atípico; em consequência disso, haverá a exclusão do crime.

Além disso, Rodrigues (2022, p. 51) assevera que o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que danos mínimos a um bem alheio não resultam em tipicidade material e, conseqüentemente, classificam o ato como atípico. Todavia, cabe ressaltar que o STF exige alguns elementos objetivos para a aplicação do princípio da bagatela, que será elucidado adiante no momento oportuno.

Compreendidos os motivos que justifiquem o princípio da insignificância torna-se necessário compreender a sua origem e fundamentos.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 Origem

De acordo com Ackel Filho (2010, p. 87), o princípio da insignificância tem suas raízes no direito romano, onde encontra respaldo no postulado *minimis non curat praetor*, que significa que o magistrado não deve se preocupar com questões insignificantes. No entanto, é importante notar que esse brocardo era aplicado exclusivamente no âmbito do direito privado, com ênfase na esfera civil.

Por outro lado, Guadanhin (2017, p. 21) afirma que o primeiro vínculo entre a expressão *minima non curat praetor* e o princípio da insignificância foi estabelecido por von Liszt no final do século XIX. Ele se opôs às penas de prisão de curta duração, argumentando que não reabilitavam, dissuadiam ou impediam o comportamento criminoso, especialmente em casos de réus primários. Von Liszt sugeriu a reintrodução desse princípio como uma possível reforma legal, seja como uma regra no processo judicial, muitas vezes vinculada ao princípio da oportunidade, seja como uma norma de

direito material para situações de infrações de menor gravidade em relação ao bem jurídico protegido, que ele denominou de "impunidade por insignificância da infração" (Guadanhin, 2017, p. 21).

De acordo com Guzmán Dalbora, Guadanhin também levanta a questão da ausência da expressão *minima non curat praetor* nas fontes romanas. Essa revelação desafia a relação direta entre essa expressão e o princípio da insignificância.

Contudo, apesar dessas divergências expostas, conclui-se que a evolução desse conceito ocorreu com mais ênfase no contexto do Direito Privado, que era menos suscetível a influências políticas em comparação ao Direito Penal. Portanto, Guzmán Dalbora acredita que seu surgimento teve uma origem mais vinculada ao Direito Civil do que ao Direito Penal. Ele sugere que o que os juristas romanos pretendiam expressar era que o mínimo seria irrelevante para o Direito como um todo, e não apenas em relação a crimes específicos (Guadanhin, 2017, p. 23).

Entretanto, o princípio da insignificância foi introduzido no direito penal contemporâneo por Claus Roxin, como uma causa de exclusão do crime. Consequentemente, sua inserção oferece uma orientação aos intérpretes da lei, permitindo-lhes afastar a aplicação das leis incriminadoras quando não há lesão material substancial. (Capez, 2011, p. 29)

Em resumo, o princípio da insignificância representa uma ferramenta importante no direito penal moderno, oferecendo uma visão sensível à proporcionalidade na aplicação da lei. Embora suas raízes remontem ao direito romano, a discussão contemporânea sobre sua aplicação e origem continuam a envolver estudiosos, mostrando a complexidade e a riqueza histórica desse conceito jurídico.

Prosseguindo com a evolução do princípio abordado neste trabalho e esclarecidas as origens da expressão, além de von Liszt, outra contribuição significativa para a necessidade de interpretação restritiva do tipo penal foi oferecida por Welzel. Este introduziu a noção de adequação social da ação como um princípio geral de interpretação, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. (Toledo, 1994, p. 131)

No âmbito do Direito Penal, a adequação social não faz parte do conceito de delito, mas tem a finalidade de restringir o alcance das expressões literais dos tipos penais, uma vez que comportamentos socialmente toleráveis também estão abrangidos por eles. Esse instituto não engloba as causas de justificação, uma vez que estas são consideradas permissões (Guadanhin, 2017, p. 24).

Essa abordagem, que leva em conta a consideração da adequação social, ressalta a importância de não apenas olhar para o elemento objetivo do crime, mas também para sua contextualização na sociedade. Ao interpretar os tipos penais de forma restritiva com base nesse princípio, o Direito Penal se torna mais sensível à realidade social e evita criminalizar condutas que não representem uma ameaça significativa aos valores jurídicos protegidos. Portanto, a introdução da adequação social na discussão do princípio da insignificância amplia ainda mais o escopo dessa importante ferramenta jurídica no Direito Penal contemporâneo.

Nesse sentido, Guadanhin (2017, p. 24) expõe que:

No que diz respeito ao princípio da insignificância, Welzel o engloba nesse conceito de adequação social, haja vista que as condutas socialmente adequadas não precisariam ser exemplares, bastando estar dentro dos limites da liberdade de ação social. Seriam exemplos as lesões corporais insignificantes, as privações de liberdade irrelevantes, a aposta de pequenos valores em jogos não autorizados (§ 284ss do Código Penal alemão, Strafgesetzbuch – StGB) e a entrega de presentes de pequeno valor por ocasião do Ano Novo para funcionários públicos (§ 331 do StGB).

A ideia de Guadanhin mencionada acima destaca a visão de Welzel de que a adequação social desempenha um papel fundamental na aplicação do princípio da insignificância. Welzel argumenta que condutas que não prejudicam significativamente a sociedade e que são socialmente aceitáveis não devem ser criminalizadas, desde que não ultrapassem os limites da liberdade de ação social. Portanto, essa perspectiva amplia o sentido do princípio da insignificância ao considerar a aceitação social como critério fundamental na avaliação da relevância de uma conduta no direito penal.

3.2 Conceito e fundamento

Embora não seja tarefa simples conceituar o princípio em voga, tendo em vista a sua complexidade, far-se-á um esforço para que ele seja compreendido. O princípio da insignificância, também denominado por alguns doutrinadores como *princípio da bagatela*, possui um valor axiológico amplo, estando internamente entrelaçado com o princípio da dignidade humana. Toledo de Assis (1994, p. 133) assevera que o princípio da insignificância no direito penal, por sua própria natureza fragmentária, tem o propósito de proteger o bem jurídico de maneira eficaz. Portanto, ele não deve se ocupar com questões insignificantes ou bagatelas. Esse princípio reconhece que o direito penal deve se concentrar apenas nas condutas que representam uma verdadeira ameaça ao bem jurídico protegido, evitando, assim, a criminalização de infrações de pouca relevância.

Nessa linha, pode-se concluir que o princípio ora analisado é uma causa de exclusão da tipicidade material que opera acima do nível da legislação, ou seja, não está prevista explicitamente na lei. Pode também ser considerada como um princípio interpretativo aplicado aos tipos penais. Esse princípio é amplamente aceito pela doutrina jurídica e frequentemente utilizado pelo Poder Judiciário, pois está intrinsecamente relacionado com os princípios fundamentais que orientam de maneira imperativa o sistema penal moderno, incluindo, assim, demais princípios, tais quais a intervenção mínima, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a proporcionalidade, a razoabilidade, a lesividade e a humanidade. (García, 2023, p. 40).

Conforme explanado no capítulo anterior, na teoria geral do crime a tipicidade é dividida em dois aspectos: a tipicidade formal e a tipicidade material. A tipicidade formal está relacionada com a correspondência do ato ao modelo descrito na legislação criminal. Já a tipicidade material envolve a questão da lesão ou do perigo de dano causado ao bem jurídico protegido pela lei.

Quando apenas a tipicidade formal está presente, o ato é considerado atípico, destacando a importância da interação entre esses dois elementos para a configuração do delito. (Silas Filho, 2023, p. 60).

Nesta perspectiva, é evidente que no século atual, em um contexto onde o Direito Penal deve ser a última alternativa, é imprescindível evitar que ele incida sobre condutas insignificantes. Argumentar o contrário seria um retrocesso significativo, pois nos levaria de volta a um período em que a punição se baseava apenas na comparação entre o fato e a norma, sem considerar o juízo de valor do aplicador da lei. A imposição estrita, isolada e mecânica da letra da lei pode resultar em danos e injustiças enormes. Um exemplo claro disso foi o terrível regime nazista, que frequentemente justificava suas atrocidades com base na legislação. A segurança jurídica, que é um pilar do positivismo jurídico, não deve negligenciar certas premissas do jusnaturalismo. Conforme a perspicaz formulação de Radbruch: "uma legislação extremamente injusta não é lei". Como bem destacado por Couture, "seu dever é lutar pelo Direito, mas no momento em que o Direito e a Justiça entrarem em conflito, lute pela Justiça". Portanto, as causas supralegais de exclusão do delito desempenham um papel importante nesse contexto. (Garcia, 2023, p. 40)

Além disso, do ponto de vista da dignidade humana, torna-se essencial excluir da realidade do autor de delitos insignificantes os descréditos prejudiciais do sistema criminal, tais como a prisão, a acusação formal, o processo e a punição.

A detenção desnecessária de pessoas de baixa renda acentua a seletividade do sistema penal brasileiro e intensifica o sofrimento dos menos afortunados. Muitos permanecem encarcerados mesmo após terem cumprido suas penas, enquanto outros têm suas prisões preventivas prolongadas indefinidamente. Além disso, existem decisões judiciais breves e uniformes que automaticamente convertem prisões em flagrante em prisões preventivas.

Ao mesmo tempo, quando se trata de empresários e políticos responsáveis pelo declínio do país, o sistema age de forma ágil e raramente se fazem presentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, a fim de mantê-los detidos. Portanto, é inegável a relevância do princípio da insignificância, pois não apenas serve como um freio ao poder de punir (*ius puniendi*), mas também atua como uma ferramenta genuína de justiça.

Por último, é importante ressaltar que a insignificância não impede que a parte prejudicada busque a reparação do seu patrimônio na esfera civil. Dessa maneira, o indivíduo que foi prejudicado, por exemplo, pode processar o causador do dano, de acordo com o artigo 186 do Código Civil. (Garcia, 2023, p. 42)

Além do mais, Silas Filho (2023, p. 62) salienta que o princípio da insignificância deve estar em conformidade com três critérios: o valor do bem jurídico em termos concretos, a avaliação abrangente dos danos ao bem jurídico e a consideração dos bens jurídicos imateriais de significativa relevância social. Esses critérios são de extrema importância para evitar a aplicação subjetiva do princípio da insignificância. É claro que a aplicação desse princípio sempre requer uma

análise minuciosa e precisa das circunstâncias específicas de cada caso, a fim de determinar se ele deve ou não ser aplicado. No entanto, estabelecer uma definição mínima desses critérios é benéfico para o sistema penal, pois ajuda a prevenir possíveis abusos em sua utilização e oferece diretrizes mais claras sobre quando o princípio da insignificância deve ser invocado, orientando, assim, os profissionais do Direito.

3.3 Requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

Com o objetivo de evitar arbitrariedades e decisões desarrozoadas, o que provocaria insegurança jurídica, a jurisprudência buscou estabelecer requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido, conforme mencionado por (Pardal, 2023, p. 33), o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o entendimento de que, para a sua aplicação, são indispensáveis alguns elementos orientadores, a saber:

- a) mínima ofensividade da conduta do paciente;
- b) ausência de periculosidade social da ação;
- c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais critérios são mencionados de maneira clara conforme o julgado abaixo:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas:

- (i) mínima ofensividade da conduta do agente;
- (ii) nenhuma periculosidade social da ação;
- (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;
- (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio.

Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta.

2. Agravo regimental desprovido.

(HC 175945 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020)

Observa-se que para o Supremo Tribunal Federal são necessários quatro requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância: a conduta deve ser minimamente ofensiva, não deve apresentar periculosidade, o grau de reprovabilidade do comportamento deve ser extremamente reduzido, e a lesão jurídica provocada deve ser insignificante.

Tais critérios objetivos já se encontram pacificados, sendo aplicados também pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme pode ser visto no julgado a seguir:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público”. (HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19/11/2004.) No tocante à inexpressividade da lesão jurídica provocada, esta Corte Superior firmou o entendimento segundo o qual, para fins de incidência do princípio da bagatela, o valor que se atribui, mediante avaliação, à coisa furtada não pode ser superior a 10% do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do fato apresentado como delituoso. (STJ, HC 421.330/AC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 30/05/2018)

Todavia, a polêmica surge nos casos de reincidência, nos quais se discute se deve ou não ser aplicado o princípio da insignificância. Segundo Garcia (2023, p. 43), a terceira Seção do STJ deliberou da seguinte maneira (STJ, 3ª Seção, EDiv em AgrResp nº-221999, rel Min Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento 11/11/ 2015):

O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. (Garcia, 2019, p. 43)

Perceba-se de acordo com a decisão do Superior tribunal de Justiça não se pode ignorar o histórico criminal do indivíduo, a fim de evitar a multiplicação de pequenos crimes cometidos pela mesma pessoa, o que tornaria ineficaz o sistema penal.

Portanto, para o STJ, ao aplicar o princípio da insignificância, deve ser considerado crucial examinar as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto. O julgado supracitado destaca que, em geral, indivíduos reincidentes e com maus antecedentes não devem se beneficiar dessa doutrina. No entanto, ressalva-se que, em casos específicos, as instâncias ordinárias podem avaliar se a aplicação do princípio da insignificância é socialmente recomendável, apesar da reiteração criminosa do agente.

Em síntese, o STJ destaca a importância de considerar o histórico criminal do agente ao aplicar o princípio da insignificância, mas deixa espaço para uma análise individualizada das circunstâncias do caso concreto pelas instâncias ordinárias.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem estabelecido jurisprudência no sentido de que a reincidência, por si só, não exclui a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Em outras palavras, a reiteração de condutas criminosas não é, automaticamente, um impedimento para que o juiz reconheça a irrelevância penal do comportamento, desde que isso seja avaliado com base nos elementos específicos do caso em questão. Um exemplo disso está registrado no HC 139503, em que se afirmou que "a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto..." (Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/03/2019).

Em resumo, para o Supremo Tribunal Federal (STF), a reincidência pode ou não impedir a aplicação do princípio da insignificância, dependendo das circunstâncias específicas do caso. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que, em geral, a reincidência obstaculiza a aplicação do princípio da insignificância, com exceção de situações especiais, como quando o valor do bem subtraído é extremamente reduzido.

Quanto aos inquéritos policiais em andamento e processos penais em curso, o STJ tem julgamentos que indicam que, embora não possam ser considerados como reincidência, podem configurar uma habitualidade delitiva, o que pode justificar a não aplicação do princípio da insignificância. (Garcia, 2023, p. 44).

Uma vez compreendidos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, torna-se necessário analisar os demais princípios do direito penal que convergem para o mesmo objetivo.

3.3 Princípios correlatos ao princípio da insignificância.

3.3.1 Princípio da intervenção mínima.

Conforme preconiza Greco (2022, p. 115), a justiça criminal deve dar ênfase à preservação dos pilares fundamentais e essenciais à vida em sociedade. O legislador, por meio de uma análise política que se ajusta às demandas de uma sociedade em constante transformação, sempre que constatar que outras esferas do Direito não conseguem assegurar de forma eficaz a salvaguarda desses elementos de extrema importância para a comunidade, identifica e determina as ações, quer sejam afirmativas ou negativas, que merecem atenção por parte do sistema de justiça penal.

Dessa forma, o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, desempenha um papel crucial não apenas na identificação dos bens jurídicos mais significativos que merecem atenção especial do Direito Penal, mas também na promoção do que é chamado de *descriminalização*. Se é com base nesse princípio que determinados bens são escolhidos para serem mantidos sob a proteção do Direito Penal, devido à sua importância, também será com base nele que o legislador, atento às mudanças na sociedade, que, com o tempo, deixa de considerar certos bens como

cruciais, removerá do nosso sistema jurídico-penal determinados tipos de crimes. Isso ocorre porque o princípio da intervenção mínima impõe que o Direito Penal seja acionado apenas quando estritamente necessário para proteger esses bens vitais da sociedade.

Nesse condão, o princípio da intervenção mínima deriva da natureza fragmentada e subsidiária do Direito Penal. Ele representa uma restrição ao poder punitivo do Estado, estabelecendo uma norma a ser obedecida para conter potenciais abusos por parte do Estado.

De acordo com esse princípio, em um sistema de justiça penal como o Direito Penal, a criminalização de comportamentos deve ocorrer somente quando for absolutamente necessário para proteger bens jurídicos ou defender interesses cuja salvaguarda pelo Direito Penal seja essencial para a convivência harmônica e pacífica da sociedade. Embora não esteja explicitamente estabelecido na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional, esta é uma consequência natural e intrínseca à estrutura do sistema jurídico-penal. (Assis, 2018, p. 32)

Seus principais destinatários são o legislador, que é orientado a evitar a criminalização de condutas que possam ser tratadas por outras áreas do Direito (métodos menos severos), e o operador do Direito, que tem a responsabilidade de não aplicar o julgamento de tipicidade material em casos que não justifiquem a intervenção penal. Em síntese, o Direito Penal é a última opção para resolver um problema (*ultima ratio*). (Greco, 2022, p. 115)

Diante do exposto, pode-se concluir que a aplicação do princípio da insignificância está alinhada com o princípio da intervenção mínima, pois ambos buscam limitar a atuação do direito penal apenas às situações verdadeiramente relevantes e prejudiciais à sociedade.

3.3.2 Princípio da ofensividade ou da lesividade

Para uma melhor compreensão do conceito de insignificância, é fundamental ter um entendimento sólido do princípio da lesividade. Segundo esse princípio, um ato só pode ser considerado crime se a conduta do indivíduo tiver um impacto relevante e significativo sobre um bem jurídico de outra pessoa, ou seja, se causar danos ou impactos perceptíveis nesse bem. É a partir dessa base que podemos então examinar a insignificância, focalizando situações em que a conduta não atende a esse critério de relevância e, portanto, não justifica a aplicação do Direito Penal.

Nesse contexto, pode-se inferir também que os princípios da intervenção mínima e da lesividade podem ser vistos como complementares e interligados. Enquanto a intervenção mínima restringe a aplicação do Direito Penal apenas a casos que envolvam sérios ataques a bens jurídicos fundamentais, o princípio da lesividade age como um guia adicional, delineando quais condutas podem ser efetivamente criminalizadas pela legislação penal. Na verdade, ele nos orienta sobre quais comportamentos não devem ser submetidos às sanções da lei penal. Em resumo, esses princípios trabalham juntos para limitar o escopo de atuação do Direito Penal, garantindo que sua aplicação seja reservada para situações verdadeiramente relevantes e prejudiciais à sociedade. (Greco, 2022, p. 121).

Silas Filho (2023, p. 43) expõe que o princípio da ofensividade estabelece que não é suficiente que um ato seja formalmente enquadrado como crime pela legislação, pois é necessário que esse ato cause uma ofensa significativa (por meio de lesão real ou exposição a um risco grave de lesão) ao bem jurídico que a lei penal pretende proteger. Portanto, condutas que não têm a capacidade de afetar de forma substancial o bem jurídico em questão são carentes de ofensividade, e, conseqüentemente, não podem ser consideradas criminosas. Em resumo, a mera tipificação legal não é suficiente para caracterizar algo como crime; é preciso que haja uma ofensa real ou um risco grave de ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Em síntese, o princípio da insignificância e o princípio da lesividade atuam como filtros essenciais na aplicação do Direito Penal. Enquanto o princípio da lesividade estabelece a necessidade de que uma conduta cause uma lesão ou represente um risco significativo a um bem jurídico para ser considerada crime, o princípio da insignificância reconhece que há situações em que a falta desse impacto relevante torna inadequada a intervenção penal. Ambos os princípios visam assegurar que o Direito Penal seja aplicado apenas a condutas verdadeiramente prejudiciais à sociedade, garantindo, assim, uma abordagem justa e proporcional no sistema legal.

3.3.3 Princípio da proporcionalidade

Pardal (2023, p. 45) afirma que a ideia de que a relação entre os delitos e as penas deve ser proporcional não é recente, pois já estava presente na máxima antiga "a pena deve ser comensurada com o crime", e também fazia parte da lei do talião. No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com relevância constitucional, que orienta a atividade legislativa em matéria penal, foi desenvolvido ao longo do tempo, principalmente influenciado pelas obras iluministas do século XVIII e pela doutrina do direito administrativo.

Beccaria já argumentava que os meios empregados pela legislação para prevenir crimes deveriam ser mais rigorosos à medida que o delito fosse mais prejudicial ao bem público e tivesse maior probabilidade de se tornar comum. Portanto, ele defendia a necessidade de haver uma proporção adequada entre os delitos e as penas. Para Beccaria, se a mesma punição, como a pena de morte, fosse aplicada tanto para quem matasse um pássaro quanto para quem tirasse a vida de um ser humano ou falsificasse um documento importante, isso resultaria na perda de distinção entre esses delitos. Portanto, ele enfatizava a importância de o legislador estabelecer categorias principais na distribuição das penas aplicadas aos delitos e evitar aplicar penas menores aos crimes mais graves. (Pardal, 2023, p. 45)

O princípio da proporcionalidade, como é entendido atualmente, requer a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade rigorosa. Isso implica que os recursos escolhidos pelo legislador devem ser apropriados e imprescindíveis para alcançar os objetivos estabelecidos. Um meio é considerado apropriado se for capaz de eficazmente atingir o resultado desejado, e é considerado

necessário se o legislador não dispuser de outra opção igualmente eficaz, porém menos intrusiva em relação aos direitos fundamentais. (Greco, 2022, p. 140)

Além da divisão anterior, também encontramos o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que busca otimizar as opções jurídicas, considerando a proporção entre os meios (sanções criminais) e os objetivos estabelecidos (proteção de bens jurídicos). (Greco, 2022, p. 140)

Em resumo, esse princípio estipula que as sanções penais devem ser proporcionais à seriedade da infração. Além disso, enfatiza que as sanções devem ser previstas de tal forma que, de maneira abstrata, correspondam adequadamente ao delito cometido pelo infrator.

Diante do exposto é notório que o princípio da proporcionalidade e o princípio da insignificância são interligados no direito penal, pois ambos buscam garantir que as penas e ações legais sejam aplicadas de maneira justa e equitativa. O princípio da proporcionalidade assegura que as punições sejam proporcionais à gravidade do delito, enquanto o princípio da insignificância reconhece que em certos casos, quando a conduta não cause danos relevantes, a intervenção do direito penal é inadequada.

4. ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

4.1 Atribuições da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia.

Sannini e Cabette (2017, p. 41) destacam que as corporações policiais possuem um papel de extrema importância no monitoramento social e na observância das normativas, o que, inevitavelmente, se reflete no direito primordial à proteção pública. Os autores retromencionados argumentam, ainda que de uma forma genérica, que há uma compreensão errônea do conceito de segurança por parte da população, que, não raras vezes, entende que a segurança se restringe apenas ao poder de força e coação do Estado, que limita a liberdade individual das pessoas.

Entretanto, é necessário ressaltar que o direito à proteção, dentro desse contexto, se destaca como uma salvaguarda ou mesmo uma medida coercitiva contra atos ilegais, garantindo, igualmente, a convivência em comunidade e a realização dos demais direitos essenciais, de modo que a segurança, cujo objetivo lógico é preservar, defender, salvaguardar e afastar perigos, não deve ser considerada apenas como um meio de coação, especialmente quando se trata da atuação policial. Na verdade, o direito à segurança representa a garantia de exercer os demais direitos de forma livre e segura, evitando qualquer abuso por parte do Estado e de seus agentes. Além disso, impõe aos órgãos públicos a responsabilidade de proteção contra violações e ameaças aos direitos praticados por terceiros.

Portanto, conclui-se que a polícia desempenha um papel fundamental na preservação do Estado Democrático de Direito, não apenas na proteção dos valores jurídicos fundamentais, mas também na promoção do respeito às normas legais, às quais ela deve obedecer

integralmente e nunca se afastar, já que estão intrinsecamente interligadas. Nesse sentido, os órgãos de segurança pública devem se alinhar com o supra princípio que norteia qualquer Estado democrático de direito, que é o respeito à dignidade humana.

Nessa perspectiva, a fim de proporcionar o direito fundamental à segurança, o legislador constituinte prevê no artigo 144 que a segurança pública é um compromisso do Estado, um direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a manutenção da ordem pública e a segurança das pessoas e do patrimônio, por meio das seguintes entidades: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

O artigo 144 da Constituição Federal estabelece ainda que a Polícia Judiciária é composta no âmbito da União pela Polícia Federal, e, nos Estados, pelas Polícias Cíveis, competindo a estas a apuração de infrações penais, com exceção das militares. Neste contexto, o trabalho investigativo é conduzido pela Polícia Judiciária, que realiza, por iniciativa própria ou mediante autorização judicial, as ações necessárias para o desenvolvimento da investigação, dependendo das circunstâncias. Segundo Lima Filho (2020, p. 101), a Polícia Judiciária, também denominada *Polícia Repressiva*, tem o objetivo de apurar a materialidade e autoria de uma transgressão penal que já ocorreu, empregando os recursos indispensáveis para isso. Foca, assim, sua operação após a ocorrência da infração, reunindo todos os elementos essenciais (autoria e evidências) para fundamentar a denúncia que poderá vir a ser proposta pelo Ministério Público. (Lima Filho, 2020, p. 101).

Em suma, a Polícia Judiciária desempenha um papel fundamental na elucidação de crimes, auxiliando o Poder Judiciário e o Ministério Público na proposituras de provas, bem como na identificação das autorias delitivas, garantido, dessa forma, a equidade e a promoção da segurança pública.

À vista disso, torna-se obrigatório observar o que aduz o artigo 4º do Código de Processo Penal: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Em consonância ao artigo 144, parágrafo 4º da Constituição Federal, e no artigo citado acima, nota-se que foi outorgado ao Delegado de Polícia o *status* de *Autoridade*, tendo sido concedido a ele o papel de dirigir e conduzir os atos da Polícia Judiciária. (Lima filho, 2020, p. 102)

Sob tal perspectiva, o artigo 2º-b da lei nº 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da carreira Policial Federal, estabelece que:

Art. 2º-B. O ingresso no cargo de Delegado de Polícia Federal, realizado mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, é privativo de bacharel em Direito e exige 3 (três) anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse.

Conforme o artigo supracitado, para o ingresso no cargo de Delegado de Polícia é necessário ser portador do diploma do curso de Direito, bem como a aprovação no concurso público de provas e títulos. Portanto, para ingressar nessa carreira é exigido do candidato que seja qualificado

e graduado. Todavia, cabe observar que essa exigência não é exclusiva para o cargo de delegado da Polícia Federal, já que as leis orgânicas das Polícias Cíveis das Unidades Federativas do Brasil exigem também a mesma qualificação para a ocupação desse cargo.

Nesta linha, o cargo de Delegado de Polícia possui natureza jurídica, sendo ele um operador de direito, tendo em vista que pode aplicar a lei sem qualquer imposição do Poder Judiciário. (Sannini e Cabette, 2017, p. 48)

Por esse ângulo, cabe ao Delegado de Polícia, conforme a lei 12.830, de 20 de junho de 2013, no parágrafo primeiro do artigo 2, presidir o inquérito policial instruindo todas as diligências que vierem a ser necessárias, coordenando, dessa forma, a atuação da Polícia Judiciária. Cabe também à Autoridade Judiciária a decretação da prisão em flagrante quando houver a caracterização de uma infração penal.

O artigo 6 do Código Processual Penal elenca algumas atribuições da Autoridade Policial:

Art. 6º: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. (BRASIL, 2023).

Em sintonia com o artigo acima mencionado, torna-se claro o valor do desempenho desta profissão na nossa comunidade, podendo-se observar que o Delegado de Polícia desempenha a função de operador e protetor de direitos.

As responsabilidades do Delegado de Polícia são numerosas, com o profissional tendo plena capacidade para exercer sua discricionariedade ao tomar decisões sobre a aplicação de direitos, enquanto também desempenha um papel importante na promoção da justiça, oferecendo assistência ao Poder Judiciário.

Neste cenário, a autoridade policial poderá vir a restringir um dos direitos fundamentais mais preciosos da nossa Carta Magna, que é a liberdade de locomoção. Portanto, isso

implica que o ocupante desse cargo seja dotado de conhecimento jurídico, teórico e especializado, a fim de evitar qualquer arbitrariedade que vá de encontro à legislação e aos princípios constitucionais. (Lima filho, 2020, p. 162).

4.2. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia.

Compreendidas a competência e atribuições da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia, torna-se necessário analisar a possibilidade desta Autoridade aplicar de imediato o princípio da insignificância.

Conforme o pronunciamento do Ministro Celso de Mello através do HC 84.548/SP o Delegado de Polícia é o "primeiro garantidor da legalidade e da Justiça". Nesse sentido, como esta autoridade é o primeiro a tomar conhecimento da circunstância delituosa, e considerando a natureza jurídica de seu cargo, este, como primeiro especialista jurídico, deve assegurar os direitos fundamentais do cidadão, prevenindo abusos contra ele e garantindo o exercício de suas proteções constitucionais.

Portanto, diante deste cenário é necessário deixar evidente que a decisão de formalizar a detenção em flagrante, iniciar um Inquérito Policial ou outro processo de investigação não é um procedimento automático a ser realizado apenas com base na notificação de uma possível infração penal. Pelo contrário, ao desempenhar suas responsabilidades, é necessário agir com sensatez e cuidado, em conformidade com as leis, as garantias plenas e os princípios constitucionais. É permitido, desde que as decisões estejam devidamente fundamentadas, exercer um certo grau de discricionariedade.

Dessa maneira, considerando esses parâmetros, seria razoável a autoridade policial empregar o princípio da bagatela se perceber uma infração que nele se enquadre, optando por não confirmar a detenção do indivíduo, com base na ausência de relevância material da conduta?

Para responder ao questionamento acima é impreterível a seguinte análise de Machado (2017, e-book):

Um autor é surpreendido por seguranças num supermercado ao tentar subtrair uma barra de chocolate. O gerente chama polícia que conduz o autor a delegacia. O delegado, conservador, adota o método subjuntivo, enquadra o indivíduo no art. 155, caput do CP. Lavrado o respectivo auto de prisão em flagrante, via de regra, tal autuado é encaminhado ao presídio, onde aguardará decisão judicial. O promotor oferece denúncia. O juiz, estudioso que é, analisou o caso a luz do moderno entendimento do direito e absolveu o cidadão com base no princípio da insignificância. Não deveria também o delegado refletir no caso concreto, a luz de tal princípio? (2017, e-book)

Para o referido autor, o trabalho da Polícia Judiciária no caso mencionado se revelou inútil, já que ao final, de qualquer forma, foi aplicado o princípio da insignificância. Dessa forma, diante dessa situação seria mais racional o delegado aplicar uma interpretação mais flexível e

moderna da lei, levando em consideração o princípio da bagatela, ao invés de adotar uma abordagem estritamente formal. Conseqüentemente, isso poderia ter evitado a prisão do autor e poupado o sistema judiciário de processar um caso que poderia ser considerado como de pouca relevância.

Nesse sentido, Machado (2017, e-book) afirma que o Delegado de Polícia não somente pode, mas deve aplicar o princípio da insignificância, asseverando ainda que o formalismo incondicional não satisfaz as expectativas da sociedade e do cidadão.

Sannini e Cabette (2017, p. 109) ratificam também o posicionamento acima e argumentam que o Delegado de Polícia dispõe de convicção técnico-jurídica, podendo basear suas decisões em abordagens jurídicas como o princípio da insignificância, a teoria da imputação objetiva, a teoria da tipicidade conglobante, dentre outras.

Todavia, existem críticas de alguns doutrinadores, que refutam a hipótese de aplicação do princípio ora analisado pela autoridade policial. Entendem eles que nessa situação o Delegado de Polícia estaria violando o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Essa responsabilidade se traduz simplesmente como a obrigação de tomar medidas. Isso significa que a autoridade policial, representada pelo Delegado de Polícia, deve iniciar a investigação. (Machado, 2017, e-book).

Contudo, ocorre um equívoco por parte desses estudiosos, já que o princípio da obrigatoriedade não pode ser confundido com arbitrariedades e excessos, uma vez que a legislação deve ser interpretada como um todo, devendo estar sempre em harmonia. Desse modo, se o fato não é típico, não existirá o crime, conseqüentemente há desnecessidade de uma instauração de inquérito, e, por conseguinte, da propositura de uma ação penal. À vista disso, os profissionais do direito devem examinar minuciosamente cada situação, em consonância com todos os princípios jurídicos, incluindo o da insignificância. As autoridades, com ainda maior rigor, devem levar em conta esse princípio, e isso inclui o delegado de polícia. (Machado, 2017, e-book).

É preciso deixar claro também, conforme expresso por Sannini e Cabette (2017, p. 120) que ninguém está a afirmar que a autoridade policial pode, arbitrariamente, por puro *capricho*, abster-se de instaurar um procedimento quando este resta necessário. As autoridades da administração pública, sejam elas policiais ou não, sempre possuem o "dever-poder", dependente de justificação, de tal forma que a aplicação do princípio da insignificância requer sempre fundamentação para legitimar o ato.

Além do mais, Machado (2017, e-book), observa quando a autoridade policial for aplicar o princípio da bagatela deverá tomar algumas cautelas necessárias, a fim de evitar qualquer processo administrativo e criminal contra a sua pessoa. O autor argumenta que é necessário sempre formalizar o ato, ou seja, diante do caso concreto é imprescindível que registre o Boletim de ocorrência, qualifique todos os envolvidos, ouça o condutor e a vítima; em seguida, interrogue o suposto autor, e sendo o caso, o libere, quando for passível de incidir o princípio em voga, e, evidentemente, sempre fundamentando o ato. Após a realização dessas formalidades, o procedimento

deverá ser encaminhado ao Poder Judiciário, e, caso venha o Ministério Público a entender de forma diversa, que promova a ação penal.

Nessa linha, resta claro que a eventualidade de o Delegado, ainda na fase pre-processual, empregar o princípio da insignificância seria uma maneira de tornar a execução da lei mais equitativa e eficiente em consonância com os preceitos constitucionais. Isso permitiria que o Delegado reconhecesse a irrelevância do fato, o que seria feito com base em seu entendimento jurídico e discricionariedade, devidamente fundamentados conforme a lei, cabendo ao promotor público e ao juiz apenas ratificar ou não o ato em momento subsequente.

Nesse norte, a Lei nº. 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, em seu artigo segundo, parágrafo § 6º, vem a reforçar o entendimento presente:

Art. 2 (...)

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. (BRASIL 2023)

Pode-se depreender do artigo citado que cabe exclusivamente ao Delegado de Polícia o ato de indiciar, o qual deve ser respaldado por uma avaliação técnico-jurídica do ocorrido. Portanto, isso traz à tona a discussão sobre a capacidade desse profissional de aplicar o princípio da insignificância nos procedimentos policiais. Dessa forma, verifica-se que é um dever do Delegado verificar a existência de provas materiais e um direito de o investigado ter a possibilidade de ser eximido da prisão por um crime considerado insignificante em relação ao bem jurídico protegido penalmente.

Nesse sentido, conclui-se que o legislador buscou destacar a importância da autoridade policial no sistema de Justiça, ao lado de outros profissionais da área jurídica. Isso permite que essa autoridade conduza uma avaliação técnico-jurídica sobre o evento considerado criminoso, decidindo se deve ou não haver um indiciamento, ou mesmo excluindo o crime por falta de enquadramento material, aplicando o princípio da insignificância.

4.2 Vantagens e benefícios da aplicação do princípio nessa fase processual

Conforme analisado no decorrer deste estudo, a implementação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia é crucial. Isso resulta em diversas vantagens, que veremos a seguir.

A primeira grande vantagem seria a economia para os cofres públicos. A administração pública é guiada pelo princípio da economicidade processual, que procura alcançar eficácia no desfecho da aplicação do direito, utilizando o mínimo de recursos e procedimentos processuais necessários. (Bonício, 2016, p. 67)

Nessa perspectiva, supondo uma situação hipotética que se enquadraria na aplicação do princípio da insignificância, deixando a autoridade de aplicá-la, dificilmente a justiça chegaria a condenar o indivíduo quando estão presentes todos os requisitos da insignificância. Como resultado, o esforço da Polícia Judiciária poderia ser virtualmente desperdiçado.

Portanto, a fim de evitar a perda de tempo e recursos, tanto por parte dos policiais quanto do Judiciário, e o acúmulo desnecessário de processos judiciais, a medida mais plausível seria a aplicação do princípio da bagatela pelo Delegado de Polícia na fase pré-processual, ou seja, antes do início do processo. É inegável que todos lucrariam: a polícia direcionaria suas investigações para os crimes de maior gravidade, o Judiciário, com menos processos, ganharia em celeridade, visto que haveria uma redução no número de ações. Acima de tudo, a população seria a maior beneficiada, pois, com a economia de recursos, estes poderiam ser direcionados para áreas essenciais, como educação, cultura, saúde e segurança pública.

Outra grande vantagem seria a diminuição do número de detentos no sistema prisional do Brasil. Segundo dados no Conselho Nacional de Justiça o Brasil em 2014 se encontra em terceiro lugar no levantamento internacional de nações com a maior população prisional, ficando somente atrás dos Estados Unidos e da China. Com mais de 700 mil encarcerados em todo o território nacional, excluindo os em regime de liberdade vigiada, existem apenas 400 mil vagas disponíveis para atender a essa necessidade.

Diante dessa realidade, a interação entre os reclusos se torna problemática, o que desencadeia diversas desavenças. Isso acaba por dar origem a uma espécie de *liderança alternativa* ao controle do Estado, resultando, em muitos casos, no preenchimento dessas lacunas presentes no sistema, levando à formação de facções. As celas, por vezes, acomodam mais do que o dobro da capacidade que deveriam suportar, o que leva os próprios detentos a dividirem o espaço disponível. Dessa forma, eles mesmos tentam prover entre si o que muitas vezes já não é mais garantido dentro desse sistema, como segurança e, até mesmo, necessidades básicas. Embora estas últimas estejam contempladas na Constituição Federal e respaldadas por lei para o indivíduo, acabam por não serem devidamente atendidas devido à enorme carência e fragilidade do sistema.

Portanto, a fim de prevenir a superlotação carcerária, torna-se essencial reconhecer a importância e a necessidade de os Delegados de Polícia aplicarem prontamente o princípio da insignificância nos casos pertinentes. Esta aplicação, em estrita consonância com o princípio da dignidade humana, torna clara a detenção desnecessária por delitos que não justificam a intervenção penal. Isso, por sua vez, contribui para o alívio da pressão sobre o sistema prisional e para a promoção de um sistema de justiça mais eficiente e equitativo.

5. CONCLUSÃO

A discussão sobre o princípio da insignificância é imprescindível nos dias atuais, uma vez que a sua carga axiológica está diretamente associada à dignidade humana. Assim, levando em consideração também outros princípios, como o da intervenção mínima, lesividade, fragmentariedade, que orientam o Direito Penal, não parece ser razoável aplicar o *ius puniendi* a atos considerados de pouca relevância.

À vista disso, atendendo aos preceitos do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, do direito à liberdade humana, a aplicação do princípio da insignificância ainda na fase policial é fundamental para se fazer justiça. Restou evidente que o Delegado de Polícia possui conhecimento técnico-jurídico e aptidão para proceder à análise material de um suposto delito.

Dessa forma, considerando que a autoridade policial será que a primeira a realizar a análise jurídica dos fatos, nada mais justo que este venha a filtrar as condutas que mereçam a atuação mais rígida por parte do Estado. Assim, deixar um indivíduo preso por crimes insignificantes, à espera que de uma análise do Judiciário, é uma afronta aos direitos humanos e à nossa Constituição; portanto, nada mais justo que de imediato o Delegado de Polícia implemente o princípio discutido.

Neste ângulo, ficou constatado também que a aplicabilidade do princípio da bagatela na fase pre-processual se mostra vantajosa para os cofres públicos, uma vez que evitaria o retrabalho por parte judiciário, bem como o desperdício de tempo de todos os envolvidos, principalmente da Polícia Judiciária, o que poderia deixar a sociedade mais desassistida, já que a atenção das forças de segurança estaria voltada para crimes irrelevantes. Nesse sentido, afim de que a segurança pública se torne mais eficiente, a análise do dano material por parte do Delegado de Polícia acaba se tornando indispensável.

Portanto, após apresentados todos os argumentos acima, o intuito deste trabalho é instigar um interesse mais amplo sobre o assunto, viabilizando a formulação, de maneira prática, de um método propício para prevenir efetivamente excessos contrários ao direito fundamental da liberdade do cidadão. Além disso, busca-se fomentar uma maior eficiência na condução das investigações dos delitos que apresentam uma clara e significativa ameaça à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: TJSP, v. 94, p.72-77, abr./jun./1988 p.73 apud SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87.

Assis, Mariana Glória, D. et al. **Direito penal I**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo A, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. <Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.> Acesso em: 29 out. 2023>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema carcerário e execução penal**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos%20presidios/#:~:text=Os%20dados%20apresentados%20revelam%20que,mil%20vagas%20no%20sistema%20carcer%C3%A1rio>> Acesso em: 07 nov. 2023

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm.> Acesso em: 06 nov. 2023>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 421.330/AC**. Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. inadequação. Furto de semovente. Insignificância. valor da resfurtiva e superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo. Relevante lesão ao bem jurídico. Crime perpetrado em concurso com dois adolescentes. Óbice ao reconhecimento do menor grau de reprovabilidade da conduta. writ não conhecido Relator Min. Ribeiro Dantas, 5a Turma, DJe 30/05/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702727514&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 07 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 175945**. Processual Penal. Agravo Regimental em habeas corpus. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Relator: Min. Roberto Barroso. 27 de abril de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5777818>> Acesso em: 07 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.548/SP**. Direito Processual Penal. Ação Penal. Nulidade. Ausência de Fundamentação. Relator: Min. Marco Aurélio. 21 de junho 2012. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2229923> > Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº HC 139503/MG**. Direito penal. Parte Geral. Tipicidade. Princípio da Insignificância. Relator: Min. Marco Aurélio. 13 de março 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5112643>> Acesso em: 07 nov. 2023

BONÍCIO, Marcelo José M. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Thiago. **Tudo que você precisa saber sobre: delegado de polícia, lei Maria da Penha e princípio da insignificância**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2019. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 set. 2023.

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal**. v.1. Disponível em: Minha Biblioteca. 24. ed. Grupo GEN, 2022.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública**. Curitiba: Juruá, 2018. Curitiba: Juruá, 2017, p. 214.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Funções da polícia judiciária no processo penal brasileiro: o papel do delegado de polícia na efetivação de direitos fundamentais**. Brasil, Thoth Editora, 2020.

MACHADO, Romildo Araújo. **O Delegado de Polícia e o princípio da insignificância**, 1. ed. Belo Horizonte/MG, 2017. E-book.

PARDAL, Rodrigo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo, SP: Rideel, 2022. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 set. 2023.

RODRIGUES, Cristiano. **Manual de direito penal**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 26 out. 2023.

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Estatuto do delegado de polícia comentado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 01 out. 2023.

SILAS FILHO, Paulo. **Introdução à teoria da norma penal**. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 set. 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ACESSO À JUSTIÇA E AS NOVAS TECNOLOGIAS: O USO DE ONLINE DISPUTE
RESOLUTION NO CONTEXTO BRASILEIRO¹

*ACCESS TO JUSTICE AND NEW TECHNOLOGIES: THE USE OF ONLINE DISPUTE
RESOLUTION IN BRAZILIAN CONTEXT*

Flávia Osmarin Tosti Menegon²

Luiz Fernando Bellinetti³

RESUMO: Considerando que o uso da tecnologia no âmbito do direito processual foi acelerado em decorrência da pandemia de COVID-19, indo muito além do processo eletrônico e da videoconferência já previstos pela Lei n.º 11.419/2006 e pelo atual Código de Processo Civil (CPC), é preciso compreender o desafio que se coloca na busca do acesso à justiça por meio da integração tecnológica. Essa perspectiva sobressai pelo estudo da solução de controvérsias em ambiente virtual, notadamente por meio do uso de Online Dispute Resolution (ODR). Ao que parece, portanto, a discussão do acesso à justiça na atualidade, separadamente ao uso das plataformas digitais de resolução de conflitos, não faz mais sentido. Este artigo analisará, de forma objetiva, exemplos dessas ferramentas digitais no cenário nacional. Para tanto, o método adotado será o dedutivo, com base em revisão bibliográfica deste assunto na doutrina, além da análise de legislação e de jurisprudência pátria sobre o tema, bem como dos institutos regulamentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Novas tecnologias. Plataformas digitais de resolução de conflitos.

ABSTRACT: Whereas the use of technology within the scope of procedural law was accelerated as a result of the COVID-19 pandemic, going far beyond the electronic process and videoconferencing already provided for under Law n.º 11.419/2006 and the current Civil Procedure Code, it is necessary to understand the challenge that arises in the search for access to justice through technological integration. This perspective is highlighted by the study of dispute resolution in a virtual environment, known as On-line Dispute Resolution (ODR). Therefore, this article will objectively analyze some examples of these digital platforms on the national scene. For that, the method adopted will be the deductive one, based

¹ Recebido em: 30/05/2023. Aprovado em: 27/06/2023.

² Graduada em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1980), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1985) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Atualmente é professor associado da Universidade Estadual de Londrina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: interesses transindividuais, ações coletivas, ação civil pública, tutela jurisdicional e sentença.

on a bibliographic review of this subject in the doctrine, in addition to the analysis of the national legislation and jurisprudence on the subject, as well as the institutes regulated by the National Council of Justice.

KEYWORDS: Access to justice. New technologies. Conflict resolution digital platforms.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, tradicionalmente, o processo se destinava à aplicação da lei ao caso concreto, por meio da decisão judicial e da lógica subsuntiva. O processo civil brasileiro, contudo, passa a ser o local de busca pela solução mais adequada a cada tipo de litígio, notadamente ante a integração da mediação, da conciliação, da negociação e da arbitragem. Em outros termos, há uma substituição de paradigma no âmbito do atual Código de Processo Civil (CPC), conforme adiante alinhavado.

No mesmo sentido, é possível mencionar a promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos (MARC's), relacionados à terceira onda renovatória, para usar a metáfora de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), os quais permitem mais informalidade, proximidade e participação dos sujeitos processuais mediante o uso das vias consensuais, ou mesmo, dos negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191 do CPC/2015).

Como se observa, portanto, o atual diploma processual, conformando-se às garantias fundamentais processuais previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), preserva o ideal de imparcialidade do magistrado (art. 5º, inc. XXXVII, CF/88), ao passo que, inaugura novos paradigmas, tais como o diálogo, a cooperação, o contraditório efetivo, a solução negociada, a flexibilidade procedimental etc., entre as partes e o Estado-Juiz, na busca da solução dita mais adequada dos litígios.

Não bastasse isso, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) ainda avançou na implementação da prática eletrônica de atos processuais (arts. 193 a 199), sobretudo em relação à Lei n.º 1.419/2006, que instituiu, inicialmente, a tramitação processual em autos eletrônicos. É nesse contexto que surge, por exemplo, a Lei n.º 14.195/2021, alterando o referido diploma processual, para instituir a preferência pela citação por meio eletrônico (art. 246 do CPC/2015).

Esse entendimento se coaduna, v. g., com a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n.º 641.877-DF, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em 09 de março de 2021, a qual entendeu, por unanimidade, que é possível a utilização do aplicativo WhatsApp para citação de acusado, desde que sejam adotadas medidas suficientes para

atestar a autenticidade do número telefônico, bem como a identidade do indivíduo destinatário do ato processual.⁴

Oportuno observar que, com o fim de promover a regulamentação do uso da tecnologia e da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário nacional, indo além da digitalização do processo judicial, bem como de garantir uma prestação jurisdicional célere, econômica, segura e eficiente, com a progressiva redução de despesas públicas, notadamente quanto à estrutura física (FUX; ÁVILA; CABRAL, 2021, p. 07), sobrevieram inúmeros arranjos institucionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com fulcro no art. 103-B, § 4º, da CF/88 e no art. 196 do CPC/2015, a contar da crise sanitária verificada pouco tempo atrás pela pandemia de COVID-19.

Como se vê, a remotização dos serviços judiciários, a prática de atos processuais online e o andamento processual em meio eletrônico transformou a forma de prestação jurisdicional na contemporaneidade, abarcando ainda a ascensão do uso dos meios alternativos de solução endoprocessuais e extraprocessuais em formato virtual. Trata-se, pois, de um dos maiores desafios ao processualista contemporâneo o estudo a respeito das mudanças relacionadas ao acesso à justiça em decorrência do fenômeno digital.

A fim de atingir o objetivo almejado, portanto, o presente trabalho está estruturado em duas partes. A primeira parte analisará essa tendência de virtualização da resolução de disputas mediante o uso de novas tecnologias na seara processual. A segunda parte se voltará a análise das plataformas de Online Dispute Resolution (ODR) em solo brasileiro, como alternativa aos meios tradicionais de solução de conflitos. Para tanto, o método adotado será o dedutivo, baseando-se em pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, além da análise de arranjos institucionais do CNJ.

2 ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL OU EM AMBIENTE ELETRÔNICO

Considerando que a Lei n.º 13.105/2015 não representou a mera substituição do chamado Código Buzaid, datado de 1973, mas uma reconfiguração do direito processual civil, verificou-se, em vista disso, a necessidade de releitura dos institutos jurídicos correlatos, notadamente em interlocução com a CF/88. Em outras palavras, essa ressystematização do diploma processual civil, erigiu-se como consequência da visão constitucional de processo.⁵

Noutro flanco, o atual CPC/15 acrescentou à legislação e à sistemática processual brasileira, como norma fundamental, diga-se, a busca pela promoção da solução consensual do litígio, prontamente em seu art. 3º e parágrafos, através dos meios alternativos de resolução de conflitos

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 641.877/DF. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20641877> Acesso em: 30 mai 2023.

⁵ “As características da Constituição de 88 – tanto em seu caráter analítico, como a sua riqueza axiológica, propiciam o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 172.

(MARCAs), além do espaço necessário para um novo modelo processual colaborativo, cooperativo ou compartilhativo (art. 6º do CPC/2015).⁶

Na realidade, a nomenclatura tradicional não é mais apropriada, porquanto a via alternativa não é, necessariamente, alternativa. Em verdade, na atualidade se entende o termo como a busca da forma mais adequada para a resolução de um determinado tipo de litígio. Tratam-se, pois, dos meios adequados de resolução de conflitos (MARCAs).

Ao que parece, portanto, o CPC/2015 busca oferecer uma garantia mais ampla do que a inafastabilidade do controle jurisdicional ou universalidade da jurisdição, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88 (PINHO; STANCATI, 2016, p. 04). Em outras palavras, ainda que a atividade jurisdicional deva ser disciplinada pelo Estado, nem sempre contará com a participação do juiz (ARAÚJO, 2016, p. 383).

Para mais, o atual CPC aderiu à política judiciária nacional de tratamento adequados dos conflitos jurídicos, nos termos da Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual foi referido como o órgão formulador da política judiciária nacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.412/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 18 de novembro de 2020.⁷⁻⁸

Registre-se que, em dezembro de 2014, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei n.º 166/2010 – na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei foi autuado sob o n.º 8.046/2010 –, o qual foi, posteriormente, encaminhado à Presidência da República para sanção, isto é, o projeto de lei que originou o CPC/2015 era contemporâneo ao referido instituto regulamentado pelo CNJ, incorporando, portanto, as diretrizes dessa política pública da consensualidade.⁹⁻¹⁰ Em 2014, na esfera do Ministério Público, a Resolução-CNMP n.º 118, estabeleceu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Órgão Ministerial.¹¹

Na mesma direção, é possível observar que o CNJ houve por bem expedir atos normativos que guardam sintonia com as tarefas públicas de ampliação do acesso à justiça, sobretudo em ambiente eletrônico (MENEGON; BELLINETTI, 2021, p. 20). Como exemplo, a Resolução-CNJ n.º 313/2020, que estabeleceu o regime de plantão extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos

⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. ENUNCIADO 132: Os princípios da boa-fé e da cooperação incidem sobre todo o sistema multiportas de acesso à Justiça, inclusive no foro extrajudicial. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução-CNJ n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> Acesso em: 30 mai 2023.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.412/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755322724> Acesso em: 30 mai 2023.

⁹ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> Acesso em: 30 mai 2023.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 118, de 1º de dezembro de 2014**. <https://www.cncmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154> Acesso em: 30 mai 2023.

serviços forenses, com o objetivo de prevenir o contágio de COVID-19, além de garantir o acesso à justiça no período emergencial.¹²

De outra banda, a Resolução-CNJ n.º 341/2020, determinou aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar, do mesmo modo, o contágio pela COVID-19.¹³

Outro exemplo está no âmbito da Resolução-CNJ n.º 420/2021, que definiu a vedação do recebimento e da distribuição de casos novos em meio físico em todos os tribunais, a partir de 1º de março de 2022.¹⁴ Segundo o Relatório Justiça em Números 2022 do CNJ (p. 186), no decorrer de 2021 apenas 2,8% de processos novos ingressaram fisicamente, ao passo que, 27 milhões de casos novos utilizaram a via digital. Para mais, em 13 anos dessa série histórica do CNJ, em torno de 182,7 milhões de casos novos foram protocolados em formato eletrônico.¹⁵

Antes, contudo, a Portaria-CNJ n.º 119/2019 já havia criado o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.¹⁶ Em seguida, a Resolução-CNJ n.º 296/2019 instituiu uma comissão permanente de tecnologia da informação e inovação.¹⁷ Mais adiante, a Resolução-CNJ n.º 395/2021, estabeleceu a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário.¹⁸ Tais medidas visam esclarecer a dinâmica processual no cenário virtual aos jurisdicionados, além de buscar o aprimoramento da prestação jurisdicional de forma digital.

Registre-se que, a Recomendação-CNJ n.º 101/2021, por sua vez, determinou aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir a promoção do acesso à Justiça aos denominados excluídos digitais, notadamente em período de pandemia (MENEGON; BELLINETTI, 2021, p. 29).^{19,20}

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 313, de 19 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/busca-atos-adm?documento=3249> Acesso em: 30 mai 2023.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 341, de 07 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 420, de 29 de setembro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria-CNJ n.º 119, de 21 de agosto de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2986> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 269, de 09 de setembro de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3038> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução-CNJ n.º 395, de 07 de junho de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973> Acesso em: 30 mai 2023.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n.º 101, de 12 de julho de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036> Acesso em: 30 mai 2023.

²⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. ENUNCIADO 146 - Os setores público e privado devem combater todas as formas de discriminação, opressão ou exclusão digital decorrentes da incorporação de novas tecnologias para o efetivo acesso à justiça. ENUNCIADO 156 - As plataformas de ODR, privadas ou públicas, buscarão, sempre que possível, atender a critérios de acessibilidade digital para grupos possivelmente marginalizados pela exclusão digital, como a compatibilidade com meios de tecnologia para viabilizar acesso a pessoas com deficiência. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

Vale ressaltar ainda que, aderindo à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual foi institucionalizada pelo Poder Judiciário, o CNJ implementou, no ano de 2020, a Meta Nacional 9, no sentido de realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) daquela entidade não governamental (MENEGON; BELLINETTI, 2022, p. 163).²¹

De forma resumida, é possível concluir que a ênfase na inovação e na transformação digital pelo sistema de justiça brasileiro, por meio do uso da tecnologia para otimizar a prestação jurisdicional, visa à eficiência, à segurança, à economia e, em especial, à duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão (inc. LXXVIII, art. 5º, da CF/88), além do direito fundamental à boa administração judiciária (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2022, p. 20), bem como do direito do cidadão a um processo efetivo (art. 6º do CPC/2015).

3 PLATAFORMAS DIGITAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Como se observa, a perspectiva do acesso à justiça, na atualidade, mediante o uso das novas tecnologias em âmbito processual, ao que parece, recorda a terceira onda renovatória outrora mencionada, que visava propiciar o acesso efetivo à justiça. No cenário brasileiro, Kazuo Watanabe (2019, p. 9) avança e defende a garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. É nesse contexto que se pode afirmar a substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação.²²

Nada obstante, cabe advertência quanto aos modelos de solução de conflitos no contexto cultural, conforme propugna de Oscar G. Chase (2014, p. 191):

[os] sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultural; mais que isso, o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera.

Nesse panorama, é possível observar que o CPC/2015 – em sintonia Resolução-CNJ n.º 125/2010 – inaugurou novos paradigmas para a prestação jurisdicional tradicional. Como se

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Meta 9 – Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário** (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf> Acesso em: 30 mai 2023.

²² Como exemplo, a criação do sistema de solução digital da dívida ativa, por meio da Resolução-CNJ n.º 216/2018, com o objetivo de melhorar a composição entre o contribuinte e as Fazendas Públicas, em atenção à eficiência da execução e à razoável duração do processo (art. 1º), bem como à disseminação da cultura de pacificação social (art. 2º). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2689> Acesso em: 30 mai 2023. Vale lembrar que as execuções fiscais correspondem, aproximadamente, a um terço dos processos que tramitam no Brasil. Fala-se, contudo, em torno de dois por cento de efetividade.

observa, portanto, em superação ao entendimento clássico de exclusividade da solução adjudicada, o viés da consensualidade foi integrado ao diploma processual civil, via mediação, conciliação, negociação e arbitragem. Vê-se, pois, que a nova ordem processual civil brasileira optou, indiscutivelmente, por um modelo multiportas de justiça.

Em outros termos, o CPC/2015 incorpora a ideia de que o Poder Judiciário deve atuar também na promoção de solução consensual de conflitos (MEDINA, 2020, p. 163). Colocado de outra forma, portanto, o monopólio estatal na atividade jurisdicional não significa que os conflitos somente possam ser resolvidos pela atividade do juiz, mas também que ao próprio Estado tocará a promoção dessas ferramentas de solução não-jurisdicionais (ARAÚJO, 2016, p. 283).

Na mesma direção, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 148), esclarecem que a necessidade de adequação da tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária, e mais, o CPC reconhece que, muitas vezes, a forma adequada para a solução do litígio pode não ser a jurisdicional.

Esse conceito traduz a ideia de que se pode acessar a justiça por diferentes frentes de ingresso, em especial pelo uso dos meios alternativos, ou adequados, de resolução de disputas em ambiente eletrônico. Em suma, o chamado tribunal multiportas deve corresponder à realidade de seu tempo.²³ Tal entendimento é compartilhado por Trícia Navarro Xavier Cabral (FUX; ÁVILA; CABRAL, 2020, p. 263). Veja-se:

[a] justiça multiportas representa a ressignificação do acesso à justiça, para contemplar diferentes ambientes e formas de resolução de conflitos. Sua concepção inclui a autocomposição e a heterocomposição, as esferas judicial e extrajudicial, os setores público e privado, e os ambientes presenciais e virtuais.

Vale ressaltar que, na ação cível originária (ACO) n.º 3051/PE, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 10 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o modelo de tribunal multiportas adotado pelo CPC/2015. Perfilha desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.769.949-SP, da Primeira Turma, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 08 de setembro de 2020, para o qual a nova legislação processual civil instrumentaliza a denominada justiça multiportas, incentivando a solução consensual dos conflitos, conforme o Informativo-STJ n.º 680, de 23 de outubro de 2020.²⁴⁻²⁵

²³ A experiência da Multi-door Courthouse foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da Harvard Law School, em 1976, na Pound Conference, a convite do presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: CRESPO, Maria Hernandez. et. al. (Coord.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 25-38.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 3051/PE**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5285461> Acesso em: 30 mai 2023.

Na trilha desse raciocínio, a justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. De conseguinte, ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2020, p. 417).

Para mais, em sendo o rol de portas aberto, o que, frise-se, permite sejam construídas novas portas de acesso à justiça, é possível sustentar a ideia de que os ODRs funcionam, na atualidade, como uma porta a mais para a prevenção, gestão e resolução de disputas. Assim, embora tenha sido pensada inicialmente para o setor privado o seu uso foi incorporado pelo setor público (CABRAL, 2020, p. 259).

Com efeito, ao lado da solução mediante sentença, ou mesmo, através dos MARCs, colocam-se, pois, os ODRs, como instrumento de democratização e forma de ampliação do acesso à justiça.²⁶

Em suma, o ODR pode ser compreendido a partir de duas perspectivas, de acordo com Richard Susskind (2019, E-book, tradução livre). Em primeiro lugar, em sentido amplo, refere-se a qualquer processo de resolução de uma disputa que seja realizado em grande parte pela internet, ao passo que, em sentido estrito, equipara com ADR eletrônico ('e-ADR'), ou seja, os sistemas que são uma alternativa ao serviço judicial público.

Como se viu, inicialmente, o ODR era considerado como um ramo da ADR (Alternative Dispute Resolution), chamados de meios alternativos de resolução de conflitos (MARCs) – que são técnicas ligadas ao conceito de tribunal multiportas –, com leque variado de técnicas, para resolver uma ampla gama de desacordos informalmente e online (SUSSKIND, 2019, E-book, tradução livre). Nada obstante, a compreensão atual do acesso à justiça parte de uma resignificação desse conceito, para conceber o ODR como mais uma frente de regulação dos conflitos sociais, e não mera virtualização dos MARCs.

Vale ressaltar que o CNJ possui papel fundamental na gestão da política pública de incentivo e de controle da incorporação de inovações ao sistema de justiça brasileiro por meio de novas tecnologias (FUX, ÁLVILA, CABRAL, 2020, p. 272). Colocado de outra forma, portanto, o CNJ desempenha papel central para a concretização da boa administração da justiça no Brasil, com atuação tanto sob a ótica administrativa quanto sob a perspectiva processual (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2021, p. 51).

Por fim, é possível mencionar alguns exemplos em que o acesso à justiça é pensado de forma diferente de como tradicionalmente se entende, como será visto a seguir.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.769.949/SP**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201802533836&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 30 mai 2023.

²⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. ENUNCIADO – Impõe-se a promoção de políticas públicas de inclusão digital que permitam que a mediação on-line seja instrumento de ampliação do acesso à justiça de forma plena e igualitária. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

3.1 Consumidor.gov.br

Em primeiro lugar, a plataforma Consumidor.gov, consubstancia um serviço público e gratuito voltado à resolução alternativa, ou adequada, de conflitos por meio remoto pela internet, a partir da negociação direta entre consumidores e fornecedores sem a intervenção do poder público. Em outros termos, o Consumidor.gov se refere a um ambiente e/ou uma forma de resolução de conflitos de consumo desenvolvida no âmbito do setor público, ao passo que, integram o setor privado, por exemplo, o Serasa Limpa Nome e o Acordo Certo para a negociação referida.

Vale ressaltar que o uso da ferramenta Consumidor.gov não equivale ao prejuízo do atendimento pelas vias tradicionais dos órgãos encarregados da defesa do consumidor, tais como Procon, Ministério Público, Juizado Especial etc. No entanto, há decisões judiciais condicionando o uso da referida plataforma digital ao prosseguimento da demanda, sob pena de extinção do feito, o que, contudo, deve ser visto com ressalvas, considerando a previsão do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.²⁷

Ressalte-se, ainda, o embrionário uso dessa plataforma na fase inicial dos processos eletrônicos em tramitação perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, evidenciando, assim, a possibilidade de integração aos sistemas de justiça pública.²⁸

No mesmo sentido, o recente enunciado n.º 141 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, recomendou o estímulo à utilização e à integração de mecanismos como a plataforma Consumidor.gov.br, criada pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) com o apoio de Procons, com vistas a promover o acesso e a criação de alternativas para a solução eficiente dos conflitos de consumo.^{29,30}

²⁷ MIGALHAS. **Consumidora que não buscou solução consensual com banco tem inicial indeferida.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/331031/consumidora-que-nao-buscou-solucao-consensual-com-banco-tem-inicial-indeferida> Acesso em: 30 mai 2023.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Projeto piloto marca integração entre PJe e Consumidor.gov.br.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/> Acesso em: 30 mai 2023.

²⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. ENUNCIADO 50** O Poder Público, os fornecedores e a sociedade deverão estimular a utilização de mecanismos como a plataforma CONSUMIDOR.GOV.BR, política pública criada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon e pelos Procons, com vistas a possibilitar o acesso, bem como a solução dos conflitos de consumo de forma extrajudicial, de maneira rápida e eficiente. ENUNCIADO 82 - O Poder Público, o Poder Judiciário, as agências reguladoras e a sociedade civil deverão estimular, mediante a adoção de medidas concretas, o uso de plataformas tecnológicas para a solução de conflitos de massa. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

³⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. ENUNCIADO 103** - É admissível a implementação da arbitragem on-line na resolução dos conflitos de consumo, respeitada a vontade do consumidor e observada sua vulnerabilidade e compreensão dos termos do procedimento, como forma de promoção de acesso à justiça. ENUNCIADO 140 - Os princípios da

Em conclusão, refere-se à dimensão da conciliação e da mediação digital integrada ao tribunal multiportas, nos termos do Programa Resolve do CNJ, previsto no art. 4º da Resolução-CNJ n.º 125/2010, frise-se.³¹

Para mais, o referido programa ainda prevê o Projeto Poupança Planos Econômicos, que visa a articulação institucional para incremento da adesão ao acordo coletivo homologado pelo Supremo Tribunal Federal, em ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), incluindo a organização das Semanas da Poupança pelos tribunais pátrios, conforme descrito abaixo.

Por fim, o programa também contempla o Projeto Benefícios Previdenciários por incapacidade, que estabelece parâmetros uniformes para tratamento das causas relativas aos benefícios por incapacidade nos segmentos das Justiças Federal e Estadual, com destaque para a Resolução-CNJ n.º 317/2020, que dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais, chamada de teleperícia.³²

3.2 Fundação Renova, Expurgos Inflacionários e Grupo Oi

Mais adiante, tem-se o exemplo do manuseio da Fundação Renova, que é uma entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, ou seja, uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), tal como uma plataforma de ODR.³³

Vale lembrar que um sistema semelhante foi usado nos casos envolvendo os expurgos inflacionários, como visto alhures. Em suma, no caso concreto, foi autorizada, de forma

confidencialidade e da boa-fé devem ser observados na mediação on-line. Caso o mediador, em algum momento, perceba a violação a tais postulados, poderá suspender a sessão ou sugerir que tal ato seja realizado na modalidade presencial. ENUNCIADO 144 - Recomenda-se a adoção de sistema gratuito Online Dispute Resolution (ODR) pelas plataformas de intermediação de comércio eletrônico para a composição de conflitos entre os seus usuários, sendo uma alternativa para disputas entre consumidores e fornecedores ENUNCIADO 157 - Para garantia de segurança e autenticação, é recomendável que as plataformas de mediação on-line inseridas nos Tribunais façam a confirmação da identidade de cada indivíduo que ingresse no sistema, podendo essa autenticação ser realizada de diversas formas, a fim de não inviabilizar a acessibilidade. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa Resolve: Previsto no art. 4º da Resolução CNJ nº 125 de 2010, o Programa Resolve visa impulsionar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário por meio de projetos e ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/d40a3d24ad793d0ae21bbaeee253bfec_61aa3a00e9e4d974e6d8f1c2ab594ff3.pdf Acesso em: 30 mai 2023.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução-CNJ n.º 317, de 30 de abril de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3302> Acesso em: 30 mai 2023.

³³ BRASIL. Fundação Renova. **A Fundação**. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/> Acesso em: 30 mai 2023.

inédita, a celebração de um acordo no bojo de uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 165, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 1º de março de 2018.³⁴

Como se viu, por meio desse acordo, firmado entre a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) e as diversas associações de defesa do consumidor e dos poupadores, nos autos da ADPF que tramitou por quase 09 (nove) anos, foi possível estabelecer o cronograma e as condições de pagamento mediante a extinção de processos individuais e coletivos relacionados aos respectivos correntistas. O referido ajuste estabeleceu o pagamento de valores inscritos em plataforma digital preparada pelo CNJ, a qual se coaduna com a ideia das ferramentas de resolução de disputas ora estudadas.

No mesmo sentido, a contratação pelo grupo Oi, no curso do processo de recuperação judicial, de uma fundação para criar uma plataforma digital, a fim de viabilizar a mediação com milhares de credores em todo o país (CABRAL; ZANETI, 2019, p. 02). Em resumo, uma parceria entre a Fundação Getúlio Vargas e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permitiu a mediação online, em ambiente virtual e multicanal (mensagens de texto, chat, áudio, videoconferência pela internet etc.). O referido sistema de negociação online, homologou mais de 46.000 (quarenta e seis mil) acordos, com credores do Brasil e de Portugal (FUX, ÁVILA, CABRAL, 2020, p. 269).³⁵

Outrossim, o art. 4º da Recomendação-CNJ n.º 58, de 22 de outubro de 2019, alterada pela Recomendação-CNJ n.º 112, de 20 de outubro de 2021, dispõe que a mediação poderá ser presencial ou o online por meio de plataformas digitais, quando justificada a utilidade ou necessidade, especialmente nos casos em que haja elevado número de participantes e credores sediados no exterior, cabendo ao mediador ou ao Centro de Mediação prover os meios para a sua realização.³⁶

3.3 Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação (Sirec)

Noutro flanco, a Resolução-CNJ n.º 358/2020, a qual regulamenta a criação e a adoção, por parte dos tribunais, de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo por meio

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 165/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752370270> Acesso em: 30 mai 2023.

³⁵ Trata-se da plataforma de acordo da recuperação judicial do Grupo Oi, criada para mediação dos credores cujos créditos ainda fossem ilíquidos, bem assim para receber incidentes de habilitação e impugnações. Disponível em: <https://credor.oi.com.br/> Acesso em: 30 mai 2023.

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação-CNJ n.º 58, de 22 de outubro de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070#:~:text=6%C2%BA%20Os%20magistrados%20n%C3%A3o%20dever%C3%A3o,tentativas%20de%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20negocia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 30 mai 2023.

da conciliação e mediação.³⁷ Segundo Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez (2022, p. 135), trata-se de instituto regulamentado pelo CNJ, cujo uso das inovações tecnológicas visa o cumprimento do comando previsto no art. 3º e parágrafos do CPC/2015.

De forma resumida, verifica-se que o SIREC consubstancia uma plataforma tecnológica para a solução de conflitos, isto é, uma forma de ODR pública mantida por órgãos do Poder Judiciário, que deve ser integrada ao sistema processual eletrônico, ou mesmo, deve ter tecnologia de interoperabilidade (DIDIER JR; FERNANDEZ, 2022, p. 135).

Em outros termos, assim como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC), instalados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), o SIREC compõe o conjunto de portas do Poder Judiciário destinadas especificadamente à autocomposição (DIDIER JR; FERNANDEZ, 2022, p. 137).

É de se ressaltar, ainda, o recente enunciado n.º 147 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o qual recomendou que a implantação do SIREC seja planejada e realizada com base em desenho de sistemas de prevenção e resolução de conflitos, com foco na experiência do jurisdicionado, na simplificação procedimental e na promoção da educação sobre meios de resolução de conflitos, procedimento, direitos e deveres.

3.4 Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado à alta litigiosidade do contencioso tributário no âmbito do Poder Judiciário

De outra banda, é possível mencionar o exemplo do contencioso tributário. Segundo o Relatório do CNJ Justiça em Números 2022 (p. 171), as execuções fiscais correspondem, aproximadamente, 1/3 (um terço) dos processos que tramitam no Brasil, ao passo que, a efetividade e a celeridade respectiva são, de notório conhecimento, muito aquém desse volume. Em suma, existem cerca de 26,8 milhões execuções fiscais em tramitação no âmbito do Poder Judiciário nacional, o que, de conseguinte, equivale a segunda maior taxa de congestionamento de processos do país, representando, pois, 89% (oitenta e nove por cento).³⁸

É nesse cenário, portanto, que exsurge a referida política pública, por meio da Resolução-CNJ n.º 471/2022, pela qual se recomenda aos tribunais pátrios o aprimoramento de ferramentas e de ambientes digitais de tratamento de demandas tributárias, entre as quais, o uso de plataformas online de resolução de disputas. Tal medida, portanto, encontra-se em sintonia com os demais arranjos institucionais do CNJ. Como exemplo, o Juízo 100% e os Núcleos de Justiça 4.0 abaixo descritos.

Para mais, o CNJ busca o incentivo por mudanças nos padrões de comportamento

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução-CNJ n.º 358, de 02 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604> Acesso em: 30 mai 2023.

³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução-CNJ n.º 471, de 31 de agosto de 2022**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4720> Acesso em: 30 mai 2023.

socioculturais, de forma expressa, com vistas a incentivar o relacionamento cooperativo (art. 6º do CPC/2015), notadamente entre Fazenda Pública e Poder Judiciário, bem como a garantir isonomia dos contribuintes, eficiência do fisco e segurança do ordenamento jurídico.

Vale ressaltar, ainda, que anteriormente a Recomendação-CNJ n.º 120/2021, instituiu o tratamento adequado de conflitos de natureza tributária, em especial, pela via da autocomposição, bem como a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos Tributários (CEJUSC Tributário), preferencialmente, em formato digital.³⁹

3.5 Núcleos de Justiça 4.0, Juízo 100% Digital⁴⁰ e Balcão Virtual

Por fim, é possível pensar, ainda, na integração dessas plataformas virtuais no âmbito do Poder Judiciário. O CNJ inspirado por essa ideia trouxe o conceito de Justiça 4.0 dentro da lógica do Juízo 100% Digital, como já tivemos oportunidade de escrever anteriormente.

Em suma, a criação dos Núcleos de Justiça 4.0 por meio da Resolução-CNJ n.º 385/2021, está inserida no contexto de digitalização do sistema de justiça brasileiro, constituindo uma unidade judiciária virtual, que não possui estrutura física, de modo que os processos tramitam, mediante consenso, sob a sistemática do Juízo 100% Digital, instituído por meio da Resolução-CNJ n.º 345/2020 (MENEGON; BELLINETTI, 2022, p. 163).^{41,42}

Colocado de outra forma, portanto, cabe às partes a decisão quanto à sua utilização, por meio de negócio processual (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2022, p. 121). Em tal acepção, constitui-se, pois, de medida optativa, mas que acompanha a agilidade do mundo moderno e oferece benefícios para todos que visam à duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão, como dito alhures.⁴³

Ressalte-se que, a adoção dessas medidas em relação a determinados tipos de litígios, baseia-se em critérios como a tempestividade, a economicidade e a adequação da gestão jurisdicional, além de circunstâncias específicas de cada corte de justiça brasileira, tal como o Decreto

³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação-CNJ n.º 120, de 28 de outubro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4224> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴⁰ Nesse sentido: A paradigmática criação do “Juízo 100% Digital” por iniciativa do Ministro Luiz Fux consubstancia essa necessária alteração de referencial, concebendo a Justiça efetivamente como um serviço (“*justice as a service*”) e deixando de relacioná-la a um prédio físico. ARAÚJO, Valter Shuenquener; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fávio Ribeiro. ‘Juízo 100% digital’ e transformação tecnológica da Justiça no século XXI. **JOTA**. São Paulo, 01 nov. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/juizo-100-digital-e-transformacao-tecnologica-da-justica-no-seculo-xxi-01112020> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 385, de 06 de abril de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 345, de 09 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Juízo 100% Digital: tudo o que você precisa saber**. Brasília: CnJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf Acesso em: 30 mai 2023.

Judiciário n.º 312/2021 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (MENEGON; BELLINETTI, 2022, p. 163).^{44,45}

Outro exemplo, para encerrar o rol de plataformas digitais ora estudadas, está no âmbito da Resolução-CNJ n.º 372/2021, que regulamentou a criação de um programa de videoconferência chamada de Balcão Virtual.⁴⁶ Segundo o Relatório Justiça em Números 2022 do CNJ (p. 26), o Balcão Virtual permite simular, em ambiente virtual, o atendimento presencial prestado nas unidades jurisdicionais do país, notadamente em período de pandemia, quando foi desenvolvida a plataforma referida.⁴⁷

CONCLUSÃO

Como se viu, o sistema processual pátrio foi pensado, inicialmente, para lidar com os conflitos que colocam, em lados opostos, duas esferas de interesses, delimitadas pelas fronteiras do conceito clássico de tutela subjetiva do direito. Nada obstante, para atender aos anseios das sociedades contemporâneas, em que o modelo tradicional não encontrava conformação, foi possível observar, sob o viés da consensualidade e do modelo multiportas de justiça, o surgimento de novas tecnologias voltadas a pacificação dos conflitos sociais, como política pública judiciária articulada pelo CNJ no âmbito do sistema de justiça brasileiro.

Na atualidade, contudo, o desenvolvimento dessa perspectiva também gravita em torno do uso das plataformas virtuais de solução de controvérsias, como forma de ampliar e aprimorar o acesso à justiça através do uso da tecnologia. Em suma, o ODR consubstancia, assim, mais uma porta de acesso ao chamado tribunal multiportas.

De forma resumida, portanto, é possível concluir que, o sistema de resolução de disputas como construção cultural, consubstancia um produto da natureza humana, de conseguinte, não se revela possível concebê-lo, de modo exclusivo, como uma técnica descolada da realidade que o

⁴⁴ Segundo o Relatório Justiça em Números 2022 do CNJ (p. 20), o Juízo 100% Digital é a possibilidade de o cidadão ou a cidadã valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos fóruns, uma vez que todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto pela internet. [De outra banda], os núcleos de Justiça 4.0, que permitem o funcionamento remoto e totalmente digital dos serviços dos tribunais direcionados à solução de litígios específicos, sem exigir que a pessoa compareça ao fórum para uma audiência. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴⁵ A Minuta da Resolução que estabelece o projeto piloto foi aprovada, de forma unânime, pelo Órgão Especial do TJPR, em sessão administrativa. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/juizo-100-digital-e-nucleos-de-justica-4-0-sao-implantados-no-judiciario-paranaense/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fdestaques%3Fp_id%3D101_INSTANCE_11KI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D3 Acesso em: 30 mai 2023.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 372, de 12 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742> Acesso em: 30 mai 2023.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em: 30 mai 2023.

circunda.

Em outros termos, não se pode estudar o acesso à justiça e as novas tecnologias sem a necessária conexão do homem na sociedade hiperconectada, cujo paradigma predominante visa celeridade, economia, segurança e eficiência.⁴⁸ Nada obstante, também não se pode descuidar que o valor justiça a ser alcançado pelo Direito, pressupõe que o sistema seja capaz de solucionar, tanto presencialmente como em ambiente eletrônico, os dilemas humanos de que procede, tema cujos estudos, contudo, merecem maior aprofundamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, 2016, t. 1.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**. vol. 287/2019. p. 445-483. Jan / 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada**. Trad.: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CRESPO, Maria Hernandez. et. al. (Coord.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciárias, boas práticas e competência normativa**. Salvador: Editora Juspodvm, 2022.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos**. Estudios de Derecho Procesal En homenaje a Eduardo J.

⁴⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. ENUNCIADO 157 - Para garantia de segurança e autenticação, é recomendável que as plataformas de mediação on-line inseridas nos Tribunais façam a confirmação da identidade de cada indivíduo que ingresse no sistema, podendo essa autenticação ser realizada de diversas formas, a fim de não inviabilizar a acessibilidade. ENUNCIADO 159 - Recomenda-se que as plataformas de resolução on-line de conflitos tenham um design centrado no usuário, com proteção de dados pessoais, como forma de estimular a sua utilização e aumentar a confiança das partes no uso da tecnologia. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 30 mai 2023.

Couture. *Constitución y Proceso Principios y Garantías*. SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira (Coord.). La Ley Uruguay, 2017, t. II.

FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. et. al. (Coord.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel García. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENEGON, Flávia Osmarin Tosti; BELLINETTI, Luiz Fernando. Exclusão digital no contexto pós-pandêmico: desafios para a virtualização da tutela jurisdicional à luz da Recomendação-CNJ n.º 101, de 12 de julho de 2021. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*. v. 7. n. 2. p. 19-36.

MENEGON, Flávia Osmarin Tosti; BELLINETTI, Luiz Fernando. *Administração da justiça na contemporaneidade: reflexões sobre o “Juízo 100% Digital” e os “Núcleos de Justiça 4.0” na perspectiva da cláusula geral de negociação processual*. In: V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022: Florianópolis, Brasil). p. 151-167.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016. p. 17-44. abr.-2016.

SANDER, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOARES, Marcos José Porto Soares. *Ethereum: breve história e suas possibilidades*. 2022. E-book.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, E-book.

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

IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF), CÂMBIO E CRIPTOMOEDAS¹Luiz Henrique Nicolau²Thiago Dalsenter³

Resumo: A proposta do presente artigo consiste em analisar a possibilidade de incidência do imposto sobre operações de câmbio, popularmente denominado imposto sobre operações financeiras, e apelidado IOF, na aquisição de criptomoedas, o que se fará a partir de um novo desenho de sua hipótese de incidência, utilizando-se a clássica regra-matriz de incidência tributária, acrescida de algumas observações. Nesse sentido, o presente artigo será dividido da seguinte forma: num primeiro momento, tratar-se-á da regra-matriz de incidência tributária do Imposto Sobre Operações de Câmbio com o intuito de desmistificá-lo. Em seguida, passar-se-á à exposição das criptomoedas, momento no qual serão apresentadas suas principais características, funções e espécies. Por fim, em uma terceira oportunidade, analisar-se-á a conexão existente entre ambos os conteúdos, viabilizando conclusão referente à possibilidade de incidência do Imposto Sobre Operações de Câmbio na compra de criptomoedas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Imposto sobre operações de câmbio: considerações iniciais 2.1 Regra-matriz do Imposto Sobre Operações de Câmbio. 2.1.1 Critério material. 2.1.2 Critério espacial. 2.1.3 Critério temporal. 2.1.4 Critério pessoal da hipótese. 2.1.5 Critério pessoal da consequência. 2.1.6 Critério quantitativo. 3 Criptomoedas: considerações iniciais. 3.1 Espécies e mecanismo. 3.2 Natureza jurídica. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, previsto na Constituição Federal de 1988, de competência exclusiva da União, nominado pelo legislador ordinário de imposto sobre operações financeiras, e

¹ Recebido em: 14/05/2023. Aprovado em: 01/08/2023.

² Pós-Graduando em Direito Tributário, *Compliance* e Planejamento Fiscal pela PUCPR, Graduado em Direito pela Unicuritiba.

³ Doutor em Direito Tributário pela Università Degli Studi di Teramo (Itália). Mestre em Direito do Estado (concentração em Direito Tributário) pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Tributário e de Direito Processual Tributário, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Professor de Direito Tributário e de Legislação Tributária, nos cursos de graduação em Direito e Administração, da FAE Centro Universitário. Tem experiência na área de Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário e Direito Aduaneiro. É advogado e consultor jurídico tributário em Curitiba/PR.

apelidado IOF, é alvo de menor atenção da doutrina se comparado com outros tributos do fisco federal. É, por excelência, instrumento de atuação extrafiscal do Estado, que visa, entre outras coisas, a controlar o mercado financeiro e de capitais. Outrossim, pode ter suas alíquotas alteradas mediante decreto, a depender do poder executivo, razão que enseja divergências doutrinárias quanto à sua materialidade, e até mesmo subordinação à legalidade, posto que aparenta ser, por um lado, um único imposto com cinco hipóteses de incidência e, por outro, cinco impostos distintos. Ocorre que, além de tais problemáticas pouco aprofundadas, mas que, ao menos, mostram-se de conhecimento geral dos tributaristas, há outras, menos consideradas, que também devem ser tratadas.

Não se olvida que os estudos, até aqui existentes, e a *lex suprema*⁴, sobretudo norteadora de todo o ordenamento jurídico, têm se mostrado insuficientes diante das intensas modificações sociais e econômicas, reflexos de um mundo pós-moderno⁵, pois, com efeito, o direito tributário com estrita codificação, diminuto e cerrado, tem-se revelado aquém dos anseios de uma sociedade dinâmica, em constante transformação. Especialmente no âmbito das novas tecnologias, a conceituação tradicional tem dado sinais de insuficiência, sucedendo-se anomalias, sintomas de um modelo jurídico em crise⁶. A questão ganha cores mais agudas quando os olhares se voltam à possibilidade de tributação das operações com criptomoedas, decorrência da volumosa quantidade de valores que movimentam, tornando-se oportunidade ímpar de enriquecer os cofres públicos.

Encaixe perfeito dessa nova contextualização e que justifica a produção deste artigo é a análise da incidência do imposto sobre operações de câmbio na aquisição de criptomoedas, cuja conclusão ainda é controversa na doutrina, assumindo diversas roupagens, sendo que nas poucas pesquisas que tratam da temática, não se percorre trajeto indispensável à conclusão⁷.

⁴ “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

⁵ “Um conceito [...] bem menos claro em outros campos, exceto como uma rejeição dos valores intelectuais do iluminismo, em particular a clareza, a racionalidade, a consistência e a verdade objetiva”. BUNGE, Mario. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2019, p. 288.

⁶ “[...] a novidade normalmente emerge apenas para aquele que, sabendo com precisão o que deveria esperar, é capaz de reconhecer que algo saiu errado. A anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma”. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 92.

⁷ “O primeiro passo para compreender a complexidade das instituições financeiras modernas é descobrir de onde elas vieram. Caso entenda as origens de uma instituição ou de um instrumento financeiro, você descobrirá que o papel deles no dia a dia é muito mais fácil de compreender”. FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2020. p. 25.

2 IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CÂMBIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assumindo a premissa de que o direito é um conjunto de normas⁸, adotamos a tese da homogeneidade sintática, que, de forma sucinta, propõe que todas as normas jurídicas contêm a mesma estrutura, formadas por uma hipótese (descriptor) ligada por imputação (dever ser deôntico) ao consequente (prescritor). Assim, podemos afirmar que a norma jurídica assume função *significativa*⁹, ou seja, expedido o *significante* e, de sua interpretação, produzido o *significado*, conheceremos a conduta devida, desde que verificada a hipótese na sua integralidade, em um dos seguintes modais: permitido, proibido ou obrigatório. Dentre tais normas, voltamos nossa atenção para aquelas que, por um lado, em sua consequência, prescrevem o comportamento humano de entregar pecúnia aos cofres públicos, denominadas normas jurídicas tributárias, e que, por outro, de acordo com a sua hipótese, incidem em operações de câmbio.

Nesse contexto, levando em consideração a hierarquia das leis brasileiras¹⁰, começamos a análise das normas pelo art. 153, inciso V, da Constituição Federal, conforme o qual compete à União instituir impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Significa dizer que a União é detentora da competência exclusiva para tributar quatro realidades fáticas distintas, ressalvada a incidência sobre o ouro enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial, haja vista tratarem-se de cinco locuções com significações inconfundíveis. O diploma maior, portanto, rígido e inflexível, que delimita precisamente a competência dos entes federativos para tributar, diferentemente do que afirma o senso comum, nada menciona acerca de um imposto sobre operações financeiras.

O Código Tributário Nacional, cumprindo com sua função de lei complementar, traça os contornos de incidência do imposto previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal, entre os artigos 63 e 67, porém, na mesma linha do diploma maior, utiliza tão somente a denominação imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Oportunamente, fixa o fato gerador e a base de cálculo do imposto sobre o câmbio, os quais consistem,

⁸ [...] “não foi possível dar uma definição do Direito do ponto de vista da norma jurídica [...] tivemos que alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução. [...] Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 38.

⁹ “Propomo-nos a conservar o termo *signo* para designar o total, e a substituir *conceito* e *imagem acústica* respectivamente por *significado* e *significante* [...]”. SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 81.

¹⁰ “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”. KELSEN, **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

respectivamente, na efetivação da operação de câmbio através da entrega da moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que as represente, ou sua colocação à disposição do interessado¹¹⁻¹².

O nome imposto sobre operações financeiras surgiu, a bem da verdade, com a publicação da lei nº 5.143, de 1966, a qual instituiu o imposto sobre operações de crédito e seguro¹³. Numa primeira oportunidade pode parecer mera questão estilística, contudo, não é o que se verifica na prática, dado que o legislador constituinte sequer chegou próximo de utilizar tal expressão. Trata-se de um único termo que define cinco situações fáticas completamente diferentes, o que, além de ser um erro lógico, revela a polissemia da palavra. Ainda, a expressão escolhida — imposto sobre operações financeiras — “[...] não reflete por completo a materialidade das regras de incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, que seriam suas espécies”¹⁴.

Olhando especificamente para a legislação que poderia tratar do assunto, também não encontramos a presença das instituições financeiras nas operações de câmbio, snão vejamos:

A lei nº 5.143, de 1966, anterior à constituição federal de 1988, nada menciona quanto ao fato gerador do imposto sobre as operações de câmbio, senão que caberia ao Conselho Monetário Nacional reduzir ou suprimir o Impôsto do Sêlo sôbre operações de câmbio¹⁵.

A lei nº 8.894, de 1994, estabelece que “as instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto”, ou seja, qualquer instituição que seja autorizada pelo Banco Central do Brasil (BCB) poderá atuar em câmbio, indepentemente de ser instituição financeira¹⁶.

¹¹ Art. 63º O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador: II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

Art. 64º A base de cálculo do imposto é: II - quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;

¹² O Código Tributário Nacional também faz algumas considerações quanto à alíquota, contribuinte e destinação da receita líquida do imposto, os quais, por não interferirem diretamente no cerne deste artigo, ficarão apenas nesta nota de rodapé: Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária. Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei. Art. 67. A receita líquida do imposto destina-se a formação de reservas monetárias, na forma da lei.

¹³ Art. 1º O Imposto sobre Operações Financeiras incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I - no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II - no caso de operações de seguro, o recebimento do prêmio.

¹⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética. 1998, p. 106.

¹⁵ Art 16. A partir da data da publicação desta lei, o Ministro da Fazenda, por proposta do Conselho Monetário Nacional poderá reduzir ou suprimir o Impôsto do Sêlo sôbre operações de câmbio.

¹⁶ Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

O principal decreto que regulamenta o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, nº 6.306, de 2007, em seu título III, capítulo II, art. 13, define que “São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições autorizadas a operar em câmbio”. Novamente, nenhuma referência às instituições financeiras¹⁷.

Por fim, a lei nº 14.286/21, que passou a vigorar em dezembro de 2022, foi ainda mais precisa e destinou um único artigo (3º) para registrar a indispensável presença das instituições autorizadas a atuar em câmbio e não das instituições financeiras. *In verbis* “As operações no mercado de câmbio podem ser realizadas somente por meio de instituições autorizadas a operar nesse mercado pelo Banco Central do Brasil, na forma do regulamento a ser editado por essa autarquia”.

Em curta síntese, concluímos que o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal, incide sobre as operações, ou seja, não incidirá sobre o câmbio propriamente dito, mas sobre aquelas operações aptas a produzirem efeitos jurídicos referentes a compra de moeda estrangeira mediante entrega de moeda nacional. Problema maior surge quando os holofotes se voltam para a denominação imposto sobre operações financeiras, a qual surgiu com a publicação de uma lei que regulamentou o imposto sobre operações de crédito e seguro, ainda em 1966, mas que passou a ser utilizada para representar todas as materialidades previstas no artigo 153, V, da CF. Outrossim, situação que passa despercebida e que, ao nosso olhar, pode gerar discussões, consiste no fato de que as instituições financeiras não foram, a qualquer momento, colocadas como pressuposto para desencadear a incidência do imposto sobre operações de câmbio, diferentemente do que sugere o nome Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF).

Antes de pincelarmos a estrutura da sua norma jurídica, consideramos imprescindível anotar, ainda que brevemente, dois importantes conceitos. Em primeiro lugar colocamos o conceito de mercado financeiro, que consiste no mercado de intermediação bancária, caracterizado pela existência de entidades financeiras entre as partes operantes. Em outras palavras, é a passagem da troca direta para a troca indireta de recursos. Tal conceito não para por aí, é também o mercado no qual as instituições financeiras arrecadam dinheiro da parcela mais rica da população para, na sequência, disponibilizá-lo à parcela menos favorecida, daí porque também é conhecido como mercado de crédito. Por óbvio, tais instituições garantem lucros em suas operações, o qual se verifica pela diferença entre o custo do dinheiro captado e a remuneração obtida de terceiros por empréstimos ou financiamentos.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.

¹⁷ Art. 13. São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições autorizadas a operar em câmbio.

Por outro lado, as instituições financeiras que, portanto, assumem função essencial no mercado financeiro, poderiam ser alvo de dissertação própria, como foram em FERNANDO LIMA GURGEL AMARAL, pelo que adotamos sua definição, a partir da qual:

[...] a instituição financeira é a sociedade anônima que exerce a atividade que lhe é privativa, composta dos seguintes atos praticados coordenadamente (i) coleta de capital (ii) para repasse a terceiros, (iii) ambos abertos ao público em geral, (iv) em nome próprio, e ainda com fim de obtenção de lucro e de forma profissional¹⁸.

Superadas tais disposições gerais acerca do imposto sobre operações de câmbio, mercado financeiro e instituições financeiras, podemos avançar à exposição de cada critério do seu arquétipo.

2.1 Regra-Matriz de incidência tributária do imposto sobre operações de câmbio

Diante das colocações realizadas, inferimos indispensável a utilização do método analítico para o estudo da norma jurídica tributária em questão, haja vista tamanhas confusões difundidas sobre o assunto. Assim sendo, de acordo com a lei nº 8.894, de junho de 1994, que consiste na conversão da medida provisória nº 513 do mesmo ano, vigente até a atualidade e que instituiu o imposto sobre as operações de câmbio, bem como o restante dos dispositivos mencionados, chegamos à regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre o câmbio previsto no art. 153, V, da Constituição Federal, que adiante segue.

2.1.1 Critério material

O critério material do o imposto sobre operações de câmbio constrói-se a partir dos vocábulos (i) realizar (ii) operação (iii) de câmbio. Agora, como não poderia deixar de ser, analisemos cada um deles separadamente: realizar, consiste no ato de “Transformar em realidade (um plano, projeto, uma investigação etc.) com o emprego dos meios pertinentes”¹⁹; operação é vocábulo amplamente trabalhado no direito tributário e que não precisa de maiores discussões, tratando-se de

¹⁸ AMARAL, Fernando Lima Gurgel do. **O conceito jurídico de instituição financeira**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 117.

¹⁹ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2392.

“negócio jurídico bilateral, no qual há manifestação inequívoca de vontade das partes²⁰”, gerando efeitos jurídicos; de câmbio, originário do latim *cambium* e traduzível para o português como permuta ou troca, que, no contexto comercial, consiste na troca de moedas entre pessoas. Respectivamente: verbo transitivo direto, complemento e adjunto adnominal.

Note-se que, ao nosso olhar, e por isso registramos tanta relutância à nomenclatura imposto sobre operações financeiras, a característica de ser uma operação de câmbio envolvendo instituições financeiras não foi posta por uma única lei sequer. Muito pelo contrário, a todo momento o legislador mencionou a figura das instituições autorizadas à atuar em câmbio, que, por exemplo, ousamos em dizer, podem contemplar as *exchanges*. Com efeito, parece-nos que com a promulgação da mais nova lei do câmbio, já mencionada anteriormente, até mesmo as operações realizadas entre duas pessoas físicas que envolvam valor superior a US\$ 500,00 em espécie, ou equivalente em outras moedas, de forma contínua e profissional, desencadeariam a incidência do presente imposto²¹.

2.1.2 Critério espacial

O critério espacial do imposto sobre operações de câmbio consiste no território nacional, coincidindo com o âmbito de validade da norma que o instituiu. Sendo assim, toda operação que se enquadre nos moldes dos outros critérios, desde que realizada dentro do território nacional, ensejará o surgimento do vínculo jurídico entre os sujeitos.

2.1.3 Critério temporal

Ainda que a lei instituidora do imposto sobre o câmbio não tenha feito expressa menção à existência de um critério temporal, tendo em vista as indispensáveis lições de GERALDO ATALIBA, sabemos que, diante da limitação constitucional intransponível ao legislador, referido aspecto não pode ser anterior à consumação, pelo que se materializa com a efetiva tradição²².

²⁰ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 106.

²¹ Lei 14.286 de 2021: Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica a operações de compra ou venda de moeda estrangeira em espécie, no valor de até US\$ 500,00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em outras moedas, realizadas no País, de forma eventual e não profissional, entre pessoas físicas.

²² “Se o legislador se omitir, estará implicitamente dispondo que o momento a ser considerado é aquele em que o fato material descrito ocorre (acontece). Deve-se entender, pois, que sempre há aspecto temporal da h.i. Este é, em todos os casos, disposto pelo legislador, ainda que nem sempre explicitamente. Há um limite constitucional intransponível à discricção do legislador, na fixação do aspecto temporal: não pode ser anterior à consumação (completo acontecimento) do fato”. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 95

2.1.4 Critério pessoal da hipótese

O critério pessoal da hipótese não foi escolhido pelo emérito criador da regra-matriz de incidência tributária para compor o mínimo irredutível, todavia, diante do avanço dos estudos quanto ao assunto, acolhemos um dos adendos de SACHA CALMON NAVARRO COELHO²³, no sentido de que toda ação, exprimida por um verbo pessoal, assim como exige o critério material, é concretizada invariavelmente por um autor, quem não pode simplesmente ser deixado de fora e será de suma importância para viabilizar a verificação da figura do contribuinte ou o do responsável tributário.

Em termos tais, entendemos que o critério pessoal da hipótese do imposto sobre operações de câmbio consubstancia-se na figura do adquirente da moeda estrangeira, quem verdadeiramente revelou interesse e provocou a concretização da operação.

2.1.5 Critério pessoal da consequência

A União será o sujeito ativo da relação obrigacional. Por seu tempo, o sujeito passivo da relação seria o comprador da moeda estrangeira²⁴, todavia, por questões de praticabilidade tributária, o legislador elegeu as instituições autorizadas à atuar em câmbio para serem responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto. Portanto, o sujeito passivo será a instituição autorizada à atuar em câmbio que efetuar a operação.

2.1.6 Critério quantitativo

A base de cálculo prevista será o valor da liquidação cambial, ao passo que a alíquota poderá ser alterada a qualquer tempo pelo poder executivo, sem afrontar os princípios da

²³ “A pessoa envolvida com a hipótese de incidência a “qualifica” em termos de referência pessoal (aspecto pessoal da hipótese), e nada impede que seja diversa da que, no mandamento, na consequência ou no prescritor da norma, como diria Vilanova, suporta o dever de contribuir (o sujeito passivo da relação jurídica). Ocorre, apenas, que na sujeição passiva direta a pessoa envolvida na hipótese da norma é a mesma que no mandamento ou consequência suporta o dever. Na sujeição passiva indireta são diversas”. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. 3.ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 96.

²⁴ Lei 8.894 de 1994: Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

legalidade e anterioridade, respeitados os limites estabelecidos, garantindo o caráter extrafiscal do imposto sobre o câmbio.

3 CRIPTOMOEDAS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Optamos por iniciar este tópico com o caminho que acreditamos terem percorrido as criptomoedas, tendo como marco inicial o movimento chamado Cypherpunk. Trata-se de comunidade que contemplava parcela minoritária da população, sendo seus ideais pouco falados, ou sequer lembrados, mas que se demonstrou pertinente com a instauração da crise econômica americana em 2008, na qual as famílias americanas se visualizaram inseguras em guardar economias nas instituições financeiras comuns, posto que do dia para a noite viram-nas sumirem junto aos principais bancos da época.

O grupo defendia que a segurança e privacidade dentro do mundo virtual deveriam ser valorizadas e protegidas, diferentemente do que vinha acontecendo. Em outras palavras, acreditavam que a revolução tecnológica que viveu a sociedade, e constantemente vive, trazia consigo diversos pontos positivos, mas que, em contrapartida, tamanho brilho ofuscava suas consequências, as quais se tornaram parte da realidade da população em curta fração de tempo. Exemplificando a questão, viam os Cypherpunks que os criadores ou organizadores das novas tecnologias preocupavam-se, por óbvio, em obter lucros com a venda de seus produtos, mas que, com o passar do tempo, os mesmos notaram outro seguimento ainda mais valioso, que seria a obtenção, e ilegal comercialização, de dados e informações de seus clientes e usuários. Por tais razões, questionavam a necessidade do surgimento de novos mecanismos e dispositivos que protegessem os consumidores, assim como a sociedade de modo geral.

Em meio a esse cenário conturbado, mais especificamente em outubro de 2008, SATOSHI NAKAMOTO²⁵ anunciou, por meio da publicação do artigo “Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system²⁶”, a criação de um sistema de dinheiro cem por cento eletrônico e baseado na rede *blockchain*²⁷. Tratava-se de tecnologia inovadora por meio da qual duas ou mais pessoas, ainda que em polos

²⁵ Grande parte dos autores divergem quanto a data da origem do Bitcoin, ou ainda, do “indivíduo” chamado Satoshi Nakamoto, visto que até hoje não localizaram-no (s). Todavia, para os fins deste artigo tais discussões são irrelevantes, bastando-nos visualizar o mundo de incertezas no qual se localizam as criptomoedas, bem como, ainda que de forma geral, sua possível origem e motivação.

²⁶ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YghnrrkfjbYJ:https://bitcoin.org/bitcoin.pdf&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁷ Importante destacar que o sistema *blockchain* não é invenção de Satoshi Nakamoto, muito pelo contrário, quando da criação do Bitcoin esta tecnologia já estava sendo utilizada para compartilhar livros, músicas, filmes e jogos.

opostos do globo, sem qualquer vinculação à uma instituição financeira, conseguiam realizar operações com o único objeto da rede existente há época, denominado Bitcoin.

Logo após sua criação, os Bitcoins eram operados apenas por admiradores da tecnologia com tendências libertárias, não considerando-os necessariamente possíveis fontes de renda ou, até mesmo, uma alternativa ao sistema monetário mundial, mas um mecanismo tecnológico nunca antes visto. Em seguida os criminosos assumiram o segundo lugar da lista, especialmente pelo fato de que as operações envolvendo criptomoedas eram realizadas diretamente entre as partes, do comprador para o vendedor, sem necessidade de um banco, ou terceiro, intermediar tais operações. Por fim o restante da população começou a aderir-las, mas, agora, no sentido de (i) utilizá-las como espécie de dinheiro, realizando pagamentos diversos, (ii) operacionalizá-las com vistas a obter lucro ante sua volatilidade ou, ainda, (iii) com o intuito de conhecer esse novo mundo que se iniciava.

A partir daí, tendo em vista o exponencial aumento de demanda do Bitcoin e sua existência previamente limitada, seu valor passou a aumentar gradativamente. Próximo do seu lançamento, uma unidade de Bitcoin equivalia a US 0,08; após um ano chegou em aproximadamente US 600,00; em dezembro de 2017 bateu US 19.000,00; e, em meados de agosto de 2021 atingiu o montante de US 58.950,20 por unidade. Resta-nos claro, portanto, que a criptomoeda é invenção tecnológica com relevante potencial de alterar e até mesmo substituir os sistemas financeiros e monetários até então existentes.

Tal conclusão não é baseada unicamente em estatísticas, mas também no entendimento de conhecedores da história financeira do mundo, dentre os quais fazemos questão em citar NIALL FERGUSON, conforme o qual:

[...] as criptomoedas são um clássico caso de inovação financeira, como uma mistura entre a Bolha dos Mares do Sul e o boom e colapso das pontocom dos anos 1990. O próprio Bitcoin parece ser uma nova reserva de valor e ativo de investimento, um tipo de “ouro digital” que fornece aos investidores escassez garantida e alta mobilidade, bem como baixa correlação com outras classes de ativos.²⁸

Em curta síntese, antes mesmo da invenção das criptomoedas, o grupo chamado cypherpunk já apresentava críticas à demasiada evolução tecnológica que ocorria no mundo, isso porque, segundo eles, a sociedade estava tão focada nas facilidades e novidades que não conseguiam perceber o que de fato estava acontecendo, como no caso das instituições financeiras que, por serem intermediárias obrigatórias em diversas operações, obtiam informações particulares das partes operantes, podendo utilizá-las sem qualquer limite. Em paralelo a existência desse movimento, instaurou-se a crise financeira de 2008 nos Estados Unidos, momento no qual as grandes instituições

²⁸ FERGUSON, 2020, p. 413.

financeiras tiveram que encerrar suas atividades, gerando enormes prejuízos aos seus clientes. Tratava-se, portanto, de momento no qual, por um lado, via-se uma grande evolução tecnológica acontecendo e, por outro, um colapso no sistema financeiro tradicional, sendo que, de forma inusitada, NAKAMOTO criou o Bitcoin, primeiro sistema eletrônico envolvendo criptografia capaz de transferir valores entre pessoas sem a intermediação de terceiros²⁹.

Assim, sem extraviar nossos objetivos, passamos a explicar a sistemática das criptomoedas, removendo as complexas tecnicidades do assunto e viabilizando o entendimento da matéria.

3.1 Espécies e mecanismo

Entender as criptomoedas não é tarefa simples, muito pelo contrário, seu sistema é extremamente complexo e detalhado, motivo pelo qual grande parte das produções acerca da matéria percorrem trajeto específico, do qual não abriremos mão. Trata-se de organização lógica que viabiliza o referido estudo. Nesse sentido, iniciamos com a fundamental distinção entre os termos moeda digital, moeda virtual, moeda eletrônica e, por fim, criptomoeda, posto que tais nomenclaturas são constantemente utilizadas de forma indistinta e equivocada³⁰.

A primeira das expressões, moeda digital, é gênero do qual temos como espécies (i) a exibição digital das transferências de moedas emitidas pelo estado, como o Real, denominada dinheiro eletrônico e (ii) as representações digitais de valores que enfeixam uma ou mais das características das moedas nacionais na medida em que podem funcionar como (i) meio de troca, (ii) unidade de conta (unidade de medida) ou (iii) reserva de valor, mas não têm curso forçado (*legal tender*), que são as moedas virtuais³¹.

Encontramos, também, duas outras divisões da moeda virtual. A primeira a distingue de acordo com a possibilidade de sua conversão em moeda oficial, ou seja, tratando-se de moeda virtual passível de conversão em moeda real e havendo mercado legal que realize tal troca, estaremos diante de uma moeda virtual conversível ou aberta, ao passo que, do contrário, estaremos diante das moedas virtuais não conversíveis ou fechadas. A segunda distinção as separa em

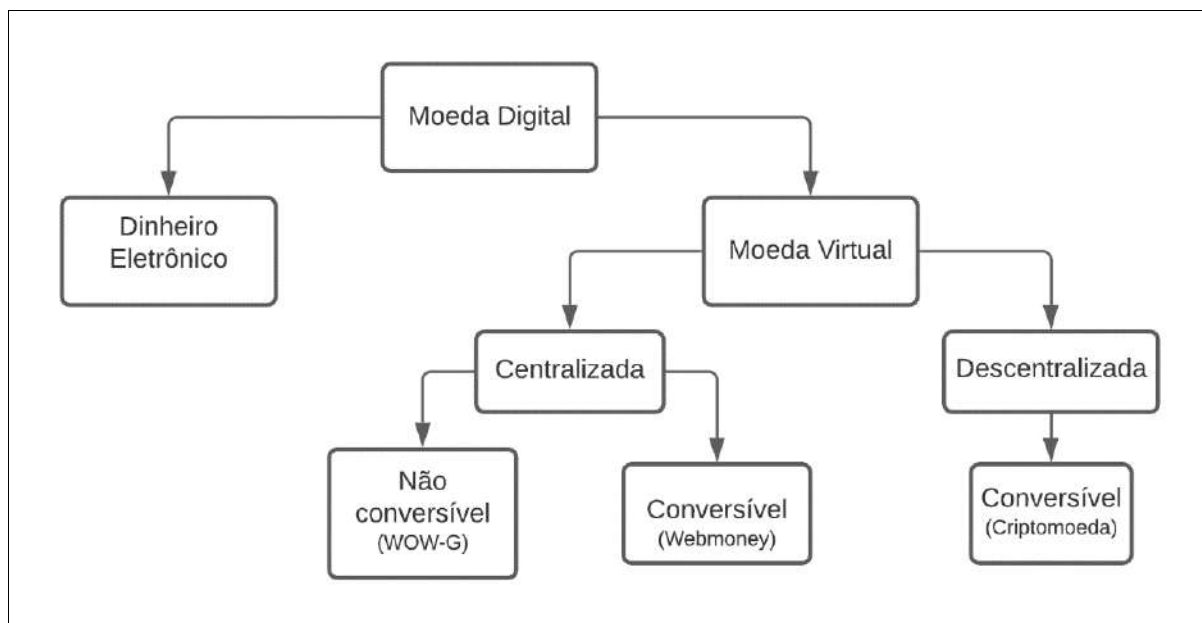
²⁹ Conjunto de princípios e técnicas empr. Para cifrar a escrita, torna-la ininteligível para os que não tenham acesso às convenções combinadas. [...] modificação codificada de um texto [...] ETIM lat.mod *cryptographia*, formado de cript (o) – (gr. *Kruptós* ‘oculto, secreto, obscuro, ininteligível’) + grafia (gr. *Grafia*, com o sentido de ‘escrita’, do v.gr *grápho* ‘escrever’). HOUAISS, 2001, p. 871.

³⁰ Utilizamos a classificação apresentada pelo FINANCIAL ACTION TASK FORCE - FAFT. *Virtual Currencies: Key Definitions and Potencial AML/CFT Risks*. 2013. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

³¹ FOLLADOR, Guilherme Broto. **Criptomoedas e competência tributária**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 83.

centralizadas e descentralizadas³². Aquelas, contém um intermediário entre os operadores, ou seja, há um terceiro responsável pela sua emissão, transferência e controle, no tempo em que estas não são controladas por um intermediário específico, mas pela comunidade que as opera.

Para facilitar a visualização desta classificação, que é de extrema utilidade para o entendimento das criptomoedas, fizemos o seguinte fluxograma:



Da sua análise podemos observar quais são as características e a classificação das criptomoedas — moeda digital, virtual, descentralizada e conversível —. A título de exemplo, citamos como moeda virtual, centralizada e não conversível a *World of Warcraft Gold*, projetada com o intuito de ser utilizada unicamente dentro do jogo *World of Warcraft*³³, e como moeda virtual centralizada, conversível, o Webmoney, criado e controlado por uma empresa que viabiliza as operações de maneira digital entre usuários e outras sociedades para, posteriormente, realizarem sua conversão em moeda oficial.

³² Registramos a existência de uma possível terceira espécie de sistema, além do centralizado e descentralizado, chamado distribuído. Segundo os estudiosos que acreditam nessa terceira espécie, as moedas centralizadas manteriam as mesmas características, contudo, as descentralizadas passariam a ser um sistema onde existem várias redes menores centralizadas e as distribuídas seriam aquelas sem qualquer espécie de centralização, ficando inteiramente nas mãos de sua comunidade. Ainda, também se discute se de fato se trata de uma espécie, assim como as outras duas, ou se é uma subespécie dentro das descentralizadas.

³³ Trata-se de mecanismo criado para aquisição de itens dentro do jogo World of Warcraft. Ainda que seja uma moeda virtual, centralizada, não conversível, ressaltamos a existência do “mercado negro digital”, por meio do qual moedas como estas são compradas e vendidas por jogadores que, por vezes, não conseguem a quantidade que desejam apenas jogando-o.

Na prática, ante tamanha importância e tradição do Bitcoin, outra classificação surgiu, a partir da qual todas as criptomoedas que não o Bitcoin são chamadas de Altcoins, como alternativas ao Bitcoin. Exemplificando, escolhemos a Cardano (ADA), Solana (SOL) e Avalanche (AVAX). A primeira funciona em meio a sua própria *blockchain*, operando *Smart Contracts*³⁴ e desenvolvendo projetos de seu próprio interesse, além de conseguir se comunicar com outras *blockchains* (*interoperabilidade*). A segunda, também utilizada na *blockchain* de sua criadora, consegue escalar produtos, protocolos DeFi³⁵ e contém taxas de operação relativamente baixas³⁶. Por fim, a terceira, que também é utilizada em sua própria rede, lançada em 2020, tem como diferencial a velocidade de suas operações.

Conforme salientamos, a ideia das Altcoins é ser uma alternativa ao Bitcoin, contudo, outra criptomoeda, considerada a segunda mais importante do cenário, cresceu demasiadamente nos últimos tempos e também domina parte do mercado, sendo que, por este motivo, as Altcoins também são consideradas uma alternativa a Ether. Tal criptomoeda alcançou a segunda maior capitalização do mercado, colocada à venda em julho de 2015 e chegando a custar, aproximadamente, US 4.250,00. A Ether está atrelada, e por isto passa aos envolvidos a ideia de ser segura e promissora, à rede Ethereum, plataforma que viabiliza a programação de aplicativos descentralizados diretamente em sua rede, bem como elaboração de contratos inteligentes e transações com diversos Tokens.

Assim, esclarecidas as discussões acerca de sua classificação, passamos ao principal ponto das criptomoedas, que consiste no fato de que, além de serem moedas virtuais passíveis de conversão em dinheiro real, não necessitam de um terceiro intermediador de confiança, ou seja, duas pessoas podem realizar operações com suas criptomoedas sem a intervenção de instituições financeiras. Para que isso aconteça, deve haver um livro-razão, onde são registradas todas as operações. O referido livro é compartilhado pelos usuários, posto que localiza-se em uma rede pública, e as operações são relacionadas em cadeia, por blocos consecutivos, daí o nome *blockchain*, que pode ser traduzido para o português como cadeia de blocos.

Cada bloco contém o histórico de determinadas transações em um *hash*, que nada mais é do que um nome dado ao bloco, sendo que todos são resguardados por criptografia. Dessa

³⁴ Consistem em linhas de código que registram, sobretudo, acordos de vontades, executando-os de forma autônoma. Por exemplo, em um contrato inteligente de compra e venda, o pagamento pode ser instantâneo, sendo, da mesma maneira, calculado, em eventual atraso deste, juros e correção monetária, assim como é possibilitado o registro automático e sem intermediação da nova titularidade do bem, produto ou serviço. LISBOA, Marcus. **Criptomoedas: o dinheiro do futuro**. 2. ed. Goiás: CEVI, 2020, não paginado.

³⁵ DeFi é a abreviação de *decentralized finance* que, em tradução livre, significa finanças descentralizadas. Tal terminologia consiste no conjunto de produtos e serviços semelhantes aos financeiros que são operados em *blockchains*.

³⁶ “Taxa de transação (Transaction fee / Mining fee) – Taxa paga aos mineradores para que uma transação ocorra. [...] O tempo para uma transação ser concluída está diretamente ligada ao valor pago, isto é, se uma pessoa estiver com pressa e quiser que sua transação seja confirmada mais rápido deve pagar mais. LISBOA, 2020, não paginado.

forma, a estrutura das *blockchains* é extremamente resistente a modificações de dados, posto que para alterá-las o usuário teria que assim fazer em todos os blocos subsequentes, dependendo da integração majoritária dos integrantes da rede. Por outro lado, a rede *blockchain*, em conjunto com a criptografia, faz com que todas as perações sejam rastreáveis, sem, contudo, tornar público quem são as partes envolvidas.

Nas palavras de GUILHERME BROTO FOLLADOR:

Apesar de público o registro das transações, por conta da criptografia assimétrica que rege a troca de informações, as partes nelas envolvidas mantêm-se anônimas. Isto é, sabe-se que o direito de usar uma determinada quantidade de bitcoins “saiu” de uma carteira (wallet) X e “entrou” em uma carteira Y, mas não se sabe quem é o titular dessas carteiras, nem qual foi o ato ou negócio que ensejou a transmissão, porque a informação é criptografada com a chave pública do destinatário, mas somente pode ser decodificada com a senha privada da sua carteira.³⁷

Ainda assim, vale salientar que a publicidade do registro das operações pode ser limitada e as partes nelas envolvidas rastreáveis, mas, em regra, não identificáveis, isso porque quando um usuário da rede, que pode ser qualquer pessoa, acessa os registros das transações e não consegue visualizar quem são de fato as partes do negócio, mas, tão somente, uma sequência de números que as representam. Por exceção, a rede *blockchain* poderá ser utilizada, por exemplo, em função de um grupo de empresas, de modo tal que sua publicidade será limitada e nem todos poderão registrar ou ter acesso à aquela lista, senão os escolhidos pelas empresas. Daí, pois, seria possível identificar quem são os operadores.

Para o funcionamento do sistema, independentemente da sua modalidade, deve existir um minerador, que será responsável por resolver os complexos algoritmos das operações, verificando a validade de cada bloco e, conseqüentemente, evitando os gastos duplos de uma mesma criptomoeda. Com efeito, tais mineradores têm que disponibilizar o poder de seus computadores, que não são dos mais comuns, para que executem tal atividade. Esta mineração, por óbvio, é feita em troca de recompensas, ou seja, ao concluírem a verificação de um grupo de operações, será gerado o bloco e encaminhado aos nós, computadores que atualizam constantemente a *blockchain*, os quais terão a possibilidade de aceitá-lo e utilizá-lo como ponto inicial para as próximas validações, sendo que, caso assim ocorra, os mineradores receberão um pagamento, normalmente em criptomoedas.

Por fim, explicamos a figura das *exchanges*, que nada mais são do que plataformas de intermediação, nas quais, por exemplo, pessoas que desejam comprar criptomoedas localizam, com segurança e facilidade, pessoas que estão vendendo criptomoedas. Na prática, por exercerem função

³⁷ FOLLADOR, 2017, p. 11.

de intermediação, se assemelham às instituições financeiras³⁸. Dentre as mais reconhecidas operando no Brasil podemos citar a Binance, que oferece aos interessados os serviços de *trade*, compra e venda, empréstimos e, até mesmo, aplicação.

Em síntese, as criptomoedas localizam-se no grupo das moedas virtuais, descentralizadas e conversíveis, podendo dividirem-se, ainda, em *altcoins*. Dentre as milhares existentes na atualidade, uma delas demonstra maior destaque, haja vista que, por um lado, foi a primeira a ser criada e, por outro, alcançou patamares de valor talvez nunca antes imaginados, denominada Bitcoin. Sua utilização e criação independe da intermediação de instituições financeiras, diferentemente das moedas de curso legal, sendo, contudo, controladas pelo livre comércio, isso é, pela oferta e demanda. Em tempo, seu mecanismo está vinculado as *blockchais*, que assumem função de rede conectora de seus diversos operadores, baseada em criptografia.

3.2 Natureza jurídica

No que tange as discussões acerca da utilização da nomenclatura criptomoeda, ao contrário dos dispositivos legais, diversas são as produções de qualidade que podemos encontrar. Nesse sentido, de forma sintética FOLLADOR observa que as “criptomoedas podem, ou não, ser enquadradas em conceitos tais como “moeda” (*currency*), “moeda estrangeira” (*foreign currency*), “dinheiro” (*money*), “dinheiro eletrônico” (*e-money*), “produto financeiro” (*financial product*), “mercadoria” (*commodity*), “título” ou “valor mobiliário” (*security*) “bem” (*property, good*), “ativo” (*asset*), ou “produto” (*product*)”³⁹.

Para analisarmos a possibilidade de incidência do Imposto sobre o Câmbio em operações envolvendo criptomoedas, devemos verificar qual é o posicionamento que a legislação tomou quanto a sua conceituação. Oportunamente, mesmo que não interferindo na possibilidade de incidência dos referidos diplomas, vemo-nos na obrigação de tecer comentários quanto a discussão, o que se dará na conclusão final.

Para tanto, tratando-se de competência, voltamos nossos olhares à Constituição Federal de 88, onde, contudo, nada localizamos. Ainda que exista a possibilidade de alteração do diploma mediante Emenda Constitucional, por se tratar de mecanismo atual, em constante evolução e

³⁸ No Art. 5º, II, da Instrução Normativa nº 1.888/2019, a Secretaria da Receita Federal do Brasil dispôs que a Exchange de criptoativos é “a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos”. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em 10 jun. 2021.

³⁹ FOLLADOR, 2017, p. 86.

de demasiada instabilidade, cremos que não será o caso. O que vemos é a movimentação de entidades estatais tentando encaixar, ou entender, as criptomoedas em conceitos gerais constantes na constituição.

Nesse sentido encontramos a Instrução Normativa nº 1.888 de maio de 2019, a qual instituiu e disciplinou a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Tal dispositivo, além de instituir uma obrigação e explicar seu procedimento, deu definição aos criptoativos e *exchanges*. Vejamos:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.⁴⁰

Pois bem, da sua análise podemos perceber que, para a Receita Federal do Brasil, ao menos até agora, enquadrando-se nas condições previstas, deverá o bem ser declarado. Portanto, concluímos que, ao menos num primeiro momento, pouco importa qual é a espécie de criptoativo operacionalizado, a não ser no ato de inserir tal informação no sistema de declaração de Imposto de Renda da Receita Federal, o qual contém campo específico para informações adicionais.

Dando continuidade à pesquisa encontramos outro posicionamento da Receita Federal do Brasil, agora em meio ao programa de Perguntas e Respostas sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física:

CRIPTOATIVOS - COMO DECLARAR

455 — Como os criptoativos devem ser declarados?

Os criptoativos não são considerados moeda de curso legal nos termos do marco regulatório atual. Entretanto, podem ser equiparados a ativos sujeitos a ganho de capital e devem ser declarados pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos

⁴⁰ Instrução Normativa nº 1.888, de 3 de maio de 2019. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em 10 jun. 2021.

(Grupo 08 – Criptoativos), considerando os códigos específicos a seguir (01, 02, 03, 10 e 99), quando o valor de aquisição de cada tipo de criptoativo for igual ou superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).⁴¹

Logo, podemos concluir que as criptomoedas, de acordo com o entendimento da Receita Federal, não são consideradas moedas de curso legal, mas podem ser equiparadas à ativos. Isso é, além do dever de serem declaradas quando superarem o valor de R\$ 5.000,00, terão de ser tributadas a título de ganho de capital quando o total alienado no mês superar R\$ 35.000,00, segundo as alíquotas progressivas do referido imposto⁴². Admitimos que ficamos com certo receio quanto à utilização pelo legislador do termo podem, em meio a orientação, contudo, tendo em vista que de fato tal equiparação — entre ativos e criptomoedas — vem ocorrendo para fins de Imposto de Renda, lhe tomaremos como a verdadeira conceituação de criptomoeda da Receita Federal do Brasil.

Em curta síntese, compreendemos que tanto a doutrina quanto a legislação divergem no que se refere ao conceito de criptomoeda. Aqueles tentam equipará-la a moedas e ativos financeiros, ao passo que estes, tendo que adotar um posicionamento sem, todavia, encontrar produções aprofundadas sobre o tema, decidiram compará-las à ativos e, vale lembrar, registraram sua dissemelhança com o conceito de moeda. De toda sorte, tendo em vista que tal definição será fundamental para nossa conclusão final, adotamos aquela materializada pela Receita Federal do Brasil, segundo a qual os criptoativos, gênero do qual podemos tirar as criptomoedas, devem, por ora, ser equiparados à ativos.

4 CONCLUSÃO

Em última instância podemos tecer nossa conclusão sobre a possibilidade de incidência do imposto sobre operações de câmbio na aquisição de criptomoedas, sendo que, para este

⁴¹ BRASIL. Receita Federal. Perguntas e Respostas IRPF 2022. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-erespostas/dirpf/pr-irpf-2022.pdf/view>. Acesso em: 29 ago. 2022.

⁴² ALIENAÇÃO DE CRIPTOATIVOS - 619 - Os ganhos obtidos com a alienação de criptoativos são tributados? Os ganhos obtidos com a alienação de criptoativos cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, segundo alíquotas progressivas estabelecidas em função do lucro, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação, no código de receita 4600. A isenção relativa às alienações de até R\$ 35.000,00 mensais deve observar o conjunto de criptoativos alienados no Brasil ou no exterior, independente de seu tipo (Bitcoin, altcoins, stablecoins, NFTs, entre outros). Caso o total alienado no mês ultrapasse esse valor, o ganho de capital relativo a todas as alienações estará sujeito à tributação. O contribuinte deverá guardar documentação que comprove a autenticidade das operações de aquisição e de alienação, além de prestar informações relativas às operações com criptoativos, por meio da utilização do sistema Coleta Nacional, disponível no e-Cac, quando as operações não forem realizadas em exchange ou quando realizadas em exchange domiciliada no exterior, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019. BRASIL. Receita Federal. Perguntas e Respostas IRPF 2022. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-erespostas/dirpf/pr-irpf-2022.pdf/view>. Acesso em: 29 ago. 2022.

fim, utilizaremos todos os ensinamentos trazidos até aqui. É o momento no qual arquitetaremos a linha de raciocínio final, o que não significa alcançar um único resultado, mediante a conexão dos principais conteúdos trabalhados ao longo deste artigo. Nesse sentido, adentramos, antes de mais nada, no critério material do imposto sobre operações de câmbio, o qual consiste em realizar operação de câmbio. Verificada a legislação cambial, percebemos que a presença das instituições financeiras foi dispensada, mas que em contrapartida colocaram as instituições autorizadas a atuar em câmbio, e aqui surge primeiro desfecho do caso. Vejamos...

As criptomoedas podem ser operadas diretamente na rede *blockchain* ou, então, através das *exchanges*. Por sua vez, algumas destas instituições, por já se encontrarem no mercado há algum tempo, encontram confiança nos operadores, os quais optam por utilizá-las em todas as suas operações. A bem da verdade, tornaram-se tão comuns que, para grande parte da comunidade, parecem ser instituições obrigatórias nas operações com criptoativos, o que não é verdade. Ocorre que, diante da competência do Banco Central do Brasil para autorizar as instituições à atuar no mercado de câmbio, quem tem seu presidente eleito pelo senado federal e, portanto, é manifestamente político, parece-nos que, por um simples ato de conveniência, todo este cenário poderia mudar, ou seja, de forma inusitada as *exchanges* poderiam se tornar instituições autorizadas à atuar em câmbio, derrubando o primeiro impedimento para desencadear a incidência do imposto sobre operações de câmbio na aquisição de criptomoedas.

Agora, por um lado, se as *exchanges* podem se tornar aptas à operar em câmbio, por outro, resta saber se as criptomoedas são, ou não, equiparáveis às moedas. Nesse sentido, passemos ao segundo desfecho deste artigo...

Entendemos que o conceito de câmbio, por si só, não apresenta maiores dificuldades, o que, contudo, não podemos afirmar de um dos seus elementos. Acolhendo a estrutura tradicional da legislação brasileira, temos que o câmbio é a ação de comprar moeda estrangeira mediante entrega de moeda nacional. A moeda nacional, ainda que existam discussões quanto ao que de fato pode ser uma moeda, foi estabelecida através da lei nº 9.069 de 1995, a qual fixou o Real como unidade do Sistema Monetário Nacional. A moeda estrangeira, no entanto, ainda que relativamente regulamentada, também não encontrou conceituação legal. Num panorama geral a maior parcela dos juristas a reconhece como qualquer moeda emitida por outro país, em razão da existência de um lastro estatal.

Sendo assim, concluímos que no atual marco regulatório uma criptomoeda criada e controlada por um país que não o Brasil — ressalvados os limites de controle das criptomoedas —, pode ser enquadrada no conceito de moeda estrangeira e, conseqüentemente, no de câmbio, pelo que a realização de uma operação que consista na compra da referida criptomoeda mediante entrega da

quantia equivalente em moeda nacional desencadearia a incidência do imposto sobre operações de câmbio, enquanto operações de compra de criptomoedas privadas continuariam incólumes.

Todavia, tal situação não geraria grandes efeitos práticos, pois, para evitar a tributação, bastaria que o adquirente realizasse uma primeira operação comprando criptomoedas privadas para, na sequência, trocá-las por criptomoedas criadas por outros países. Mas o que verdadeiramente importa neste momento é registrar que a conceituação de moeda estrangeira, moeda e a autorização de instituições para atuar em câmbio estão sob responsabilidade de uma entidade influenciável pelos movimentos políticos, situação que pode resultar em drásticas e repentinas alterações.

Outrossim, tendo em vista a interpretação sistêmica do direito tributário, “[...] a subsunção do conceito do fato ao conceito da norma só se opera quando presente identidade absoluta entre um e outro, afastadas as hipóteses presuntivas [...]”⁴³, porquanto eventual tributação na aquisição de criptomoedas através do imposto sobre o câmbio dependeria de considerável revisão na legislação monetária e cambial brasileira, sem a qual ester-se-ia a caminhar na tênue linha que divide legalidade e ilegalidade.

Por fim, mesmo após chegarmos na nossa resposta central, registramos um terceiro e último raciocínio, agora menos concreto, o qual, sem dúvidas, pode influenciar em todo o resultado obtido. Tal hipótese consiste na necessária distinção entre o que é e para o que serve, muito bem ilustrada em um clássico cenário vivido entre Gulliver e os Liliputes. Vejamos:

[...] era preciso que eu fosse revistado por dois de seus oficiais; [...] Esses Cavalheiros, havendo trazido consigo Penas, Tinta e Papel, fizeram um levantamento de tudo que viram. [...] Esse relatório foi por mim depois traduzido, e eis o seu Teor, palavra por palavra: [...] Em dois bolsos não pudemos entrar; [...] do da direita pendia uma grande Corrente de Prata, com uma Máquina maravilhosa no fundo. Dissemos-lhe que retirasse o que estava preso àquela Corrente; parecia ser um Globo, metade de Prata e metade de algum Metal transparente: pois no lado transparente vimos algumas Figuras estranhas de forma circular que julgamos poder pegar, só que nossos Dedos foram impedidos por aquela Substância lúcida. Ele encostou essa máquina em nossos ouvidos, e ela produziu um Ruído incessante, como uma Azenha. E imaginamos que seja ou bem algum Animal desconhecido, ou bem o Deus que ele adora: somos, porém, mais inclinados pela segunda opinião, pois ele nos garantiu (se o compreendemos bem, pois ele se exprimia de modo muito imperfeito) que quase nunca fazia nada sem consultá-la. Ele disse que era seu Oráculo, e que determinava o tempo de todas as Ações de sua Vida.⁴⁴

⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 32.

⁴⁴ SWIFT, Jonathan. **Viagens de Gulliver**. São Paulo: Penguin classics companhia das lestras, 2010, 105-106.

Da sua análise percebemos que os pequenos Liliputes diagnosticaram o objeto localizado no bolso direito de Gulliver, isso é, pormenorizaram cada uma de suas características e, após esta conversa, caso fossem questionados, saberiam dizer com exatidão o que era o objeto. Contudo, o mesmo não aconteceria caso lhes fosse questionado qual era sua função.

Nesse sentido, traçamos um paralelo entre a experiência narrada e o caso dos juristas com as criptomoedas e moedas: muito se tem discutido se as criptomoedas são moedas, ou não, devido ao fato de ambas apresentarem uma função em comum, a de servirem como meio geral de troca, ou seja, tratam-se de espécies de dinheiro e que, portanto, são utilizadas como instrumentos de pagamento. Contudo, as semelhanças e diferenças funcionais existentes entre ambas não alteram o que de fato são. Certo é que a desestatização do dinheiro, e aí não restam dúvidas, gênero do qual as moedas e criptomoedas são espécies, já foi objeto de obra vencedora do prêmio nobel de economia⁴⁵, a qual, diferentemente do que se imagina, relatou um caminho muito menos turbulento que o por nós vivido ao longo dos anos com as moedas estatais. Talvez estejamos *Procusteando*⁴⁶ um objeto quando, na verdade, ele é disruptivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

AMARAL, Fernando Lima Gurgel do. *O conceito jurídico de instituição financeira*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁴⁵ “Sempre tivemos um mau dinheiro porque a empresa privada não teve permissão de nos fornecer um melhor. Num mundo dominado pela pressão de interesses organizados, a verdade importante a ter em mente é que não podemos contar com a inteligência ou a compreensão, mas apenas com o simples interesse próprio para nos fornecer as instituições de que precisamos. Bendito realmente seja o dia em que não mais será da benevolência governamental que teremos que esperar um bom dinheiro, mas do zelo dos bancos pelos seus próprios interesses.” HAYEK, Friedrich A. **Desestatização do dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011.

⁴⁶ “A mitologia grega conta que Procustos era um homem de estatura e força extraordinárias que vivia nas colinas da Ática. Onde oferecia sua pousada a viajantes solitários. Quando o viajante dormia, Procusto amordaçava e amarrava-os diante de uma cama de ferro a quatro cantos. No entanto, se o corpo da vítima fosse muito grande, ele amputava as partes do indivíduo, fossem os pés ou a cabeça. Ao contrário, se a vítima fosse pequena, ele quebraria o corpo com um martelo para alongá-lo.” BRASIL. **Instituto Brasileiros de Psicanálise Clínica**. Campinas, SP, 2021. Disponível em: <https://www.psicanaliseclinica.com/procusto/>. Acesso em: 25 agosto 2022.

BARRETO, Aires F. **ISS, IOF e instituições financeiras**. São Paulo: Noeses, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução: Denise Agostinetti. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Instituto brasileiros de psicanálise clínica**. Campinas, SP, 2021. Disponível em: <https://www.psicanaliseclinica.com/procusto/>. Acesso em: 25 agosto 2022.

_____. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 10 out. 2021.

_____. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Texto Compilado. Dipôs sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providência. 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

_____. **Lei nº 7.492 de 16 de julho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

_____. **BANCO CENTRAL DO BRASIL. Glossário**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/glossario>. Acesso em: 10 out. 2021.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **IOF: teoria, prática e intervenção estatal**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF**. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira e PASIN, João Bosco Coelho (coord.). **Tributos em espécie: fundamentos e elementos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 79-108.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

_____. *Derivação e positivação no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2017.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária* (o significado do art. 116, parágrafo único, do CTN). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARAFON, Plínio F. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários; In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 507-516.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1984.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVEIRA, Fernanda de Oliveira. *IOF-Câmbio e a importância da política cambial nacional*. Belo Horizonte: Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário, ano 04, n. 08, jul./dez. 2020, p. 147-166.

_____. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.

VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba: Juruá, 1993.

DESAFIOS DA VALIDADE NA CONTRATAÇÃO DIGITAL: REFLEXÕES PARA A
SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO¹

*VALIDITY CHALLENGES IN DIGITAL CONTRACTING: REFLECTIONS FOR THE
INFORMATION SOCIETY*

Daniel Marinho Corrêa²

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador³

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral⁴

Resumo. A pesquisa aborda a temática dos direitos humanos e a sociedade da informação e comunicação, destacando os desafios enfrentados pelo campo do Direito devido aos avanços tecnológicos. Questões como segurança nas transações e a vulnerabilidade dos consumidores em relação à privacidade e validade são analisadas. O estudo investiga a controvérsia em torno da aplicabilidade das normas que regulam os defeitos no consentimento aos contratos celebrados eletronicamente. No contexto atual, as transformações rápidas e profundas causadas pelos avanços tecnológicos afetam nossos comportamentos e demandam uma adaptação do Direito, que muitas vezes possui um ritmo lento e burocrático. Os avanços tecnológicos têm impactado a sociedade, alterando nossa forma de pensar, agir e nos relacionar. A internet desempenha um papel significativo nesse cenário, impulsionando o comércio eletrônico e aumentando o volume de transações comerciais. No entanto, essa nova forma de interação contratual gera incertezas quanto à aplicabilidade das normas legais tradicionais e levanta a necessidade de revisar os métodos de transação diante das mudanças trazidas pelas tecnologias digitais. O objetivo da pesquisa é contribuir para uma compreensão mais clara das questões legais relacionadas aos contratos eletrônicos, fornecendo subsídios teóricos e normativos para tomada de decisões e aprimoramento das regulamentações existentes. Diante da variedade de situações jurídicas contemporâneas e dos desafios que surgem, é evidente a necessidade de abordar a falta de segurança nas transações eletrônicas e a vulnerabilidade dos consumidores. A questão dos acordos digitais na interação de consumo, ainda em estágio de evolução no contexto jurídico-social, apresenta complicações significativas. O comércio digital está se tornando o principal meio

¹ Recebido em 15/06/2023. Aprovado em: 07/07/2023.

² Doutorando e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, UEL

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Mestre em Direito Negocial pela UEL

⁴ Doutora em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Mestrado em Direito Negocial (2002) e Graduação em Direito (1989) pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Professora Colaboradora-Convidada do Curso de Pós Graduação em Direito Civil Contemporâneo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicas. Experiência na área do Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Responsabilidade Civil.

para as transações comerciais em todo o mundo, e é fundamental garantir aos consumidores desse ambiente uma proteção clara e efetiva, equivalente àquela oferecida nas formas convencionais de comércio. A pesquisa analisa a legitimidade dos pactos digitais e a aplicabilidade dos princípios jurídicos existentes para regulamentar adequadamente os contratos eletrônicos. Por meio de uma revisão crítica da literatura, são apresentadas reflexões e recomendações para enfrentar esses desafios e promover a efetiva realização dos direitos humanos na sociedade de informação e comunicação, com foco na proteção da privacidade e validade nos contratos eletrônicos.

Palavras-chave. Contratos Digitais; Plano da Validade; Sociedade de Informação.

Abstract. The research addresses the issue of human rights and the information and communication society, highlighting the challenges faced by the field of law due to technological advances. Issues such as security in transactions and the vulnerability of consumers in relation to privacy and validity are analyzed. The study investigates the controversy surrounding the applicability of the rules that regulate defects in consent to contracts concluded electronically. In the current context, the rapid and profound transformations caused by technological advances affect our behavior and demand an adaptation of the Law, which often has a slow and bureaucratic pace. Technological advances have impacted society, changing our way of thinking, acting and relating. The internet plays a significant role in this scenario, boosting e-commerce and increasing the volume of commercial transactions. However, this new form of contractual interaction creates uncertainties regarding the applicability of traditional legal norms and raises the need to review transaction methods in the face of changes brought about by digital technologies. The objective of the research is to contribute to a clearer understanding of the legal issues related to electronic contracts, providing theoretical and normative subsidies for decision making and improvement of existing regulations. Given the variety of contemporary legal situations and the challenges that arise, the need to address the lack of security in electronic transactions and the vulnerability of consumers is evident. The issue of digital agreements in consumer interaction, still in an evolutionary stage in the legal-social context, presents significant complications. Digital commerce is becoming the main medium for commercial transactions around the world, and it is essential to guarantee consumers in this environment clear and effective protection, equivalent to that offered in conventional forms of commerce. The research analyzes the legitimacy of digital pacts and the applicability of existing legal principles to adequately regulate electronic contracts. Through a critical review of the literature, reflections and recommendations are presented to face these challenges and promote the effective realization of human rights in the information and communication society, focusing on the protection of privacy and validity in electronic contracts.

Keywords. Digital Contracts; Validity Plan; Information Society.

I. INTRODUÇÃO

A temática direitos humanos e sociedade da informação e comunicação traz à tona uma diversidade de situações jurídicas contemporâneas que surgem como resultado dos avanços tecnológicos, trazendo desafios significativos para o campo do Direito. Questões como a falta de segurança nas transações e a vulnerabilidade dos consumidores em relação à privacidade e validade exigem uma análise aprofundada. Diante desse contexto, investiga-se a controvérsia em torno da aplicabilidade das normas que regulam os defeitos no consentimento aos contratos celebrados eletronicamente.

Atualmente, vivemos em uma era de transformações profundas e rápidas que afetam nossos comportamentos e surgem de todas as esferas da sociedade. No entanto, o Direito tem um ritmo de mudança lento e burocrático, passando por várias etapas legislativas antes de poder regular efetivamente uma situação social e econômica que já está ocorrendo. Quando ocorrem mudanças nos elementos-chave da sociedade, isso influencia a necessidade de atualização do Direito⁵.

Os avanços tecnológicos ocorridos ao longo das décadas têm causado mudanças no cerne da sociedade, afetando a forma como pensamos, agimos e nos relacionamos. Nessa conjuntura de intercâmbio de dados e tecnologias, a internet desempenha um papel econômico-social significativo, impulsionando o avanço do comércio eletrônico, principalmente devido à redução dos processos de distribuição e à superação das fronteiras nacionais. Isso leva ao aumento do volume de transações comerciais devido à rapidez com que os contratos são celebrados.

Essa nova forma de interação entre as partes contratantes nos deixa na incerteza sobre se as normas legais tradicionais são totalmente aplicáveis a essa forma de comércio ou se, ao serem aplicáveis, regulam todos os aspectos que devem ser considerados ao lidar com o comércio eletrônico. Diante disso, surge a necessidade de revisar os métodos tradicionais de realizar essas transações diante das mudanças trazidas devido aos efeitos das tecnologias telemáticas e digitais.

Ancorada no método dedutivo, a pesquisa visa contribuir para o desenvolvimento de uma compreensão mais clara e abrangente das questões legais relacionadas aos contratos eletrônicos, oferecendo subsídios teóricos e normativos para a tomada de decisões e o aprimoramento das regulamentações existentes. Ao fazê-lo, busca-se promover maior segurança e confiabilidade nas transações eletrônicas, bem como a proteção dos direitos dos consumidores no contexto da contemporaneidade tecnológica.

⁵ EROS GRAU (2008, p. 64), ao examinar a conexão entre o direito estabelecido e o direito presumido, possui uma perspectiva similar. “Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base. Isso implica – afirmo-o em termos que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto”.

2. ANÁLISE ESTRUTURAL DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS: VALIDADE, CONSENTIMENTO E EFICÁCIA

No que se refere à metodologia, o campo jurídico adotou uma abordagem caracterizada pela estrutura, dentro dos limites da ciência. Modelos estruturais e até mesmo classificações têm sido objeto de estudo no campo jurídico. A estrutura relata a ocorrência de situações ou relações jurídicas através de institutos, que ultrapassam a diferenciação entre *jus* pública e *jus* privada, ou noções como "ação e acordo jurídico; categorização das responsabilidades e acordos; definição analítica de transgressão (teorias bipartidas, tripartidas ou quadripartidas); classificação de procedimento administrativo; separação entre Governo, autoridade e direitos e proteções essenciais na Constituição."⁶

No campo da teoria jurídica, o estruturalismo é evidenciado no Brasil pelo positivismo de PONTES DE MIRANDA⁷, por meio da teoria do fato jurídico, e sua divisão tripartida do negócio jurídico. Dessa forma, ao considerar os aspectos dos planos ponteanos⁸, podemos compreender como o plano de validade afeta os contratos eletrônicos. Cada plano ponteano possui sua relevância e função específica. Por outro lado, é por meio da integração desses planos que se compreende plenamente a funcionalidade do negócio jurídico. O plano da existência é fundamental na teoria ponteano e estabelece a base do negócio jurídico. Assim, é importante não confundir a noção de que apenas os negócios com forma prescrita têm forma, sem perceber que todos os negócios, inclusive os de forma livre, devem ter uma forma, caso contrário, seriam inexistentes⁹. Um contrato passa pelo plano da existência quando a vontade das partes é afetada pela norma jurídica. Norma que sobrevém ao fato, juridicizando-o, caso todos os elementos essenciais que compõem sua fundamentação fática estejam presentes.¹⁰ Na ausência de um desses elementos, o fato é inexistente, como no caso de um

⁶ FERREIRA, KEILA PACHECO. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese (doutorado em Direito Civil). Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo: 2014.

⁷ PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTE. *Tratado de direito privado*. t. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972.

⁸ É no prefácio do Tratado de direito privado, por exemplo, que PONTES DE MIRANDA (*Tratado*, cit., p. 319) propõe a divisão do mundo jurídico nos três planos (existência, validade e eficácia), define o fato jurídico e depois a relação jurídica como os conceitos fundamentais do direito, e revela sua maneira de ver a interpretação do direito. Ainda o autor precisou a ideia de serem os fatos jurídicos os elementos essenciais constitutivos da juridicidade, demonstrando que somente deles pode decorrer qualquer eficácia jurídica (direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, as sanções e toda a gama de conseqüências que ocorrem no mundo jurídico); classificou-os segundo critérios científicos, fundados nos elementos essenciais do seu suporte fático conforme descrito hipoteticamente na norma; distinguiu o mundo dos fatos do mundo jurídico, dividindo este último, de forma lógica, em planos da existência, da validade e da eficácia, mostrando, daí, que existir, valer e ser eficaz são três situações distintas em que se pode encontrar os fatos jurídicos; revelou a relação fundamental entre a norma jurídica, que define o mundo jurídico, o fato jurídico, que o compõe, e a eficácia jurídica, que o integra (MELLO, MARCOS BERNARDES DE, *A genialidade de Pontes de Miranda*. Revista Getúlio: Revista do GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada, São Paulo, p. 44-48, mar. 2008).

⁹ AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

¹⁰ LEAL, SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*.

contrato entre animais, um contrato sem objeto ou sem sujeito, ou o exemplo clássico de um casamento celebrado por um árbitro de futebol.

O segundo plano apresenta o atributo primordial de exame da vontade dos indivíduos. Além disso, pode-se dizer que os contratos são considerados válidos quando as condições legais são cumpridas, conforme estabelecido pelo artigo 104 do Código Civil: capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não proibida por lei. A "vontade negocial" deve ser livre de vícios (erro, coação, lesão, dolo e estado de perigo), pois, caso contrário, não pode ser considerada totalmente livre. Se a vontade do agente estava prejudicada devido a qualquer causa capaz de restringir sua liberdade de escolha, o ato estará viciado¹¹.

Portanto, é possível concluir que a ausência de liberdade e discernimento invalida a vontade, tornando o negócio jurídico ineficaz e inadequado para produzir efeitos jurídicos válidos¹². Após o estabelecimento dos elementos fáticos e a verificação da validade da declaração de vontade, chega-se ao momento final de todo fato jurídico: a produção de efeitos. Sem essa concretização, o negócio seria completamente inútil no âmbito jurídico. Logo, a eficácia do acordo de vontades ocorre quando ele produz resultados no ordenamento jurídico, alcançando os efeitos desejados pelas partes envolvidas¹³. Além disso, o legislador tem cada vez mais condicionado a proteção de situações contratuais ou jurídicas a deveres não apenas patrimoniais. Nesse contexto normativo, o contrato deve ser funcionalizado, levando em consideração esses objetivos estabelecidos¹⁴.

No que diz respeito ao negócio jurídico, é nesse plano que tudo o que é provocado pelos agentes se concretiza, formando as relações intrajurídicas. No entanto, o espectro efetivo vai além disso, abrangendo também as chamadas "situações jurídicas", uma categoria científica que preenche lacunas em casos não abrangidos pela ideia tradicional de relação jurídica. É importante lembrar que o negócio jurídico unilateral da oferta, por exemplo, não cria uma relação legal em si; o que temos é uma situação jurídica vinculante. No entanto, dado que essa categoria vai além da vontade individual, não há necessidade de interferir nesse aspecto, restringindo nossa análise apenas às relações intrajudiciais¹⁵.

São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

¹¹ DANTAS, SANTIAGO. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 270.

¹² VELOSO, ZENO. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 313.

¹³ LEAL, SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS. *Contratos*. cit., p. 12.

¹⁴ GODOY, CLAUDIO LUÍZ BUENO DE. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.

¹⁵ Limita-se a expor a significação observada por MARCOS BERNARDES DE MELLO (*Teoria do fato jurídico (Plano da Eficácia)*), cit., p. 79-80): "(a) em sentido lato, [situação jurídica] designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico. (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica."

As situações jurídicas são determinadas por uma causalidade jurídica resultante de uma valoração jurídica feita pelo indivíduo em resposta à realidade social. Essas situações são respostas fornecidas pelo ordenamento jurídico a diferentes fatos, que são moldados à medida que ocorrem os fatos jurídicos¹⁶. O estudo dos fatos, atos e negócios jurídicos é importante porque os contratos são considerados negócios jurídicos por excelência. Os fatos jurídicos são "todos os eventos e acontecimentos que, direta ou indiretamente, têm efeitos jurídicos"¹⁷, "os eventos previstos em norma jurídica, que dão origem, modificam, subsistem ou extinguem as relações jurídicas"¹⁸, "termo usado para descrever qualquer fato do mundo real que seja abrangido pela norma jurídica"¹⁹.

No ato jurídico, quando há a intenção das partes na produção de implicações jurídicas, nasce o negócio jurídico. Para doutrina, ele ocorre quando há "a intenção específica da pessoa de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos"²⁰, é uma "norma concreta estabelecida pelas partes"²¹, é "a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos desejados pelo agente e reconhecidos pelo direito"²². Dentre esses três planos apresentados, focamos especificamente no consentimento válido, que é um elemento essencial para a validade dos contratos. Esse consentimento deve abranger três perspectivas: concordância em relação ao objeto do contrato, às cláusulas que o compõem e à existência e natureza contratual²³. Portanto, "considera-se que o contrato está formado quando há uma integração entre a declaração de vontade do proponente e a declaração de vontade do aceitante"²⁴.

Dessa forma, sendo um negócio jurídico, o contrato eletrônico deve passar por todos esses planos sem ser afetado. A doutrina usa a metáfora de uma escada, em que cada plano é um degrau. Ao cumprir todos os requisitos de cada plano, é possível avançar para o próximo degrau, até chegar a um contrato existente, válido e eficaz.

¹⁶ BETTI, EMILIO. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 15 ss.

¹⁷ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 313.

¹⁸ DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 372.

¹⁹ AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

²⁰ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito*, cit., p. 315.

²¹ DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro*. cit., p. 431.

²² AMARAL, FRANCISCO. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 367.

²³ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 18. ed. 3 v. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 230.

²⁴ LEAL, SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49.

3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA NA ERA DIGITAL

A perspectiva de NORBERTO BOBBIO²⁵ e outros estudiosos destaca a natureza histórica dos Direitos Humanos, evidenciando sua constante evolução e adaptação ao longo da história da sociedade ocidental. Essas transformações ganharam destaque na transição do século XX para o XXI, gerando debates sobre a tradicional classificação em três gerações de direitos e levando muitos autores a questionar a possibilidade do surgimento de uma quarta, e até mesmo uma quinta dimensão dos Direitos Humanos. Essas mudanças estão intrinsecamente ligadas ao desenvolvimento do ambiente virtual, definido pela Lei nº 12.965 de 2014, que estabelece o Marco Civil da Internet.

Partindo da análise de ANTÔNIO CARLOS WOLKMER²⁶, percebe-se que sua obra teórica sustenta a existência de uma quarta e quinta dimensão histórica dos direitos. A primeira dimensão está relacionada à evolução da engenharia genética e aos novos direitos ligados à bioética, biotecnologia e ao direito à vida. Por sua vez, a segunda faceta aborda o progresso dos direitos derivados da tecnologia da informação, do espaço cibernético e da realidade simulada. Assim, de acordo com o mencionado autor, os direitos emergentes das tecnologias informáticas, do ciberespaço e da realidade virtual representam uma nova dimensão dos direitos fundamentais. A transição do século XX para a nova era milenar marca uma mudança paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. O impacto significativo do desenvolvimento da cibernética, das redes computacionais, do comércio digital, das potencialidades da inteligência sintética e da disseminação acelerada da rede mundial de computadores apresenta implicações extraordinárias no âmbito jurídico, na sociedade global e nos patrimônios culturais, com potencial de disseminação em massa no ambiente digital.

Nesse contexto, é incontestável afirmar que a disseminação da internet e do espaço digital tem provocado transformações na sociedade, na economia e, por consequência, no campo jurídico. O direito à privacidade é um dos conceitos jurídicos que tem passado por modificações e debates em virtude do surgimento dos elementos digitais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, já reconhecia o direito à privacidade em seu texto afirmando que ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques à sua honra e reputação. Os princípios de privacidade e liberdade têm passado por uma redefinição diante das profundas transformações sociais resultantes da incorporação de novas tecnologias no cotidiano humano e do aumento do uso da internet como meio de comunicação global. Nesse contexto, a chamada "era da informação" caracteriza-se pelo constante compartilhamento de informações,

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações*. Revista Direito em Debate, Ijuí, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

opiniões, discussões e hábitos de consumo em uma realidade altamente dinâmica. Isso implica em um processamento acelerado de dados, que se reflete na criação de mecanismos e ferramentas cada vez mais ágeis e eficazes para coleta e tratamento das informações disseminadas nas redes.

Nesse sentido, a contratação eletrônica tem se tornado cada vez mais comum nos dias de hoje, impulsionada pelo avanço da tecnologia e pela facilidade de realizar transações online. No entanto, surgem questionamentos sobre a validade jurídica desses contratos celebrados por meios eletrônicos. A validade jurídica na contratação eletrônica refere-se à conformidade legal desses contratos, ou seja, se eles atendem aos requisitos estabelecidos pela legislação para serem considerados válidos. A aceitação do princípio da autonomia privada pelo nosso sistema jurídico implica reconhecer que a vontade das partes contratantes é o elemento principal e a fonte determinante do contrato²⁷. A formação do contrato e a vinculação lógica dos sujeitos, de acordo com o acordo de seus termos, decorrem da justaposição de suas vontades, o que sugere o consenso contratual²⁸.

O acordo implica na apresentação de duas declarações de vontade distintas, provenientes de dois centros de interesse diferentes²⁹. Ao falarmos sobre a declaração de vontade, usamos essa expressão como uma manifestação de vontade que é socialmente reconhecida como direcionada à produção de efeitos jurídicos. Além disso, EMILIO BETTI³⁰ observa que às manifestações da autonomia privada, independentemente da forma como ocorrem, adere, de forma coerente, no plano social, uma valoração do que deve ser, que o Direito não tem motivo para rejeitar, mas que, segundo o autor, pelo contrário, confirma ao fazer seu, por meio da recepção, a substância preceptiva do negócio.

A declaração de vontade pode ser feita de várias formas, sendo que o meio eletrônico é uma de suas manifestações. Assim, quando um indivíduo clica em um link na internet, como o botão "comprar" em uma página de um fornecedor, ele expressa sua vontade de adquirir um determinado serviço ou produto. Através da internet, essa vontade é transmitida da máquina virtual do comprador para o computador do fornecedor.

Além disso, a verificação da identidade das partes também é um aspecto crucial para a validade de um negócio jurídico. É amplamente conhecido que nos meios eletrônicos é fácil ocultar a verdadeira identidade. No entanto, é essencial em um negócio jurídico saber com quem se está realmente celebrando. O fato é que preencher um determinado formulário para confirmar a própria identidade, utilizando um número específico de cartão de crédito, ou acessando a partir do próprio computador do titular em sua residência, não garante a devida segurança nas relações jurídicas pela internet. Por outro lado, diante da situação em que a declaração eletrônica pode ser feita por alguém que não seja o proprietário da máquina utilizada para essa manifestação, juntamente com

²⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 96 ss.

²⁸ ROPPO, VINCENZO. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 142.

²⁹ MESSINEO, FRANCESCO. *Dottrina generale del contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 58.

³⁰ BETTI, EMILIO. *Teoria*. cit., p. 225.

nosso contexto jurídico baseado na tradição de atribuir a declaração de vontade a uma pessoa física, é necessário fazer um grande esforço para atribuir autoria a uma manifestação cujo agente não seja prontamente percebido.

Logo, aplica-se o preceito de que a declaração será atribuída ao sujeito cujo campo de importância esteja relacionado ao software ou hardware³¹. Na ocorrência dos contratos eletrônicos intersistêmicos, que consistir em ser utilizados para otimizar e reduzir os custos operacionais, não existem dificuldades, pois a vontade já foi firmada anteriormente, havendo um contrato prévio para permitir essa interoperação. Nessa categoria, as partes, previamente, utilizando geralmente a estrutura contratual tradicional, adaptam as disposições e os princípios que irão orientar as negociações que serão executadas de forma automática entre elas, por meio de dois sistemas informáticos interligados.³² Esse tipo de contrato eletrônico utiliza o *Electronic Data Interchange* (EDI): quando uma empresa se comunica com o sistema de vendas de um fornecedor, por meio do envio de documentos eletrônicos de pedido de compra, almejando à obtenção de um produto, quando todas as organizações da sequência comercial estão conectadas a esse sistema, o caminho de um produto pelo leitor óptico do caixa de um supermercado gera uma ativação eletrônica para o sistema de estoque da sociedade empresária. Esse sistema será programado para, ao atingir um determinado nível, emitir um dispositivo eletrônico para o sistema de aquisições³³.

Por outra perspectiva, os acordos eletrônicos interpessoais envolvem o acordo através da transmissão de mensagens de validação da negociação, por correio eletrônico, bate-papo ou outro programa que permita isso. Nessa configuração contratual, o computador não é apenas um meio de comunicação entre os sujeitos, "mas exerce uma função essencial na formação da intenção dos contratantes e na execução do negócio legal". Segundo o autor, a característica principal dessa modalidade é a necessária "interação humana em ambas as extremidades da relação, desde o momento da primeira declaração de vontade até a concretização efetiva do contrato, tudo realizado eletronicamente, por meio de uma rede de computadores na qual as partes estão conectadas."³⁴

É fundamental destacar também que os contratos digitais interativos operam de forma um tanto distinta, pois envolvem a interação entre um indivíduo e um sistema. Essa é a forma mais usual no comércio online e, conseqüentemente, nas lojas virtuais, que geralmente consistem em interações na tela para confirmar e concluir a transação realizada³⁵. Essa é a modalidade mais frequente de contratos digitais, na qual, por um lado, há um indivíduo interessado em formalizar um

³¹ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Comércio eletrônico*. cit., p. 274 ss.

³² GARCIA, FLÚVIO CARDINELLE OLIVEIRA. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 264. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4992/da-validade-juridica-dos-contratos-eletronicos/5>. Acesso em: 13 maio. 2023.

³³ SANTOS, MANOEL JOSÉ PEREIRA DOS; ROSSI, MARIZA DELAPIEVE. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 105-129, out./dez., 2004.

³⁴ GARCIA, FLÚVIO CARDINELLE OLIVEIRA. *Da validade*. cit. p. 112.

³⁵ BARBAGALO, ÉRICA BRANDINI. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

determinado acordo legal, e, por outro lado, um dispositivo de informática previamente configurado para disponibilizar produtos e/ou serviços a todos os que estiverem acoplados à rede de computadores³⁶. A vontade é o elemento central do negócio jurídico, e o contrato requer a manifestação de intenções de seus criadores. O acordo voluntário alcançado por meios eletrônicos não introduz um novo conceito jurídico que exija uma regulamentação distinta. O próprio conceito de contrato não é alterado. A diferença reside apenas na forma, que é substancialmente diferente, não sendo física, e pode apresentar riscos para os indivíduos, ocasião em que há interferência da norma. Nesse ponto, surge a questão de saber se as normas que regulam os vícios de consentimento previstos no Código Civil se aplicam ao contrato celebrado eletronicamente³⁷.

Ademais, tende-se a considerar a manifestação de vontade como nula, inexistente ou anulável³⁸. Primeiro, quando contraria disposições de ordem pública. Segundo, quando falta um elemento essencial, como o consentimento. Terceiro, quando ocorre uma comunicação inadequada, imprecisa, ou quando o consentimento é obtido por meio de vícios (erro, dolo e coação). Como mencionado, a contratação eletrônica é caracterizada, entre outras coisas, pelo uso crescente de instrumentos representados virtualmente, por meio de códigos de identificação, o que dificulta uma análise mais precisa, especialmente para os mais vulneráveis digitalmente. Por exemplo, por meio de sua plataforma online (internet banking), uma instituição financeira pode induzir seus consumidores a erro na contratação de empréstimos e serviços.

Contudo, se o algoritmo alerta sobre as consequências, meios e modalidades, deixando claro o que está sendo acordado, e mesmo assim o usuário contrata algo que na realidade não desejava, por não ter manuseado e investigado corretamente, não haveria vício de vontade. Outro exemplo ocorre quando uma parte oferece dolosamente um produto na internet que tem uma aparência muito diferente da realidade, induzindo à compra. Se o comprador tivesse visto o produto em seu aspecto real, não teria obtido. Assim, nos vícios de consentimento, há uma discrepância entre a vontade autêntica e a vontade manifestada. De um lado, temos o interesse do emissor da declaração, que está viciada, e do outro lado, há o interesse da outra parte, que a acolheu confiando nela. Desenvolveram-se teorias sobre o assunto, como a teoria da vontade verdadeira, da vontade de responsabilidade, da vontade declarada e da confiança.

A primeira teoria sustenta que a vontade interna tem prevalência sobre a vontade manifestada, porquanto não se pode impor efeito a uma declaração desprovida de vontade. Proposta por Savigny³⁹, com uma abordagem subjetiva, acredita-se que deve ser dada maior importância à vontade interna do sujeito. Assim, o negócio jurídico pode ser anulado sempre que a declaração de vontade, de qualquer uma das partes, não corresponder à vontade interna. Essa teoria gera

³⁶ GARCIA, FLÚVIO CARDINELLE OLIVEIRA. *Da validade*. cit. p. 112.

³⁷ RODRIGUES, SÍLVIO. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181 ss.

³⁸ MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *Teoria do fato jurídico* (Plano da Validade). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 112.

³⁹ LEAL, SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS. *Contratos eletrônicos*. cit., p. 53.

insegurança jurídica, pois facilita muito a anulação dos atos, além de não proteger a boa-fé da parte que recebe a declaração de vontade.

A segunda teoria representa uma mitigação da anterior, pois o negócio só tende a anulação quando faltar a correlação entre a vontade interna e a declaração resultar da má-fé de uma das partes. Para anular o negócio, essas partes não podem ter agido com dolo ou culpa. A terceira teoria permite apenas a anulação do negócio jurídico quando a vontade do destinatário da declaração estiver viciada: da pessoa a qual a declaração é dirigida. Em face do declarante, o que interessa é a vontade expressa, não a vontade interior e autêntica. Essa teoria tem como objetivo garantir a segurança das relações jurídicas, resguardando o contratante que depositou confiança no conteúdo da declaração. Se de um lado, as duas teorias antecedentes dão prioridades a vontade interna, permitindo a anulação quando há discordância com a vontade declarada, nesta teoria, a preferência é dada à vontade declarada, e o declarante deve cumprir a obrigação, em vez de anulá-la, devido à confiança depositada pelo destinatário ao celebrar o negócio jurídico.

A característica dessa teoria é conectar os efeitos e o abordagem legal das interações em relação aos fatores concretos externos e socialmente reconhecíveis dos atos pelos quais as relações são estabelecidas, em vez de se basear nos elementos de psicologia individual e nas atitudes mentais que permanecem no âmbito privado. Dá-se maior importância à vontade objetiva do que à vontade das partes, resultando em uma prevalência dada ao objetivo em face da relação dicotômica: subjetiva e objetiva. O objetivo é proteger os interesses do destinatário da declaração, que confiou no conteúdo objetivo e socialmente percebível dela. De acordo com a quarta teoria, o declarante que expressar uma vontade viciada só se permitirá a anulação do negócio jurídico se o destinatário da declaração pudesse ter percebido esse vício. Caso o destinatário tenha agido de boa-fé, sem dolo ou culpa, o ato será válido, mesmo que o declarante tenha cometido um erro ou tenha sido coagido⁴⁰.

Essa teoria é uma variante da teoria da declaração⁴¹, pois quando há divergência entre a vontade interior e a manifestada, prevalece a vontade declarada na maioria dos casos, devido à responsabilidade do declarante pela confiança depositada pelo destinatário ao celebrar o contrato. No entanto, se o destinatário agir com dolo ou culpa, ou seja, de má-fé, a vontade interna do declarante prevalecerá. É importante observar que, em nome da equidade, essa teoria da confiança deve se aplicar apenas aos contratos onerosos, pois nos contratos gratuitos, como doações e testamentos, a vontade real e interna deve valer-se sobre a vontade declarada. Além disso, é importante destacar que o Código Civil não aborda o erro ou a coação que afetam o destinatário da declaração.

A discrepância entre o desejo e a afirmação não pode ser governada por uma norma rígida, pois os diferentes tipos de relações comerciais impossibilitam a adoção de uma teoria unificada do negócio jurídico. Fica claro que, também nos contratos eletrônicos, a expressão de vontade

⁴⁰ ROPPO, VINCENZO. *O contrato*. cit., p. 299.

⁴¹ RODRIGUES, SÍLVIO. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 184.

necessita ser livre e conscienciosa⁴². Aqui não se afirma apenas que o consentimento está livre de fraude, coação ou dolo, mas sim que a pessoa que contrata eletronicamente tenha sido informada de forma específica sobre o serviço ou produto disponibilizado, assim como sobre as cláusulas que restringem quaisquer direitos e obrigações impostos pelo contratante.

Em contratos entre sistemas, nos quais os computadores são configurados para realizar acordos automaticamente, entende-se que a concordância acontece quando as partes discutem antecipadamente todas as disposições da operação desses programas. Em contratos entre pessoas, as partes trocam comunicações por meio eletrônico ou por algum tipo de diálogo em tempo real, portanto, a concordância é estabelecida no instante do envio dessas mensagens e na posterior aceitação da proposta. Nos contratos interativos, a interação do indivíduo ocorre em um ambiente virtual, no qual todas as informações sobre o produto ou serviço oferecido já estão disponíveis. Dessa forma, o consentimento é considerado quando o indivíduo clica em palavras como "aceito", "sim", "finalizar" ou "concordo"⁴³.

Diante disso, fica evidente que a legislação em vigor acerca de acordos estabelecidos com equívoco de consentimento é satisfatória para resolver a questão. Vale ressaltar o artigo 12 da Lei Modelo da UNCITRAL⁴⁴, que estabelece que a manifestação de vontade não é discriminada nem negada em sua validade e eficácia apenas pelo fato de ter sido originada ou transmitida por meios eletrônicos.

Portanto, conclui-se que as manifestações de vontade expressas por meios eletrônicos são plenamente válidas, e os contratos eletrônicos resultantes da convergência dessas manifestações de vontade têm validade, desde que observem as condições estabelecidas no ordenamento para a validade das relações contratuais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da ciência da computação nas últimas décadas tem desempenhado um papel crucial na transformação dos contextos sociais, políticos e culturais da sociedade. É por meio dessa digitalização social que a tecnologia da informação desempenha um papel central em nossas vidas diárias. No entanto, essa realidade também traz consigo desafios significativos para a proteção dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito à vulnerabilidade dos consumidores no âmbito da privacidade e validade nos contratos eletrônicos. Diante da variedade de novas situações jurídicas surgidas na contemporaneidade, especialmente no campo da tecnologia, e dos desafios que essas situações apresentam, fica evidente a necessidade de abordar a falta de segurança nas transações

⁴² LEAL, SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS. *Contratos eletrônicos*. cit., p. 61 ss.

⁴³ MATTE, MAURICIO DE SOUZA. *Internet: comércio eletrônico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 102.

⁴⁴ UNCITRAL. *United Nations Commission On International Trade Law*. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Lei Modelo da UNCITRAL. *Resolução n. 51/162 da Assembleia Geral*. ONU, Nova York, 1997. Disponível em: <http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

eletrônicas e a vulnerabilidade dos consumidores em relação à sua privacidade e validade.

A questão desencadeada pelos acordos digitais na interação de consumo, especialmente por ser um fenômeno em estágio de evolução no contexto jurídico-social, mostra uma grande complicação. A difusão da rede mundial de computadores proporciona uma significativa colaboração e até mesmo um estímulo nas contratações digitais, alcançando uma ampla quantidade de utilizadores, encorajando, dessa maneira, os empreendedores a se envolverem no comércio realizado de forma virtual.

Diante deste contexto, o fato de haver uma forma de adquirir produtos de qualquer lugar do mundo sem necessitar sair de residência, é um considerável progresso tecnológico que atrai, cada vez mais, financiadores e consumidores. O comércio digital é uma realidade e está se tornando o principal meio para a efetuação de transações comerciais em todo o mundo, em suas várias modalidades. Distinto do comércio convencional, prevalecem nos acordos digitais a autonomia de utilização, a despersonalização, a flexibilidade dos conceitos de tempo e de espaço, bem como a dispensabilidade, em princípio, de interação corporal e de registros físicos anotados em folhas de papel.

Portanto, é imprescindível garantir aos consumidores do comércio digital uma proteção clara, efetiva e, no mínimo, equivalente àquela assegurada nas demais formas de comércio convencional. É de máxima relevância analisar a legitimidade dos pactos digitais, visto que os mesmos obstáculos identificados no contexto físico igualmente podem ser constatados no âmbito virtual, como a imprecisa identificação entre as partes, falhas durante a celebração e manipulações. O contrato digital não é uma nova figura jurídica, uma vez que se trata apenas de um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, com o objetivo de estabelecer, modificar ou encerrar uma relação jurídica, sendo que sua distinção está no local de celebração, ou seja, por meio de meios eletrônicos ou telemáticos.

A doutrina dos defeitos da vontade estabelece-se como um mecanismo de proteção da liberdade pessoal e uma salvaguarda da autonomia volitiva. Na contratação digital adquire uma peculiaridade específica no que diz respeito à maneira como ocorre. É bastante frequente cometer enganos ao empregar dispositivos eletrônicos, pois muitos desses equívocos são cometidos de maneira descuidada, seja por uma falta de familiaridade do utilizador ou meramente por falhas técnicas. Dessa forma, a concordância expressa por meios digitais pode acabar sendo direcionada a um destinatário distinto, de maneira incompleta ou até mesmo não alcançar seu destino.

Esses fatos, a princípio, não normatizados, criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que claramente merecem proteção jurídica. Não obstante, nota-se que o acordo digital é uma realidade e não pode ser contestada sua legitimidade jurídica em caso de uma controvérsia judicial, pois o progresso que demonstra diz respeito unicamente aos seus métodos de estabelecimento. Além disso, embora não haja disposições específicas sobre o tema, torna-se manifesto a viabilidade de aproveitar as regulamentações contratuais convencionais.

A análise realizada, com base nos princípios estabelecidos no sistema jurídico,

permitiu uma compreensão mais clara das questões envolvidas nesse debate. Ao examinar a adequação de conceitos, foi possível constatar que o conhecimento jurídico não pode ignorar um fenômeno social proeminente, mesmo diante da falta de regulamentação específica. Através de uma análise doutrinária e legal, demonstramos que os negócios eletrônicos não constituem uma inovação contratual, mas podem ser devidamente compreendidos e regulamentados utilizando-se dos princípios jurídicos já existentes.

Este estudo contribui para o avanço do conhecimento no campo do Direito, fornecendo subsídios teóricos e normativos para a compreensão e aprimoramento dos pontos legalísticos conexos aos contratos eletrônicos. Ao estabelecer a aplicabilidade das regras do consentimento aos contratos celebrados eletronicamente, promove-se maior segurança nas transações, garantindo a proteção dos direitos dos consumidores no contexto da sociedade tecnológica atual.

É importante ressaltar que a conclusão alcançada neste estudo não deve ser vista como uma resposta definitiva para todas as questões relacionadas aos contratos eletrônicos. A evolução tecnológica continua a impor novos desafios ao campo jurídico, exigindo uma constante atualização e reflexão sobre a adequação das normas existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DANTAS, Santiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese (doutorado em Direito Civil). Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo: 2014.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 264, 28 mar. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4992/da-validade-juridica-dos-contratos-eletronicos/5>. Acesso em: 13 maio. 2023.

GODOY, Claudio Luíz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 18. ed. 3 v. SÃO PAULO: SaraivaJur, 2021.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MATTE, Mauricio de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos de e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *A genialidade de Pontes de Miranda*. Revista Getúlio: Revista do GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada da DIREITO GV, São Paulo, p. 44-48, mar. 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Eficácia)*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Validade)*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. t. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

SANTOS, Manoel José Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. *Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 105-129, out./dez., 2004.

UNCITRAL. United Nations Commission On International Trade Law. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. *Lei Modelo da UNCITRAL*. Resolução n. 51/162 da Assembleia Geral. ONU, Nova York, 1997. Disponível em: <http://www.lawinter.com/luncitrallawinter.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações*. Revista Direito em Debate, Ijuí, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

O PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTÍMULO
AO EMPREENDEDORISMO INOVADOR¹

*THE ROLE OF THE STATE IN THE DEVELOPMENT OF PUBLIC POLICIES TO
ENCOURAGE INNOVATIVE ENTREPRENEURSHIP*

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz²

Davi Mancebo Coutinho Fernandes³

Pedro Ricetto⁴

RESUMO: A popularização da internet revolucionou as relações sociais. Trouxe impacto na forma em que o indivíduo vive, trabalha, estuda, relaciona-se e empreende. A tecnologia potencializa o empreendedorismo inovador, o que resulta no aumento do número de startups no mercado. A pesquisa foca no papel do Estado no desenvolvimento de políticas públicas de estímulo ao empreendedorismo inovador. Investiga se o Estado é um vetor de impacto direto no ecossistema inovador e quais ações podem ser realizadas para potencializar o ecossistema de inovação. Utilizou-se o método de revisão literária, pautado na construção teórico-científica, fazendo um recorte estudo de caso do Vale do Silício. Concluiu que é inquestionável a relevância da atuação estatal e acadêmica para impulsionar um ambiente de inovação, maximizando as potencialidades da iniciativa privada, tornando ilhas isoladas de genialidade em rios caudalosos e com força motriz para alterar toda a realidade econômica e social de determinada localidade. No Brasil a contribuição do estado para o desenvolvimento de um ecossistema de inovação saudável ainda é tímida, pois, além da atuação legislativa/regulatória, é essencial que o Estado atue diretamente como agente catalizador da inovação, tanto a partir do investimento maciço em pesquisa, até mesmo como consumidor de produtos de alta tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE: Empreendedorismo inovador. Regulação. Políticas públicas. Vale do Silício. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT: The popularization of the internet has revolutionized social relations. It brought impact on the way in which the individual lives, works, studies, relates and undertakes. Technology enhances innovative entrepreneurship, which results in an increase in the number of startups in the market. The research focuses on the role of

¹ Recebido em 20/08/2023. Aprovado em: 16/11/2023.

² Advogada. Professora Convidada na Faculdades Londrina, Londrina (PR/BRASIL), Pós-Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, renataczqueiroz@gmail.com.

³ Advogado, Consultor do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), especialista em direito civil e processo civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), davifernandes@ibict.br

⁴ Universidade de Oxford, Oxford (UK), Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo, pedro.arcain@bsg.ox.ac.uk.

the State in the development of public policies to encourage innovative entrepreneurship. It investigates whether the State is a vector of direct impact on the innovative ecosystem and what actions can be taken to enhance the innovation ecosystem. The literary review method was used, based on the theoretical-scientific construction, making a case study of Silicon Valley. It concluded that the relevance of state and academic action to boost an environment of innovation is unquestionable, maximizing the potential of private initiative, turning isolated islands of genius into mighty rivers and the driving force to change the entire economic and social reality of a given location. In Brazil, the State's contribution to the development of a healthy innovation ecosystem is still timid, since, in addition to legislative/regulatory action, it is essential that the State acts directly as a catalyst for innovation, both through massive investment in research, even as a consumer of high-tech products.

KEYWORDS: Innovative Entrepreneurship. Regulation. Public Policy. Silicon Valley. Economic Development.

INTRODUÇÃO

A popularização da internet transformou as relações sociais. Revolucionou o modo de trabalhar, vender, comunicar-se, relacionar-se na sociedade. Pode-se afirmar, também, que impactou o empreendedorismo, pois a tecnologia permite aos negócios inovadores a escalabilidade. Nesse contexto surgem as *startups*.

Neste estudo, cuidar-se-á de um tema problemático, que diz respeito ao papel do Estado no desenvolvimento de políticas de estímulo ao empreendedorismo inovador. Especificamente, indagar-se-á se o Estado é um vetor de impacto direto no ecossistema inovador, o papel regulamentar do Estado no Brasil e quais ações foram realizadas pelo poder público no Vale do Silício, nos Estados Unidos, que contribuiriam para o fomento e sucesso do ecossistema local de inovação.

O propósito maior deste trabalho será a análise crítica do papel do estado como um agente indispensável para o desenvolvimento do ecossistema de inovação. Assim, o primeiro capítulo abordará a transformação da sociedade proporcionada pela internet, os conceitos de empreendedorismo inovador e os agentes responsáveis pelo seu fomento.

No Brasil, o Estado possui poder normativo e regulamentar. O capítulo dois examinará a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. Analisará, também, as legislações existentes no âmbito federal: Lei da Inovação, o Marco Legal da Inovação e o Marco Legal das *Startups*.

Para fins de verificação da aplicabilidade prática de legislações de estímulo que proporcionaram o desenvolvimento de ecossistema de inovação, o capítulo três analisará as políticas públicas implementadas no Vale do Silício e sua relação com o desenvolvimento deste ecossistema inovador.

I ECOSISTEMA DE INOVAÇÃO, EMPREENDEDORISMO INOVADOR E O ESTADO

Ecosistema de inovação, *startup* e empreendedorismo inovador são assuntos que estão em alta. Na atualidade é possível encontrar muitas empresas buscando inovar dentro das suas organizações e, de certa forma, à procura de conexão com o ecossistema de inovação. Porém, afinal, o que é um ecossistema de inovação? Do que se trata o empreendedorismo inovador? Percebe-se que, apesar de utilizados com frequência por muitas pessoas, esse conteúdo não se encontra claro para todos.

Para melhor análise do que se trata o ecossistema de inovação, oportuna se torna a compreensão do conceito de ecossistema vindo da biologia. De acordo com o dicionário *Michaelis*⁵, ecossistema é “o conjunto de uma comunidade de organismos e seu meio ambiente funcionando como uma unidade ecológica na natureza”. Neste sentido, ao refletir sobre o significado de ecossistema de inovação, é possível compreender que consiste na união de organismos e seu meio ambiente que, juntos, facilitam e fomentam a inovação.

Verifica-se que a “alta concentração de serviços de qualidade, facilidades burocráticas, incentivos governamentais e a presença de universidades de ponta tem por resultado grande florescimento de empresas inovadoras em determinados ambientes”⁶. Assim, Duane e Fisher⁷ explicam que dentro do ecossistema de *startups* há diversos fatores que incentivam o empreendedorismo naquela área, dentre os quais: universidades, governo local, eventos da comunidade, investidores, prestadores de serviços, mentores, entre outros.

Diante do exposto pelos autores, é possível compreender que o ecossistema atrativo é aquele que oferece maior suporte geral ao empreendedor, em todas as áreas, contribuindo para o seu crescimento e sucesso.

Ao analisar ecossistemas de inovação de sucesso e os benefícios que esses ambientes proporcionam para a comunidade no qual estão inseridos, percebe-se que o desenvolvimento do ecossistema de inovação passa a ser cada dia mais atrativo para os territórios, uma vez que o empreendedorismo inovador não beneficia tão somente os diretamente ligados ao negócio em si mas, sobretudo, a comunidade ali estabelecida. Nesse sentido, Robert Cooter⁸ esclarece que o desenvolvimento de novas tecnologias é um dos fatores que determinam a riqueza de uma nação. Defende o autor que o processo de inovação proporciona aos países ultrapassar a situação de pobreza.

Sob essa ótica, a busca pelo estímulo ao empreendedorismo inovador está cada vez maior. Conforme já abordado, para que ele se desenvolva são necessários uma série de ingredientes

⁵ECOSSISTEMA. *In: MICHAELIS. Dicionário escolar língua portuguesa: nova ortografia conforme acordo ortográfico da língua portuguesa.* São Paulo: Melhoramentos, 2008.

⁶ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito para startups.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

⁷ DUANE, J.; FISHER, S. **The Startup Equation: A visual guidebook to Building Your Startup.** New York: Mc Graw-Hill Education, 2016.

⁸ COOTER, Robert. **Innovation, Information and The Poverty of Nations.** Florida State University Law Review, v. 33, 2005, p. 373-394.

que, juntos, propiciam o ambiente adequado para o surgimento e crescimento das ideias inovadoras. Dentre os ingredientes citados tem-se o Estado. O papel do estado no sucesso do desenvolvimento do ecossistema de inovação, o objeto de estudo deste artigo, é essencial. O paradigma da Hélice Tríplice compreende a inovação pautada em três elementos: as empresas, as universidades e o governo. Assim, é possível concluir que para o bom desenvolvimento do ecossistema de inovação, a presença e envolvimento do Estado são indispensáveis.

Ressalta-se que o papel do Estado vai além da simples composição dos ingredientes necessários para o desenvolvimento do ecossistema empreendedor. Mazzucato⁹, ao estudar o papel do Estado no desenvolvimento tecnológico e na inovação, conclui que não se resume a atos isolados de incentivo, mas, sim, possui imenso poder, trata-se de protagonista na consecução do ambiente perfeito para o desenvolvimento.

A autora vai além da compreensão proposta pelo paradigma da Tríplice Hélice, a qual compreende o estado como um ingrediente de composição do ambiente empreendedor na inovação, uma vez que Mazzucato¹⁰ defende o papel de liderança do Estado no desenvolvimento do ecossistema de inovação. Muito mais do que um ingrediente, o Estado é considerado como líder do processo.

Explica a autora¹¹ que as pesquisas financiadas pelo Estado foram determinantes para o desenvolvimento dos produtos de grandes empresas de tecnologia com atuação global. Mazzucato é categórica ao afirmar que sem o apoio do Estado a empresa Apple não seria o que é hoje. Ressalta a autora que, além do apoio com as pesquisas científicas, o governo norte-americano contribuiu com a garantia contra as violações comerciais, pois possui importante atuação nos setores de proteção à propriedade intelectual.

A fim de compreender como deve ser a atuação do Estado no estímulo à inovação, Meira¹² defende que o Estado deve possuir três posturas, sendo elas: educar, criar oportunidades e sair da frente.

Com relação à primeira postura - educadora, explica a autora que o Estado deve promover educação de qualidade, moderna e atenta às necessidades globais. Explica Meira que a simples oferta da educação não é suficiente, deve o Estado oferecê-la em excelentes condições. Quanto à segunda postura, a qual consiste no papel do Estado de criar oportunidades, cumpre dizer que a criação de oportunidades implica na capacitação do empreendedor para o ingresso e manutenção no mercado. Por fim, a terceira postura, sair da frente, trata-se da redução de legislação sobre os assuntos

⁹ MAZZUCATO, M. **O Estado Empreendedor**: Desmascarando o Mito do Setor Público vs. Setor Privado. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

¹⁰ IDEM, MAZZUCATO.

¹¹ IDEM, MAZZUCATO.

¹² MEIRA, S. L. **Novos negócios inovadores de crescimento empreendedor no Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

pertinentes, com o objetivo de não criar um sistema desorganizado de normas e regras e, também, reduzir a burocracia, tornando-se mais eficiente.

Ressalta o autor que o papel do Estado envolve diversos fatores que impactam diretamente no empreendedorismo e, por isso, conclui Meira¹³ que o Estado em sua função típica, legislativa, é capaz de modificar drasticamente o cenário empreendedor.

Além do estímulo ao ambiente empreendedor, vale a pena ressaltar que o Estado também pode inovar em si mesmo. Valer-se do uso de soluções inovadoras para garantir uma prestação de serviço de qualidade à população. Neste sentido Peter Drucker¹⁴:

[..] as instituições de serviço público tornaram-se demasiadamente importantes e demasiadamente grandes nos países desenvolvidos o setor de serviços públicos, tanto governamentais como os privados sem fins lucrativos, cresceu mais rapidamente neste século que o setor privado [...]. Instituições de serviços públicos precisarão aprender a serem inovadoras, e se administrarem empreendedorialmente. Para conseguir isso, as instituições de serviço público precisarão aprender a ver mudanças sociais, tecnológicas, econômicas e demográficas como oportunizadas em período de rápida mudança em todas essas áreas. Caso contrário, elas se tornarão obstáculos.

É notável, com a visão do autor, que a inovação não beneficia somente o setor privado. Ela pode e deve estar presente, também, no setor público, uma vez que o serviço que não se moderniza torna-se obsoleto.

Diante do exposto, o próximo capítulo abordará o papel normativo e regulamentar do estado, bem como as legislações federais já em vigor, as quais possuem a finalidade contribuir para o avanço do empreendedorismo inovador no Brasil.

2 O PODER NORMATIVO E REGULAMENTAR DO ESTADO E LEGISLAÇÃO FEDERAL EM VIGOR

O Estado brasileiro é de tradição patrimonialista¹⁵ e burocrática¹⁶. Ocorre que tal modelo de atuação estatal fracassou.

A tradição patrimonialista/clientelista, no quesito da alocação dos (escassos) recursos, faz com que a destinação do orçamento público se dê a partir de métodos pouco republicanos, desprezando-se a análise *ex ante*¹⁷ para implementação de políticas públicas. A escolha das regiões e populações beneficiadas pelas verbas estatais se dá a partir das preferências pessoais de

¹³ MEIRA, S. L. **Novos negócios inovadores de crescimento empreendedor no Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

¹⁴ DRUCKER, Peter F. **Inovação e Espírito Empreendedor**. Prática e Princípios. São Paulo: Pioneira, 1986.

¹⁵ SCHWACZ, L. M. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 55 a 72.

¹⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

¹⁷ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Avaliação de Políticas Públicas – Guia Prático de Análise Ex Ante**. Brasília: IPEA, 2018.

compadrio dos agentes políticos e com finalidades primordialmente eleitoreiras. Vide orçamento secreto¹⁸, neto de tais práticas centenárias.

Já a administração burocrática, *a priori*, é essencial para a construção de um Estado Democrático, e conta com características didaticamente \$¹⁹, alicerçada na autoridade racional-legal. Por outro lado, também em razão da cultura escravocrata e patrimonialista brasileira a burocracia tupiniquim legalizou diversos privilégios e, ainda, o excesso burocrático contribuiu para o desenvolvimento da corrupção²⁰:

A Coroa portuguesa tratou de transplantar, ainda, a pesada burocracia da metrópole europeia, num organograma hierárquico antes centralizado no Paço, em Lisboa, e que abrangia o governo-geral do Brasil, o governo das capitâneas e o das câmaras municipais. A estrutura judicial já contava, por aqui, com o Tribunal da Relação, vinculado à Casa da Suplicação, sediada na capital lusa, mas essa corte superior também veio na “bagagem” do príncipe regente, assim como outros antigos tribunais portugueses: o Desembargo do Paço, instância superior no organograma, e a Mesa da Consciência e Ordens, que mantinha o vínculo com o arcebispado do Brasil. A independência política em 1822 não trouxe muitas novidades em termos institucionais, mas consolidou um objetivo claro, qual seja: estruturar e justificar uma nova nação

[...]

Por causa do excesso de burocracia, até mesmo os menos abonados acabavam sendo incentivados a cometer atos ilícitos. Na época da Constituinte de 1823, um comerciante chegou a enviar uma carta ao governo afirmando que conseguira um alvará para vender comida em seu estabelecimento. No entanto, pouco tempo depois, funcionários públicos passaram a exigir um novo alvará para que ele pudesse servir café. Diante da demanda, inexplicável, mas também incontornável, a saída foi subornar autoridades e aceitar tomar parte do jogo.

Ante as complicações decorrentes da adoção do modelo burocrático, foi concebida a administração gerencial, constitucionalizada pela EC n. 19/1998, com o objetivo de superar os problemas da estrutura organizacional posta, na mesma toada de diversos outros países, dentre os quais, a Inglaterra despontou, na ótica de Bresser-Pereira²¹, como um exemplo de mais bem sucedido e equilibrado caso de reforma gerencial no mundo.

A reforma na Grã-Bretanha ancorou-se na delegação de competências e na disseminação de pactos de gestão, adotando também um método híbrido para escolha dos dirigentes de agências reguladoras. Nestas, a seleção de pessoal passou a se dar de maneira competitiva, com abertura à concorrência tanto para o preenchimento de cargos técnicos como para cargos de direção,

¹⁸GUIMARÃES, Arthur. **Entenda o que é o orçamento secreto e se Bolsonaro o vetou**. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/entenda-o-que-e-o-orcamento-secreto-e-se-bolsonaro-o-vetou-25102022>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁹ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução a Teoria da Administração**: modelo burocrático de organização. 7. ed. São Paulo. Editora CAMPUS, 2004.

²⁰ SCHWACZ, L. M. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

²¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania** - a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, 1998.

de modo a se obter maior autonomia, na perspectiva de se alcançar maior eficiência no serviço público.²²

Posteriormente, a Reforma Administrativa brasileira trouxe uma nova perspectiva quanto ao papel do Estado. De vilão, responsável por todos os males que assolam a Administração Pública e a iniciativa privada, o ente público passa a constituir-se em potencial protagonista na consolidação dos Direitos Fundamentais positivados na CF/88, sobretudo quanto a prover uma boa Administração Pública norteada na eficiência e na democratização.²³

Essa nova conjuntura gerou um processo crescente de desestatização. No Brasil, esse processo foi marcado, em especial, pelo chamado Plano Nacional de Desestatização (PND).²⁴

Ainda, a reforma retro possuía alguns entraves a transpor para além daqueles próprios de uma transição de modelo organizacional. A burocracia patrimonialista, envolta na formalidade burocrática racional-legal, é uma combinação perfeita para o entrave da democratização, modernização e mudança da mentalidade dos gestores públicos.²⁵

Por isso, para suplantar tais barreiras, demanda-se uma longa jornada, tanto estrutural, como educativa, a qual se iniciou no Brasil na década de 90 e ainda não foi encerrada, em razão das práticas burocráticas estarem profundamente arraigadas à tradição administrativa nacional.

Em termos gerais, o modelo gerencial adota uma organização estratégica, pelo controle de resultado e do processo decisório. Busca a descentralização, favorece a flexibilidade, objetiva otimizar o desempenho, valoriza a competitividade interna e externa, e, sobretudo, a transparência e a cobrança sobre resultados (*accountability*)²⁶.²⁷

Um dos pilares da administração gerencial se assenta na ampliação do Poder Regulamentar do Estado, por um motivo de fácil compreensão: a descentralização e a delegação de atividades historicamente desenvolvidas pelo Estado exige certo controle por parte do próprio ente

²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania** - a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo, 1998.

²³ KARAM, Andrea Maria Sobreira; SILVA, Clarissa Sampaio. Administração Pública Gerencial e o Princípio Democrático: Implicações E Desafios. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.91, n.1, p.137-156 ago. 2020.

²⁴MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1924.

²⁵ KARAM, Andrea Maria Sobreira; SILVA, Clarissa Sampaio. Administração Pública Gerencial e o Princípio Democrático: Implicações e Desafios. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.91, n.1, p. 137-156 ago. 2020.

²⁶ A ampliação da *accountability* é essencial ao pacto democrático e decorrência direta do Estado regulador. Por outro lado, traz consigo uma questão paradoxal e que merece reflexão: quem irá controlar os controladores? Em momento que a opinião pública, na maior parte do mundo, apresenta uma visão muito negativa sobre os políticos e a política, é possível que os órgãos de controle sejam bem vistos e aplaudidos. Mas cabe o questionamento: não há o perigo de perder-se o sentido do voto, que é a maior fonte da soberania popular? Não há o risco de os gestores públicos atuarem apenas para responderem aos novos controladores, cujo poder não se subordina a uma autoridade eleita e nem ao controle social direto?

²⁷ MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a Revolução Gerencial - A persistência da dicotomia entre política e administração. **Revista do Serviço Público - RSP**, Brasília, ano 48, n. 1, p. 42- 76,1997.

delegante sobre as entidades atuantes nesses setores, buscando garantir uma atuação ótima destes e resguardar eventual população beneficiária de determinada política pública.

Para melhor controlar as atividades delegadas, em vários países, como também no Brasil, optou-se pela criação das chamadas agências reguladoras - entidades relativamente independentes da administração central, com autonomia reforçada, compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos²⁸. Dessa forma, a regulação passou a ser atribuída às entidades concebidas especificamente para tratar de atividades com alto grau de complexidade, como os serviços de telecomunicações e os setores energéticos, por exemplo.

As normativas setoriais, desenhadas pelas agências reguladoras independentes, passam, então, a constituir instituto de crescente valia. O Estado percebe a impotência dos legisladores ordinários de positivarem regras aptas a tratarem, com a destreza e a celeridade exigida, de diversas questões de ordem técnica.

O poder normativo, especialmente o exercido pelas agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser valorizado como importante instrumento estatal de fomento setorial e ambiente fértil para o desenvolvimento da democracia administrativa, com a contribuição dos destinatários da norma na própria elaboração desta.

Por outro lado, deve-se atentar para os riscos da influência direta de diversos *players* no âmbito do poder regulamentar. É relevante garantir a isonomia entre os atores, em virtude das diferenças existentes entre os particulares atuantes no setor, tanto entre si, como em relação aos consumidores, já que alguns são detentores de enormes meios econômicos, informacionais, ou têm maior intimidade com os agentes com poder decisório.²⁹ A Teoria da Captura³⁰ tangencia o tema.

Pelo brevemente exposto, tanto a administração patrimonialista-burocrática como a administração gerencial geram determinadas mazelas que podem vir a interferir negativamente na livre iniciativa, na livre concorrência e, por conseguinte, no ecossistema de inovação.

Seja como for, o arcabouço normativo pátrio se inclina pela adoção da administração gerencial-liberal, com diversas legislações surgindo no sentido de estimular o empreendedorismo e a liberdade econômica, medidas essas que, bem aplicadas, e sob um estado-regulador não capturado, trazem um horizonte alentador à inovação.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁹ NETTO, Luísa Cristina Pinto. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁰ CATÃO, Karina. **Agências Reguladoras – a Teoria da Captura e Atuação do Tribunal de Contas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342714/agencias-reguladoras--a-teoria-da-captura-e-atuacao-do-tribunal-de>. Acesso em: 26 out. 2022.

Conforme exposto, na busca pelo desenvolvimento tecnológico no Brasil, o Estado publicou algumas leis, dentre as quais destaca-se a Lei da Inovação, o Marco Legal da Inovação, o Marco Legal das Startups, a Lei do Bem e a Lei da Informática.

Em 2004 foi publicada a Lei de Inovação³¹, nº 10.973/2004, a qual dispõe sobre incentivos à inovação, à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. A lei de inovação vem com um olhar constitucional, como um instrumento para sua interpretação quanto ao princípio do desenvolvimento, presente na Constituição Federal.

Explica Barbosa³² que a lei tem como finalidade priorizar que o Estado tome medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, visando à capacitação, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do país. A norma também possui objetivos extrajurídicos, como incentivar a inovação visando a aumentar a competitividade empresarial nos mercados nacionais e internacionais, possibilitando, dessa forma, o uso potencial das instituições públicas (universidades e centros de pesquisa) pelo setor econômico. Há, ainda, a intenção de facilitar a mobilização dos pesquisadores para a iniciativa privada e outros órgãos de pesquisa, além de alterar a legislação de pessoal, de licitações e prever certos subsídios e incentivos fiscais.

Em 2016, foi publicado o Marco Legal da Inovação³³, Lei nº13.243/2016, que veio com a intenção de estimular a inovação, criando ambientes em que isso possa ser possível. Por esse motivo, a lei vem sempre sofrendo diversas alterações, como o Decreto de 2020, que vem com o objetivo de impulsionar esse incentivo em uma esfera federal.

Por fim, em julho de 2021 entrou em vigor o Marco Legal das Startups³⁴, Lei Complementar nº 182/2021, que institui o Marco Legal Das Startups e do Empreendedorismo Inovador e estabeleceram os princípios e as diretrizes para a atuação da administração pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apresentou medidas de fomento ao ambiente de negócios e ao aumento da oferta de capital para investimento em empreendedorismo inovador e disciplina a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública.

Ainda, a respeito das legislações no âmbito Federal ressaltam-se as Leis de Incentivo Fiscal Lei do Bem³⁵ (11.196/05) e Lei da Informática (8.248/1991), por meio das quais o governo federal concede incentivos fiscais para as empresas que investem em inovação.

³¹ BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

³² BARBOSA, D. B. **Direito da Inovação** – Comentários à Lei de Inovação, Incentivos Fiscais da Inovação, Legislação Estadual e local, Poder de Compra do Estado (modificações à Lei de Licitações). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 9 a 193.

³³ BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2016/Lei/L13243.htm#art2 Acesso em: 26 ago. 2022.

³⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 182, de 01 de junho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

³⁵ BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111196.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

A iniciativa funciona como uma ponte entre indústrias e centros de pesquisa, que, na visão de especialistas, torna o país mais competitivo na produção de bens de maior valor agregado - um salto positivo na balança comercial e no desenvolvimento das empresas locais.

A Lei do Bem foi desenvolvida em meio a um panorama em que cada vez mais organizações buscavam por soluções para aumentar seu grau de inovação, produtividade e competição, ao mesmo tempo em que procuravam por meios de reduzir custos, otimizar as etapas de produção e aprimorar o processo.

A Lei de Informática³⁶ foi editada com a finalidade de estimular a competitividade e a capacitação de empresas brasileiras dos setores de informática e automação. Mais recentemente, em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 13.674/2018, a Lei de Informática passou incentivar as empresas do setor de tecnologia da informação e comunicações.

3 ESTUDO DE CASO DO VALE DO SILÍCIO

As interações universidade-indústria-governo, que formam a já mencionada “Hélice Tríplice”³⁷, são a chave para o crescimento econômico e o desenvolvimento social baseados no conhecimento, conforme as experiências internacionais comprovam.

O Vale do Silício exemplifica o efeito prático da aplicação da Teoria da Hélice Tríplice. Os governadores dos estados dessa região envolveram, desde o início, os três protagonistas mencionados para elaborarem e implementarem uma estratégia regional de inovação, a qual levou à invenção do modelo de capital de risco e ao surgimento da nova estrutura industrial.

No caso objeto deste estudo, a dinâmica triádica começou na academia, mas logo se tornou uma série de intercâmbios de dupla hélice entre universidade-indústria e governo-indústria - e, por fim, um tripé universidade-indústria-governo.³⁸

A partir da interação dos três atores acima discriminados, passam a surgir novas organizações conforme a demanda, com características híbridas, aglutinando traços das entidades que lhes deram origem, como é o caso das incubadoras, dos parques tecnológicos e das firmas de capitais de risco, as quais, por sua vez, impulsionam ainda mais o desenvolvimento local, complementando as atividades desempenhadas pelos integrantes da hélice.

Etzkowitz e Zhou são didáticos ao tratarem do momento gestacional do Vale do Silício³⁹:

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18248.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

³⁷A Hélice Tríplice é um modelo de inovação em que a universidade/academia, a indústria e o governo, como esferas institucionais primárias, interagem para promover o desenvolvimento por meio da inovação e do empreendedorismo. ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados*. V. 31, n. 90, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.3190003>. ISSN 1806-9592. Acesso em: 26 out. 2022. pp. 23-48.

³⁸ ETZKOWITZ, Henry. Networks of Innovation: Science, Technology and Development in the Triple Helix Era. *International Journal of Technology Management & Sustainable Development*, 2002.

A fonte original do Vale é uma universidade com fronteiras porosas. A liderança fundadora, incluindo o presidente da Universidade de Stanford, David Starr Jordan, incentivou os bacharéis a formarem empresas de tecnologia, em fins do século XIX, para eletrificar a região, utilizando a tecnologia existente. Uma geração seguinte de professores de Stanford, exemplificada por Frederick Terman, junto com seus alunos, interagiu de perto com uma geração seguinte de empresas em busca de inovações incrementais. Nessa época, as empresas muitas vezes eram mais avançadas tecnologicamente do que a universidade e contribuíram para seu desenvolvimento.

[...]

Os professores foram autorizados e até incentivados a exercer cargos importantes duplos, nas empresas e no campus. A indústria técnica existia em simbiose com a universidade, refletida na alta porcentagem de professores recrutados por seu impacto e encorajados a continuar atividades extra-acadêmicas – esquema que permanece até hoje.

[...]

O principal fator interveniente no processo de desenvolvimento à la Hélice Tríplice no Vale do Silício foi o financiamento em larga escala de pesquisas pelo governo, que permitiu que um processo nascente em pequena escala, exemplificado pela fundação da Hewlett-Packard a partir de um projeto de pesquisa de Stanford, que produzira uma tecnologia inovadora pouco antes da Segunda Guerra, se tornasse um procriador eficiente de startups no pós-guerra.

O modelo deu tão certo que o Vale do Silício se tornou referência mundial no âmbito da tecnologia e sinônimo de sucesso e inovação, com diversos outros estados norte-americanos, bem como diversos países buscando reproduzir o ecossistema idealizado na Califórnia.

Um exemplo recente de sucesso global da tripla hélice foi o desenvolvimento das vacinas para combate à Covid-19 em tempo recorde. O imunizante da AstraZeneca foi fruto de pesquisas na Universidade de Oxford. Já a Pfizer/BioNTech foi desenvolvida com a contribuição de 375 milhões de euros do governo alemão. A farmacêutica Moderna firmou contrato de mais de um bilhão de dólares com a Biomedical Advanced Research and Development Authority (BARDA), uma divisão do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos. A BARDA também financiou a pesquisa da vacina da Johnson&Johnson, a Janssen.⁴⁰

Voltando ao Vale do Silício, as atuações das Universidades de Berkeley e Stanford, desenvolvendo pesquisas com resultados úteis para o mercado, com potencial escalável, foram fundamentais para permitir que a região se tornasse pujante.

Nas universidades há o influxo incessante de novos discentes e, por conseguinte, de ideias. Nas empresas e dos laboratórios governamentais não há como ocorrer renovação na mesma velocidade, o que faz com que o ambiente universitário oxigene as demais pás da Hélice Tríplice.

³⁹ ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. **Estudos Avançados**. V. 31, n. 90, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.3190003>. ISSN 1806-9592. Acesso em: 26 out. 2022. pp. 23-48.

⁴⁰ MOTA, Camilla Veras. **Por que vacinas não são vitória apenas do setor privado, como disse Paulo Guedes**. 28 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56923577>. Acesso em: 26 out. 2022.

Exemplo disso é o Google. A escritora Deborah Piscione⁴¹ descreve que a empresa surgiu a partir de um projeto de pesquisa de Larry Page e Sergey Brin, quando ambos eram estudantes de doutorado na Universidade Stanford. Eles se conheceram em 1995, e suas ideias tinham como alicerce um motor de pesquisa denominado BackRub. Em 1998 nascia o Google.

Ao mesmo tempo, tanto alunos como professores ganham espaço para atuar fora do ambiente estritamente acadêmico, passando a desenvolver produtos para a iniciativa privada, potencializando a inovação, a inclusão ao mercado de trabalho e a própria injeção de recursos privados nas Universidades. Torna-se rentável, às empresas, a partir disso, estimularem a pesquisa.

Além das instituições de ensino, o florescimento do Vale também foi amplamente impulsionado pelo financiamento governamental direto e indireto, pelas parcerias estado-particular, além da existência de um arcabouço legislativo/regulatório favorável ao empreendedorismo.

Margareth O'Mara, professora de história de Stanford, ao ser indagada sobre qual foi o motivo do Vale do Silício ter se tornado o que é hoje, afirmou que o fundamental foi o “financiamento do governo, em razão da guerra fria e da corrida espacial⁴²”. Tom Kalil, ex-funcionário da Casa Branca, explica que o governo federal, à época, não somente incubou pesquisas diretamente, como também foi o principal cliente de diversas empresas de tecnologia sediadas no Vale do Silício em seus primeiros anos de vida⁴³.

Posteriormente, isso se mostrou uma decisão enormemente acertada dos agentes públicos. Os dispositivos de comunicação transistorizados foram essenciais para o desenvolvimento de mísseis e foguetes e, algum tempo depois, para os computadores pessoais e para a internet.⁴⁴

O investimento público em pesquisa foi fator fundamental para a hegemonia americana durante as décadas que se seguiram.

No âmbito normativo, o governo americano, em 1965, alterou a Lei de Imigração e facilitou a inserção no mercado de trabalho de empregados altamente qualificados, provenientes de diversos países. Na década posterior, as legislações diminuíram restrições aos investimentos e os impostos sobre ganhos de capital.⁴⁵

Algum tempo depois, a Lei de Comércio e Competitividade conferiu ao Departamento de Comércio a competência para coordenar as atividades de pesquisa e

⁴¹ PISCIONE, Deborah Perry. **Os segredos do Vale do Silício**: o que você pode aprender com a capital mundial da inovação. São Paulo: HSM, 2014. 286 p.

⁴² O'MARA, Margaret. **The Secret to Building the Next Silicon Valley**. Jan. 13 2022. Disponível em: <https://www.wired.com/story/silicon-valley-business-tech-geography-innovation/>. Acesso em 27 out. 2022.

⁴³ HACKFORD, Heidi. **The Valley and the “Swamp”**: Big Government in the History of Silicon Valley. Oc. 10 2019. Disponível em: <https://computerhistory.org/blog/the-valley-and-the-swamp-big-government-in-the-history-of-silicon-valley/>. Acesso em 27 out. 2022.

⁴⁴ O'MARA, Margaret. **The Secret to Building the Next Silicon Valley**. Jan. 13 2022. Disponível em: <https://www.wired.com/story/silicon-valley-business-tech-geography-innovation/>. Acesso em: 27 out. 2022.

⁴⁵ HACKFORD, Heidi. **The Valley and the “Swamp”**: Big Government in the History of Silicon Valley. Oc. 10 2019. Disponível em: <https://computerhistory.org/blog/the-valley-and-the-swamp-big-government-in-the-history-of-silicon-valley/>. Acesso em 27 out. 2022.

desenvolvimento. Algo inédito. O órgão com a incumbência precípua de tratar de comércio, passar a liderar as decisões políticas sobre P&D.⁴⁶

O apoio federal à pesquisa foi amplificado em razão de ter se percebido que a inovação é força motriz do crescimento econômico, além de ser capaz de aumentar a competitividade do país frente o mercado global.

Uma informação contraintuitiva é que a Califórnia não é um estado americano com impostos baixos. O custo para atuar comercialmente lá é 10% mais alto que a média dos demais estados. A taxa de crescimento atual, no entanto, é a terceira maior do país, comparada às demais unidades federativas. Ainda assim, até hoje o Vale do Silício abriga as maiores empresas de tecnologia do planeta.⁴⁷

Por outro lado, o ambiente regulatório e jurisdicional da Califórnia ampara o empreendedorismo. Acordos de não concorrência são vedados pela legislação local, ampliando a competitividade. Também, a mobilidade dos trabalhadores entre empresas é mais simples do que nos demais estados, já que inexistente a possibilidade de os empregados serem processados por terem deixado seu cargo para passarem a atuar em uma empresa concorrente.⁴⁸

Sobre a contribuição do arcabouço jurídico da Califórnia para o desenvolvimento do Vale, Baldwin afirma:

De fato, o ambiente jurídico da Califórnia contribuiu para que o Vale do Silício fosse um centro de inovação. O design modular do computador IBM System/360, desenvolvido em 1964, permitia que as pessoas viessem a deixar a IBM para desenvolver componentes que seriam plugados e compatíveis com o próprio modelo S/360. No entanto, os funcionários da IBM estavam inicialmente temerosos de saírem da empresa e sofrerem uma ação legal da IBM. Mas, na Califórnia, eles estavam protegidos, de maneira que podiam buscar novos negócios, mesmo que dependessem de sua experiência prévia adquirida na IBM e do conhecimento prático do S/360. Isso contribuiu para que a indústria de computadores se desenvolvesse no Vale do Silício.⁴⁹ (tradução livre)

Pela experiência californiana, resta indubitável que o santuário da inovação não surgiu unicamente de mentes brilhantes com ideias inéditas. Além desse fator, foi fundamental a atuação direta das instituições de ensino e, principalmente, de incentivo governamental, tanto no âmbito legislativo/regulamentar, como no papel de principal consumidor, além do investimento público massivo em pesquisa.

Em suma, o esforço conjunto das universidades, dos empreendedores e da administração pública permitiu o florescimento de um ecossistema de inovação de proporções

⁴⁶ HARAYAMA, Yuko. **Private Incentive and The Role Of Government In Technology Advancement: Silicon Valley, Stanford University And The Federal Government**. Geneva: University of Geneva, 1999.

⁴⁷ KUSHIDA, Kenji E. **A Strategic Overview of the Silicon Valley Ecosystem: Towards Effectively “Harnessing” the Ecosystem**, Stanford, 2015.

⁴⁸ KUSHIDA, Kenji E. **A Strategic Overview of the Silicon Valley Ecosystem: Towards Effectively “Harnessing” the Ecosystem**, Stanford, 2015.

⁴⁹ BALDWIN, C. Y.; CLARK, K. B. **Design rules**. Cambridge, Mass: 2020, MIT Press.

multibilionárias. Como decorrência disso, os rumos da guerra fria foram modificados e, portanto, a própria geopolítica mundial foi remodelada, principalmente em razão das pesquisas de qualidade, com aplicabilidade prática e da inovação criativa. Como se não bastasse, décadas depois, uma pandemia com potencial armagedônico foi freada a partir dos mesmos atores.

CONCLUSÃO

Pelo breve histórico pesquisado, torna-se inquestionável a relevância da atuação estatal e acadêmica para impulsionar um ambiente de inovação, maximizando as potencialidades da iniciativa privada, tornando ilhas isoladas de genialidade em rios caudalosos e com força motriz para alterar toda a realidade econômica e social de determinada localidade.

É inegável que a mimetização de determinado *modus operandi*, qual seja, o que permitiu o surgimento do Vale do Silício, em que pese a experiência original tenha sido exitosa, não garante o mesmo resultado em momentos e culturas diversas.

No entanto, alguns pontos fulcrais para o sucesso do Vale do Silício merecem ser reproduzidos, para que o ecossistema de inovação não reste estrangulado. Infelizmente, no Brasil, mesmo com a introdução do modelo de administração gerencial, as exigências normativas, mesmo as expedidas por Agências Reguladoras, muitas vezes barram a atividade empreendedora, criando até certa reserva de mercado, dada a extensa burocracia imposta para que o agente privado atue.

No mesmo sentido, as universidades brasileiras, especialmente as públicas, nas quais ocorre quase a totalidades das pesquisas⁵⁰, pouco incentivam desenvolvimento de pesquisas com aplicação prática na indústria e comércio e, especialmente, mantêm raras parcerias e parques intercâmbios com a iniciativa privada. A mentalidade acadêmica brasileira é hermética.

Ainda, a contribuição do governo brasileiro para o desenvolvimento de um ecossistema de inovação saudável é muito tímida. Além do arcabouço legislativo/regulatório, é essencial que o Estado atue diretamente como agente catalizador da inovação, tanto a partir do investimento maciço em pesquisa, até mesmo como consumidor de produtos de alta tecnologia.

O empreendedor brasileiro é tão capaz e criativo como o norte-americano. No entanto, para conseguir voar mais longe e se tornar competitivo no mercado global, precisa do trabalho conjunto e mais próximo das demais hélices, como ensina o caso do Vale do Silício.

⁵⁰ MOURA, Mariluce. **Universidades públicas realizam mais de 95% da ciência no Brasil**. Disponível em: <https://www.unifesp.br/noticias-antiores/item/3799-universidades-publicas-realizam-mais-de-95-da-ciencia-no-brasil>. Acesso em: 28 out. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALDWIN, C. Y.; CLARK, K. B. *Design rules*. Cambridge, Mass: 2020, MIT Press.

BARBOSA, D. B. *Direito da Inovação – Comentários à Lei de Inovação, Incentivos Fiscais da Inovação, Legislação Estadual e local, Poder de Compra do Estado (modificações à Lei de Licitações)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9 a 193.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Avaliação de Políticas Públicas – Guia Prático de Análise Ex Ante*. Brasília: IPEA, 2018.

BRASIL. [Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. [Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm). Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. [Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. [Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm#art2). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm#art2 Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. [Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm). Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm Acesso em: 26 ago. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para cidadania - a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo, 1998.

CATÃO, Karina. *Agências Reguladoras – a Teoria da Captura e Atuação do Tribunal de Contas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342714/agencias-reguladoras-a-teoria-da-captura-e-atuacao-do-tribunal-de>. Acesso em: 26 out. 2022.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução a Teoria da Administração: modelo burocrático de organização*. 7. ed. São Paulo. Editora Campus, 2004.

COOTER, Robert. **Innovation, Information and The Poverty of Nations**. Florida State University Law Review, v. 33, 2005, p. 373-394.

DRUCKER, Peter F. **Inovação e Espírito Empreendedor**. Prática e Princípios. São Paulo: Pioneira, 1986.

DUANE, J.; FISHER, S. **The Startup Equation: A visual guidebook to Building Your Startup**. New York: Mc Graw-Hill Education, 2016.

ECOSSISTEMA. In: MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa: nova ortografia conforme acordo ortográfico da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ETZKOWITZ, Henry. Networks of Innovation: Science, Technology and Development in the Triple Helix Era. **International Journal of Technology Management & Sustainable Development**, 2002.

ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. **Estudos Avançados**. V. 31, n. 90, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.3190003>. ISSN 1806-9592. Acesso em: 26 out. 2022.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileira**, 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito para startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIMARÃES, Arthur. **Entenda o que é o orçamento secreto e se Bolsonaro o vetou**. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/entenda-o-que-e-o-orcamento-secreto-e-se-bolsonaro-o-vetou-25102022>. Acesso em: 25 out. 2022.

HACKFORD, Heidi. **The Valley and the “Swamp”**: Big Government in the History of Silicon Valley. Oc. 10 2019. Disponível em: <https://computerhistory.org/blog/the-valley-and-the-swamp-big-government-in-the-history-of-silicon-valley/>. Acesso em 27 out. 2022.

HARAYAMA, Yuko. **Private Incentive and the Role of Government in Technology Advancement: Silicon Valley, Stanford University And The Federal Government**. Geneva: University of Geneva, 1999.

KARAM, Andrea Maria Sobreira; SILVA, Clarissa Sampaio. Administração Pública Gerencial e o Princípio Democrático: Implicações E Desafios. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.91, n.1, p. 137-156 ago. 2020.

KUSHIDA, Kenji E. **A Strategic Overview of the Silicon Valley Ecosystem: Towards Effectively “Harnessing” the Ecosystem**, Stanford, 2015.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a Revolução Gerencial - A persistência da dicotomia entre política e administração. *Revista do Serviço Público - RSP*, Brasília, ano 48, n. 1, p. 42- 76,1997.

MAZZUCATO, M. *O Estado Empreendedor: Desmascarando o Mito do Setor Público vs. Setor Privado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MEIRA, S. L. *Novos negócios inovadores de crescimento empreendedor no Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1924.

MOTA, Camilla Veras. **Por que vacinas não são vitória apenas do setor privado, como disse Paulo Guedes**. 28 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56923577>. Acesso em: 26 out. 2022.

MOURA, Mariluce. **Universidades públicas realizam mais de 95% da ciência no Brasil**. Disponível em: <https://www.unifesp.br/noticias-antiores/item/3799-universidades-publicas-realizam-mais-de-95-da-ciencia-no-brasil>. Acesso em: 28 out. 2022.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

O'MARA, Margaret. **The Secret to Building the Next Silicon Valley**. Jan. 13 2022. Disponível em: <https://www.wired.com/story/silicon-valley-business-tech-geography-innovation/>. Acesso em 27 out. 2022.

PISCIONE, Deborah Perry. **Os segredos do Vale do Silício: o que você pode aprender com a capital mundial da inovação**. São Paulo: HSM, 2014. 286 p.

SCHWACZ, L. M. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LEI GERAL DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL DE LONDRINA
-PR (LEI 13339/2022) SOB O ENFOQUE JURÍDICO-LINGUÍSTICO E DA CRÍTICA
GENÉTICA: DOCUMENTOS DE PROCESSO¹

*GENERAL LAW OF THE MUNICIPAL MASTER PLAN OF LONDRINA-PR (LAW
13339/2022) UNDER THE LEGAL-LINGUISTIC FOCUS AND GENETIC CRITICISM:
PROCESS DOCUMENTS*

Nelia Edna Miranda Batisti²

Edina Regina Pugas Panichi³

RESUMO: Os enunciados próprios da área do Direito vão dar origem a vários gêneros do discurso, dentre eles o gênero normativo. No plano da Linguística Textual, o gênero normativo reflete as condições específicas e a finalidade de seu campo temático, que é a elaboração da norma jurídica, utilizando para tanto recursos lexicais, fraseológicos, gramaticais e estrutura composicional própria que permitem a sua imediata identificação. A especificidade do processo de elaboração da norma jurídica (gênese), por sua vez, e a importância dos documentos que compõem esse processo, possibilitam uma análise sob o enfoque da Crítica Genética, objeto desse estudo, permitindo ao pesquisador adentrar no percurso de criação da norma jurídica para, assim como o crítico genético, identificar e interpretar esse movimento de criação que antecede a publicação da norma. No plano jurídico, o trabalho do crítico genético pode ser comparado ao trabalho do hermenauta jurídico que busca no processo de elaboração da norma, no contexto histórico e cultural e nos recursos linguísticos, os efeitos de sentido e a finalidade de sua elaboração. A metodologia utilizada nesta oportunidade é análise descritiva de documentos de processo que compõem a fase preliminar do processo de elaboração das normas do Plano Diretor Municipal de Londrina-PR e a pesquisa bibliográfica sobre os temas em questão.

Palavras-chave: Norma jurídica. Gênese. Documentos de processo.

ABSTRACT: The statements specific to the Legal field generate several discourse genres, including the normative genre. In terms of textual linguistics, the normative genre reflects the specific conditions and purpose of its thematic area, elaborating the legal norm, using lexical, phraseological, grammatical resources, and its own compositional structure, which allows its immediate

¹ Recebido em 19/09/2023. Aprovado em: 12/10/2023.

² Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - PR (UEL). Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem da Universidade Estadual de Londrina-PR (UEL). Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina-PR (UEL).

³ Doutora em Letras pela Universidade Estadual Paulista (UNESP-ASSIS). Pós-Doutora em Teoria/ Crítica Literária pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Trabalha com Crítica Genética e Estilística no Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem (PPGEL), da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

identification. The specificity of the legal norm elaboration process (genesis) and the importance of the documents that compose this process enables, in turn, an analysis under the Genetic Criticism approach. The Genetic Criticism approach, the object of this study, permits the researcher to enter the path of creating the legal norm and, as a genetic critic, allows the identification and interpretation of this creation process that precedes the publication of the norm. In the legal sphere, the work of the genetic critic can be compared to the work of the legal hermeneutic, who seeks the process of elaborating the norm, the historical and cultural context, the linguistic resources, the effects of meaning, and the purposes of its elaboration. The methodology applied is a descriptive analysis of the procedural documents involved in the elaboration of the norms that compose the Master Plan of the Municipality (Londrina -PR) and the bibliographic research related to the theme.

Keywords: Legal norm. Genesis. Process documents.

1 INTRODUÇÃO

A Crítica Genética como área de conhecimento e de pesquisa, com foco no movimento criador, estendeu as fronteiras de seus estudos para abarcar novas áreas. Partindo de suas premissas básicas, as diferentes perspectivas teóricas despertam novos olhares apontando para os mais diversos objetos de observação. Este estudo aponta para a análise do processo de elaboração da norma jurídica cuja estrutura composicional própria, com seus recursos lexicais e fraseológicos, compõem o denominado gênero normativo.

A Crítica Genética foca o processo de elaboração da norma jurídica em sua gênese, sem desconsiderar, contudo, a norma aprovada, publicada e vigente, sem o qual seu objeto de estudo não existiria. Nesse sentido, o trabalho do crítico genético pode ser equiparado ao do hermenauta jurídico. Ambos buscam identificar e interpretar o percurso de criação da norma jurídica para alcançar o seu sentido, a sua finalidade. Diferenciam-se, porém, nessa atividade quanto ao ponto de partida de suas investigações. O crítico genético foca seu objeto de investigação no próprio movimento criador, no percurso da criação, nos registros documentados, nominados de documentos de processo pela Crítica Genética. Em contato com os documentos de processo é possível apreender, de antemão, as condições de produção e os efeitos de sentido decorrentes das proposições normativas que compõem a minuta da lei que será submetida à aprovação pelo Poder Legislativo, bem como as ideologias que interpelavam os sujeitos responsáveis pelas demandas normativas quando de seu processo de elaboração.

O hermenauta jurídico, por sua vez, busca interpretar e alcançar o sentido da norma posta, ou seja, a norma já aprovada, publicada, vigente, com aptidão para produzir os efeitos para os quais foi elaborada e passível de aplicação ao caso concreto, podendo recorrer ao movimento criador, para fins de fundamentar a aplicação da norma ao caso sub-judice. Nesse contexto, o

hermeneuta jurídico poderá recorrer, por exemplo, ao método teleológico, buscando inferir a finalidade da norma no momento de sua proposição e aprovação, ou seja, quais demandas sociais impulsionaram o surgimento dessa norma dentro do contexto social e político.

Para fins deste estudo, não é objeto de investigação da Crítica Genética a subsunção do caso concreto à norma, ou seja, a adequação de uma conduta ou fato à norma, as condições de vigência e aplicabilidade da norma, como ocorre na hermenêutica jurídica, mas os gestos de trabalho que vão dar origem ao texto do enunciado normativo. As duas áreas de pesquisa apresentam em comum a mediação de sentido de um texto ou discurso. Mediação de sentido é igual à interpretação, logo, hermenêutica jurídica pode ser conceituada como uma teoria geral da interpretação jurídica (Matos, 2016). O trabalho do crítico genético também é um trabalho de interpretação, de mediação dos sentidos. Segundo Biasi (2010, p.III) “o dossiê genético torna-se objeto de pesquisa da crítica interpretativa, que o fará passar do estatuto de corpus analisado ao estatuto de prototexto”, devendo, neste caso, os processos de escritura e a emergência das significações serem estudados conforme uma determinada abordagem crítica: poética, psicanalítica, linguística, sociocrítica e intertextual, ou jurídica, acrescentamos nós, para fins deste estudo. Por prototexto, entende Biasi (2010, p.III) ser “o produto dessa leitura necessariamente especializada que implica a adaptação de um método de análise textual às realidades movediças da gênese”.

No campo das artes, em especial na literatura onde surgiram as primeiras investigações sobre o movimento criador, segundo Salles (2004, p. 13),

o olhar que focaliza a ação do artista reintegra a obra ao seu movimento natural. O interesse dos estudos genéticos é o movimento criativo: o ir e vir da mão do criador. Ultrapassando os limites da obra entregue ao público, a arte é observada sob o prisma do gesto do trabalho. Na verdade, o crítico passa a conviver com o ambiente do fazer artístico, cuja natureza o artista sempre conheceu.

Salles é uma das defensoras da possibilidade de a Crítica Genética romper as barreiras dos manuscritos literários para ampliar sua área de pesquisa, manifestando a preocupação com o processo de criação em outras áreas, inclusive em produções científicas. Para a autora (2004, p.14) “já está na própria essência da crítica genética estudar manuscritos de toda e qualquer manifestação artística, assim como de produções científicas”. Dessa forma, o crítico genético passa a lidar com diversos índices de materialidade que vem a compor os chamados documentos de processo a serem investigados que recebem as mais diversas denominações, tais como rascunhos, roteiros, esboços, plantas, maquetes, ensaios, cadernos de artistas, minutas, antetextos, prototextos etc., de acordo com a área de investigação adotada pelo pesquisador.

Nessa perspectiva, é possível analisar o processo de elaboração da norma jurídica, sob o prisma da Crítica Genética, dado que os métodos de interpretação textual empregados na área jurídica não concorrem com os métodos empregados pela Crítica Genética, ao contrário, os interpelam

em uma relação crítica interdisciplinar referente às suas especialidades. Os enunciados das normas jurídicas possuem uma linguagem própria, decorrentes da ciência do Direito, onde, segundo Reale (2006, p .8) "se expressam os dados e os valores comunicáveis". Em seus aspectos jurídicos e linguísticos, como enunciados com características próprias que os diferem dos demais enunciados, as normas jurídicas apresentam um complexo processo de elaboração, compondo o chamado gênero normativo, cujas características básicas serão destacadas a seguir.

2 GÊNERO NORMATIVO

Por gênero normativo entende-se os enunciados característicos da área jurídica que veiculam normas que compõem os textos legais. O estudo da natureza do enunciado é de extrema importância para a linguística, porque todo trabalho de investigação de um material linguístico concreto opera com “enunciados concretos (escritos e orais) relacionados a diferentes campos da atividade humana e da comunicação - anais, tratados, textos de lei [...]” (BAKHTIN, 2016, p. 16). As normas jurídicas que compõem o gênero normativo são responsáveis por instaurar a ordem jurídica em uma determinada sociedade.

Vários são os gêneros que compõem a área do Direito, todos com características próprias que os individualizam, (denúncias, sentenças, decisões interlocutórias, despachos etc.) porém, o prototípico é o gênero normativo, cujos textos veiculam os comandos aos quais os demais gêneros devem se reportar, sob pena de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Neste sentido, corroborando a afirmação da primazia do discurso normativo sobre os demais discursos na área jurídica, diz Bittar (2022, p. 75) “o universo de discurso jurídico é sobretudo determinado pelo discurso normativo; este determina substancialmente a significação dentro das práticas jurídicas, de modo que os demais discursos jurídicos (burocrático, decisório, científico) se governam a partir dele”.

A identificação da natureza do gênero é de fundamental importância para os estudos linguísticos, isto porque, segundo Bakhtin (2016, p.16),

o desconhecimento da natureza do enunciado e a relação indiferente com as peculiaridades das diversidades de gênero do discurso em qualquer campo da investigação linguística redundam em formalismo e em abstração exagerada, deformam a historicidade da investigação, debilitam as relações da língua com a vida.

Os enunciados que compõem o gênero normativo veiculam normas de conduta a serem observadas por seus destinatários, exercendo os mais variados tipos de controle social. Para Marcuschi (2008, p.162),

desde que nos constituímos como seres sociais, nos achamos envolvidos numa máquina sociodiscursiva e um dos instrumentos mais importantes dessa máquina

são os gêneros textuais, sendo que de seu domínio e manipulação depende boa parte da forma de nossa inserção social e de nosso poder social.

Sobre a relevância do gênero normativo, destacamos a afirmação de Bobbio para quem “a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas” (2016, p. 25). Esclarecendo o enunciado, Bobbio compara o nosso proceder na vida com o caminho de um pedestre em uma grande cidade nos seguintes termos (2016, p. 26):

aqui a direção é proibida, lá a direção é obrigatória; e mesmo ali onde é livre, o lado da rua sobre o qual ele deve se manter é, em geral, rigorosamente sinalizado. Toda nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que algumas ordenam e outras proíbem um certo comportamento.

Muitas dessas normas que compõem o gênero normativo são normas jurídicas, que ao lado das normas morais, religiosas, sociais e costumeiras regras de boa educação conduzem as ações do homem em sociedade. Todas são proposições que têm por finalidade direcionar o comportamento social. A noção de gênero ganha relevância nos estudos da linguagem jurídica exatamente por refletir as relações indissolúveis entre língua, discurso e estruturas sociais, “possibilitando diálogo entre teóricos e pesquisadores de diferentes campos, trazendo elementos conceituais viabilizadores de uma ampla revisão de todo o aparato teórico da linguística” (MEURER; BONINI; MOTTA-ROTH, 2005, p.8). Assim, é possível comparar, por exemplo, a estrutura estabelecida pela Lei Complementar 95/1998 que determina a estrutura formal dos textos normativos, à noção de - Estrutura Potencial do Gênero (EPG) - desenvolvida pela pesquisadora Ruqayia Hasan, apresentada por Motta-Roth e M. Heberle (2005).

Extraí-se da leitura dos autores que na relação funcional entre linguagem e contexto da situação, cada gênero corresponde a padrões textuais recorrentes (o uso que se faz da linguagem para atingir certos objetivos comunicativos) e contextuais (a situação de experiência humana com a qual determinado registro de linguagem é comumente associado), destacando três variáveis necessárias na configuração contextual: o campo (a natureza da prática social), a relação (a natureza da conexão entre os participantes) e o modo (a natureza do meio de transmissão da mensagem). Essas variáveis permitem fazer previsões sobre qualquer texto apropriado a um dado contexto, ou seja, qualquer texto que possa ser considerado um exemplo em potencial de um gênero específico.

Assim, em relação ao gênero normativo, enquanto a configuração contextual determina uma classe de situações, no caso específico do Direito, por exemplo, regular a conduta em sociedade, o gênero se configura na linguagem utilizada que desempenha o papel apropriado àquela classe de acontecimentos sociais, neste caso, representada pelos enunciados das normas jurídicas, e o modo se expressa pelo texto verbal escrito, dado que o nosso ordenamento jurídico, de origem romanística, é fruto de um processo de elaboração formal das leis e suas normas resultam em

documentos escritos, modelo conhecido como Civil Law, em contraste com o modelo da Common Law, que é mais baseado na jurisprudência e na tradição do que na legislação positivada (Reale, 2002).

Compreender a estrutura da norma jurídica é desvendar sua gênese, é adentrar em seu processo de criação revelando seu movimento criador por meio da análise de um corpus

denominado pela Crítica Genética de documentos de processo, que pode ser analisado tanto em sua estrutura, leia-se forma de apresentação, quanto por sua natureza ou conteúdo sob a ótica da Linguística e do Direito.

3 DOCUMENTOS DE PROCESSO

Por documentos de processo, no contexto desta reflexão, entende-se os registros materiais do processo criador, ou mais precisamente nas palavras de Salles (2000, p. 36) “retratos temporais de uma gênese que agem como índices do percurso criativo”. Os documentos de processo que aqui são analisados referem-se às providências preliminares que foram observadas pelo Poder Executivo Municipal para o início do processo de elaboração das normas que compõem o Plano Diretor Municipal de Londrina, Paraná, Lei nº 13339, de 07 de janeiro de 2022, com as especificidades próprias da área jurídica.

No plano jurídico, o processo legislativo se apresenta como um conjunto de atos preordenados que visam à elaboração de normas jurídicas, previsto na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios, de acordo com as competências legislativas estabelecidas para cada ente da federação brasileira. Em determinados casos, a lei estabelece providências preliminares ao processo legislativo propriamente dito, que deverão ser cumpridas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo com a finalidade de atender ao interesse público e ao interesse da população diretamente afetada pelos comandos normativos em elaboração, como ocorre no caso de aprovação das normas que irão compor a Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina-PR e das demais leis que irão integrá-lo.

A iniciativa para propor o projeto de lei do Plano Diretor Municipal é do Poder Executivo. O tema política urbana é tão relevante para o desenvolvimento da cidade e o bem-estar de seus habitantes que, em Londrina, foi criada uma pessoa jurídica de direito público de natureza autárquica, pela Lei nº 5495/1993, O Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), para executar as políticas públicas e as diretrizes gerais de política urbana, em cumprimento às normas do PDML

Analisar os bastidores da criação da Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina, nesta oportunidade, representa, no âmbito da Crítica Genética, tomando de empréstimo as palavras de Panichi (2016, p. 20), ao mesmo tempo, “um convite e um desafio ao pesquisador de documentos e rascunhos textuais”, pois na relação entre esses registros e a obra entregue ao público, encontramos um pensamento em construção.

O processo de elaboração das normas do PDML se apresenta como um rico objeto de análise para a crítica genética, isto porque “o interesse dos estudos genéticos é o movimento criativo: o ir e vir da mão do criador” (Salles, 2004, p. 13). O crítico passa, assim, a conviver com o ambiente da criação. Os atos de criação da norma jurídica são materializados pela linguagem, cujos discursos não são únicos, mas representam a soma de vários outros discursos que não se esgotam com a publicação da lei. Os efeitos de sentido dos discursos das normas jurídicas alteram e são alterados pela dinâmica social.

Considerando a vasta quantidade de documentos que compõem a fase que antecede a elaboração do projeto de lei do PDML, foram selecionados tão somente alguns documentos de processo que visam demonstrar o cumprimento de disposições legais sobre o tema, expressos por três princípios que regem a Administração Pública e que se apresentam como corolários do Estado Democrático de Direito: o princípio da publicidade, o princípio do acesso à informação e o princípio da participação popular.

Esses documentos passíveis de análise que compõem um corpus de pesquisa recebem o nome de prototexto (Biasi, 2010), e aqui, com as especificidades da área jurídica, tem a finalidade de demonstrar, de forma genérica, o percurso e os gestos de trabalho exigidos por lei para se chegar aos enunciados que irão compor a Minuta do Projeto de Lei do Plano Diretor a ser aprovada pelo Poder Legislativo Municipal.

Ao estabelecer as diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, a Lei 10257/2001 (Brasil, 2001), denominada Estatuto da Cidade, em seu artigo 40, estabelece que o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e, em seu § 4º, determina as providências preliminares que deverão ser observadas no processo de sua elaboração e implementação pelos Poderes Legislativo e Executivo municipais, nos seguintes termos:

art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade
II a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos

III o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.
(Brasil, 2001)

Dos enunciados dos dispositivos legais citados, são extraídas duas informações fundamentais que serão confirmadas no desenvolvimento desta pesquisa por meio dos documentos de processos selecionados para tal finalidade:

a) a natureza jurídica do plano diretor, expressa como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 40, caput)

b) a obrigação dos Poderes Legislativo e Executivo de garantirem a participação popular, a publicidade e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, I, II, III).

A importância do plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano é extraída da própria Constituição Federal. Nesse sentido, estabelecem o artigo 182 e seu § 1º:

art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (BRASIL, CF, 1988)

O artigo 39 da Lei 10.257/2001 (Brasil, 2001), em cumprimento às disposições constitucionais, acima destacadas, estabelece que cumpre ao plano diretor traçar as diretrizes de ordenação da cidade e da função social da propriedade. A função social da propriedade urbana é cumprida, segundo o referido artigo, quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Em seu aspecto formal pode-se afirmar, de maneira geral, que a Lei 13339/2022, Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina, em vigência, cujas etapas preliminares estão sendo analisadas, atende às exigências legais estabelecendo as diretrizes para a política de desenvolvimento urbano do Município de Londrina-PR.

Para demonstrar o cumprimento aos princípios do livre acesso aos documentos produzidos no processo de elaboração da Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina, por parte de qualquer cidadão interessado, bem como dos princípios da publicidade dos atos realizados e da participação popular, alguns documentos foram selecionados e serão apresentados a seguir:

FIGURA 1: página do site do IPPUL – permite acesso ao público em geral aos documentos que compõem o processo de elaboração das normas do PDML.

Fonte: – <https://ippul.londrina.pr.gov.br>, Acesso em 30/08/2023



Plano Diretor Municipal - Documentos e Legislações

Publicado: Quarta, 01 de Março de 2023, 00h00

Twitter Curtir

IPPU

ACESSO RÁPIDO

- O Instituto (Legislação e Competência)
- Plano Diretor
- Legislação Urbanística Vigente
- Zoneamento Fácil
- Abertura de Processos
- Instrumentos

PLANO DIRETOR 2022

- Documentos Preparatórios e Consolidados
- Grupo de Acompanhamento
- Legislação Aprovada

PLANO DIRETOR 2008

- Documentos (Processo de revisão)
- Proposições - Resultado da Semana Técnica
- Legislação Aprovada

PLANO DIRETOR 1998

- Documentos para Discussão e Caderno de Mapas
- Legislação Aprovada

DOCUMENTOS HISTÓRICOS

- Leis Históricas
- Mapas Históricos

Os documentos de processo selecionados para fundamentar esta pesquisa, bem como as imagens aqui reproduzidas, podem ser acessados e visualizados, virtualmente, por qualquer interessado, por meio do endereço eletrônico do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina - [https:// ippul.londrina.pr.gov.br](https://ippul.londrina.pr.gov.br) - responsável pelo encaminhamento do processo de revisão e implementação do Plano Diretor do Município de Londrina-PR, em sua página inicial.

A página apresenta as etapas do processo de elaboração das normas do Plano Diretor do Município, de sua gênese à publicação da lei e de seus anexos. Cada etapa, por si só, apresenta documentos aptos a fundamentar as mais variadas análises em seus aspectos linguísticos e jurídicos.

A primeira informação que pode ser extraída da página do site apresentada (figura 1), é sobre a alteração da nomenclatura utilizada. A Lei 13.339/22 (Londrina, 2022) alterou a nomenclatura de Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina (PDPML, utilizada pela Lei 10.637/2008 (Londrina, 2008)), para Plano Diretor Municipal de Londrina (PDML), conforme dispõe o art. 1º, nos seguintes termos:

Art. 1º. A presente Lei aprova a revisão da Lei nº 10.637, de 24 de dezembro de 2008, que instituiu o Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina - PDPML, o qual passa a ser denominado Plano Diretor Municipal de Londrina - PDML.
Parágrafo único. Esta Lei está fundamentada nas disposições da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Federal nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade, da Lei Orgânica do Município de Londrina e demais legislações correlatas (Londrina, 2022)

A segunda informação que pode ser extraída da página do site é sobre a vigência da Lei 13.339/22 (PDML). De acordo com o § 3º do artigo 40 da Lei 10257/2001 (Estatuto da Cidade) “a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (BRASIL, 2001). A revisão da Lei Geral do Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina, Lei 10.637/2008 deveria, nos termos do § 3º do art. 40 do Estatuto da Cidade ter ocorrido até 2018, considerando a vigência da lei anterior, contudo, só veio a se efetivar em 07 de janeiro de 2022, com a aprovação pelo Poder Legislativo da Lei 13.339.

A página apresenta as várias etapas que foram percorridas até a aprovação da lei pelo Poder Legislativo. Para fins deste estudo, destacamos somente as preliminares à elaboração da minuta da lei para demonstrar o efetivo cumprimento dos princípios da publicidade, da participação popular e do acesso à informação aos documentos produzidos no processo de elaboração da Lei Geral do PDML-PR.

A participação popular, a publicidade dos atos do processo de revisão da Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina e a possibilidade de acesso aos documentos produzidos durante e após o processo de elaboração da Lei pelos cidadãos, materializam princípios fundamentais

da Administração Pública e os ideais do Estado Democrático de Direito inscritos na ordem jurídica estabelecida pelo Estado brasileiro.

Acessando o link documentos preparatórios e consolidados, referentes ao Plano Diretor Municipal de Londrina em vigência, na página destacada (figural), temos acesso às várias etapas do percurso da criação de suas normas. O contato com a materialidade desses atos vem ao encontro da proposta de trabalho da Crítica Genética que vê a obra a partir de sua construção. “O crítico genético preocupa-se com a melhor compreensão do processo de criação” (Salles, 2004, p. 12). O que impulsiona o crítico genético é o movimento criador. Segundo Salles (2004, p. 13),

a ênfase dada ao processo não ocorre em detrimento da obra. Na verdade, só nos interessamos em estudar o processo de criação porque essa obra existe. Se o objeto de interesse é o movimento criador, este, necessariamente, inclui o produto entregue ao público.

A obra entregue ao público em 07 de janeiro de 2022 – Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina - cujo movimento criador é objeto deste estudo, está disponível ao acesso público na página do IPPUL, conforme se constata na figura 1.

FIGURA 2- Documentos consolidados e documentos preparatórios

Fonte: – <https://ippul.londrina.pr.gov.br>, Acesso em 30/08/2023

Plano Diretor 2022 - Documentos dos Processos de Revisão

Publicado: Segunda, 15 de Março de 2022, 08:25

Twitter 53 | Facebook 53

PLANO DIRETOR | LEI GERAL

DOCUMENTOS CONSOLIDADOS

Relatórios e Cadernos Técnicos

DOCUMENTOS PREPARATÓRIOS

Etapa I - Proposta Metodológica

Etapa II - Análise Temática Integrada

Etapa III - Diretrizes e Proposições

Etapa IV - Minuta de Lei

PLANO DIRETOR | LEIS ESPECÍFICAS

DOCUMENTOS CONSOLIDADOS

Relatórios, Cadernos Técnicos e Minutas dos Projetos de Lei

DOCUMENTOS PREPARATÓRIOS

Proposta Metodológica / Composição das Equipes de Trabalho (ETM, EA e ETQ)

Desenvolvimento das Oficinas de Qualificação e Audiências Públicas

registro em: Geral

ACESSO RÁPIDO

- O Instituto (Legislação e Competência)
- Plano Diretor
- Legislação Urbanística Vigente
- Zoneamento Fácil
- Abertura de Processos
- Instrumentos Urbanísticos (EIV e Outorga)
- Audiências
- Conferências
- Conselho Municipal de

A página do site expressa na figura 2, acima, traz uma imagem representativa do que a Crítica Genética denomina como documentos de processo. Divididos em documentos consolidados e preparatórios, estes classificados em etapas, os documentos de processo bem demonstram o ir e vir, o dinamismo que impulsionou o processo de criação das normas do PDML. A Crítica Genética é uma investigação que vê a obra a partir de sua construção. Dessa forma, analisar os documentos que compõem as várias etapas do processo de elaboração das normas do PDML para verificar se foram cumpridas as exigências estabelecidas em lei, é entrar na complexidade desse processo e reativar a vida nele guardada, com ensina Salles (2004).

A publicidade é princípio básico da Administração Pública. Segundo Nohara (2015, p. 14) a publicidade “garante credibilidade das ações públicas por meio da transparência. É pela publicidade que os cidadãos têm conhecimento das ações dos administradores no trato da coisa pública”. Do princípio da publicidade decorre outro princípio caro ao cidadão, que é o direito dos administrados terem acesso a informações de interesse particular ou coletivo, previsto no art. 5º XXXIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 12.257/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Consultando os arquivos constantes nas páginas destacadas (figuras 01 e 02), não resta dúvida em relação ao cumprimento das disposições legais referentes à publicidade e ao acesso à informação no processo de elaboração das normas do PDML.

A publicidade dos atos do processo de revisão da Lei Geral do Plano Diretor Municipal de Londrina, a possibilidade de acesso aos documentos produzidos e a participação popular, durante e após o processo de elaboração da Lei pelos cidadãos, materializam não só os princípios como também os ideais do Estado Democrático de Direito inscritos na ordem jurídica estabelecida pelo Estado brasileiro.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009), por princípios fundamentais entende-se os que se encontram expressos, explícita ou implicitamente, no Preâmbulo e no Título I da Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 1º a 4º). Moreira Neto (2009, p.83) destaca seis deles para o Direito Administrativo: “o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e o da participação”. (Grifos do autor).

As reflexões de Moreira Neto sobre o princípio da participação popular traduzem de forma clara a intenção do legislador constituinte e ordinário em determinar que o referido princípio seja observado no processo de elaboração das normas do Plano Diretor Municipal. Sobre a importância do princípio da participação popular, ensina Moreira Neto (2009, p. 86):

o princípio da participação está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de democracias representativas em

modelos politicamente mais complexos, de *democracias participativas*, possibilitando aos cidadãos, na tersa lição de Rivero, não apenas escolher *quem* os governará, mas *como* querem ser governados. (Grifos do autor)

Conclui-se, assim, que ninguém melhor para determinar as necessidades de um município do que sua própria população. Como instrumento de política urbana, o Plano Diretor Municipal deve contemplar as necessidades da população do município tais como qualidade de vida, justiça social, desenvolvimento econômico etc. Neste sentido prevê o Estatuto da Cidade (art. 40, § 4º, I) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

O cumprimento dessas providências, estabelecidas pela legislação, integra as fases preliminares do processo de criação das normas do PDML e podem ser verificadas nos documentos de processo constantes nos arquivos do IPPUL que podem ser acessados por qualquer interessado.

Sem pretensão de aprofundar na análise dos documentos, por não ser o objeto deste estudo e o espaço não comportar tal dimensão de pesquisa, adentramos nos bastidores do processo preparatório de criação das normas do PDML para apresentar uma síntese das etapas percorridas.

3.1 Etapa I – Proposta Metodológica

A etapa I, nominada de Proposta Metodológica, teve por objetivo definir o planejamento das etapas seguintes, bem como a metodologia a ser utilizada nas atividades técnicas e nos eventos participativos desenvolvidos até a conclusão dos trabalhos de elaboração da minuta de lei enviada ao Poder Legislativo para discussão e aprovação. Apresentou uma série de informações aos cidadãos, com destaque para a importância da participação popular em todo o desenvolvimento do processo de elaboração da Lei Geral do Plano Diretor, especialmente a participação nas audiências públicas, previstas para a primeira etapa dos trabalhos de revisão, consideradas necessárias para a definição da metodologia.

A proposta metodológica apresentou um roteiro sequencial das atividades a serem executadas durante a revisão do Plano, expresso na forma de um cronograma de atividades, visando possibilitar o adequado andamento do trabalho. Esta e outras relevantes informações podem ser extraídas do Relatório Final da Etapa I, Proposta Metodológica, Volume Único, emitido em 15/12/2017, revisado em 24/09/2018. A Etapa I inaugurou o processo de revisão da norma geral do Plano Diretor e formalizou a participação popular, elegendo representantes dos diversos segmentos da sociedade.

FIGURA 3: Convite para participação na primeira audiência pública de revisão do Plano Diretor

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>. Acesso em 09/09/2023.



1ª AUDIÊNCIA DA REVISÃO DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL DE LONDRINA - PDML

CONVITE

O Prefeito de Londrina, Marcelo Belinati e o Presidente do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), Nado Ribeiro, convidam para participar da 1ª Audiência Pública referente à Etapa 1 da Revisão do Plano Diretor Municipal.

Tema: Apresentação da Proposta Metodológica
Dia: 09 de novembro de 2017, às 19 horas
Local: CMEI Valéria Veronesi (Super-creche)
R. Benjamin Constant, 800 - Centro

A participação de todos é muito importante!

REVISÃO DO
PLANO DIRETOR
LONDRINA 2018/2028

PREFEITURA DE LONDRINA
IPPUL

Unidos, Construiremos o Futuro

Conforme se depreende da imagem acima, a primeira audiência pública da etapa I teve a finalidade de apresentar a proposta metodológica de revisão do Plano Diretor então vigente, Lei 10.637 de 2008, e mobilizar a população para o enfrentamento dos problemas que afetam o município de Londrina. Essa proposta metodológica foi sendo aperfeiçoada e publicizada no decorrer do percurso para atender às demandas surgidas no desenvolvimento do processo, podendo ser acessada em suas diversas versões no site do IPPUL. Foi dada ampla divulgação de sua realização por meio dos mais variados meios de comunicação (jornais, sites da prefeitura e do IPPUL, redes sociais, banners, panfletos, cartazes etc.).

Extrai-se do Relatório Final da Etapa I – Proposta Metodológica, (Emissão 2017- Revisão 2018, p. 12) as seguintes informações:

o processo de revisão do Plano Diretor foi desenvolvido com a colaboração de servidores da Administração Municipal, do Legislativo Municipal, das Universidades, dos Órgãos Públicos das Administrações Federal e Estadual, das Entidades Profissionais e Órgãos de Classe, dos Conselhos Municipais, da Sociedade Civil e das Organizações não Governamentais de modo a maximizar o acesso às informações e dados necessários, envolver a inteligência e expertise dos cooperadores na construção do Plano e a assegurar o caráter participativo do processo

Três equipes foram assim constituídas para o desenvolvimento dos trabalhos de revisão do PDML: I- Equipe Técnica Municipal; II - Grupo de Cooperação Técnica; III – Grupo de acompanhamento.

FIGURA 4: Convite para participação na 2ª audiência pública de revisão do Plano Diretor

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>. Acesso em 09/09/2023.

2ª AUDIÊNCIA DA REVISÃO DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL DE LONDRINA - PDML

CONVITE

O Prefeito de Londrina, Marcelo Belinati e o Presidente do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), Nado Ribeiro, convidam para participar da 2ª Audiência Pública referente à Etapa 1 da Revisão do Plano Diretor Municipal.

Tema: FORMAÇÃO DO GRUPO DE ACOMPANHAMENTO
Dia: 06 de Dezembro de 2017, às 19 h
Local: CMEI Valéria Veronesi (Super-creche)
Rua Benjamin Constant nº 800, Centro

PREFEITURA DE LONDRINA
IPPUL
Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina

PLANO DIRETOR
Londrina, 1991-2017
Unidos. Construiremos o Futuro

Acompanhe de perto a revisão do PDML!

A segunda audiência pública realizada na etapa I, conforme chamada expressa, teve como finalidade formar um grupo de acompanhamento dos trabalhos da revisão do Plano Diretor do Município a ser composto por representantes dos diversos segmentos da sociedade civil, conforme pode ser observado no quadro abaixo, com a função de contribuir com a leitura comunitária e o trabalho de mobilização, divulgação, acompanhamento e avaliação das atividades realizadas durante a revisão do Plano Diretor (cf. Relatório Final da Etapa 1 – Proposta Metodológica – Volume Único, Emissão 2017 Revisão 2018, p.14).

FIGURA 5: Composição do grupo de acompanhamento e avaliação das atividades realizadas

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>. Acesso em 09/09/2023.

Representação	% estabelecida no Conselho Nacional das Cidades	Numero de membros conforme porcentagem	Numeros arredondados
I - Conselhos Municipais de Londrina ²	42,3	27	27
II - Movimentos Populares com atuação no desenvolvimento municipal	26,7	17,040	17
III - Entidades sindicais de trabalhadores com atuação no desenvolvimento municipal	9,9	6,318	6
IV - Entidades sindicais de empresários com atuação no desenvolvimento municipal	9,9	6,318	6
V - Entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa com atuação no desenvolvimento municipal	7	4,467	4
VI - ONGs com atuação no desenvolvimento municipal	4,2	2,680	3
VII – representante da Câmara dos Vereadores	0	0	1
Total	100	63,824	64

3.2 Etapa II – Avaliação Temática Integrada

A etapa II, nominada de Avaliação Temática Integrada, conhecida como etapa de diagnóstico, nos termos do Relatório Parcial nº 02, p. 04, Volume único, Emissão em 12/04/2018, Revisão em 04/09/2019, compreendeu a caracterização do Município de Londrina sob a perspectiva da população, primeiramente, e depois sob o ponto de vista técnico com a análise de dados sobre as atividades humanas e produtivas; o ambiente natural e construído; o sistema de controle de informações e decisões. O objetivo, segundo consta no relatório, foi reconhecer a realidade do município, suas deficiências e potencialidades a partir da visão de todos os munícipes, sobretudo das pessoas que vivenciam os problemas cotidianamente.

O IPPUL destacou a importância da participação da população nos Fóruns de Revisão da Lei Geral do Plano Diretor não somente para o atendimento de suas demandas, mas também para a conscientização do papel de cada cidadão como agente transformador da realidade.

Destacou, ainda, que a população em geral, urbana e rural, as universidades, os órgãos públicos da esfera estadual e federal, os conselhos municipais, as entidades de classe, os sindicatos e associações de moradores poderiam contribuir com intercâmbio de experiências e conhecimentos sobre Londrina para que o Plano Diretor pudesse contemplar as preocupações e a diversidade de interesses de todos os munícipes. (cf. Relatório Parcial nº 02, p. 06, Volume único, Emissão em 12/04/2018, Revisão em 04/09/2019)

Essa fase foi marcada pelo ciclo de debates chamado de Fóruns de Participação da Etapa 2, e teve como objetivo debater com a comunidade os primeiros dados técnicos coletados pela equipe técnica, trocar informações, esclarecer dúvidas, colher sugestões e percepções da comunidade sobre os problemas e potencialidades do Município para fins de planejar a cidade para os próximos 10 anos. (vide Relatório Parcial nº 02, p. 06, Volume único, Emissão em 12/04/2018, Revisão em 04/09/2019).

FIGURA 6: Convite para os Fóruns de Participação referentes à etapa II da revisão do PDML

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>. Acesso em 10/09/2023.

Etapa II - Avaliação Temática Integrada

CONVITE

O Prefeito de Londrina, Marcelo Belinati e o Presidente do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), Roberto Alves Lima Jr., convidam para os Fóruns de Participação referentes à Etapa 2 da Revisão do Plano Diretor Municipal.

ATENÇÃO PARA AS NOVAS DATAS EM WARTA E PAIQUERÊ

Nº	REGIÃO	LOCAL	DATA/HORÁRIO
1	MARAVILHA	Escola Mun. Profa. Corina Mantovan Okano - Distrito Maravilha	01/03/2018 19h às 22h
2	IRERÊ / PAIQUERÊ	Escola Mun. Profa. Aracy Soares dos Santos - Distrito Irerê	06/03/2018 19h às 22h
3	LERROVILLE	Escola Mun. Bento da Rocha Neto R. Santos, nº 235 - Distrito Lerrovilhe	08/03/2018 19h às 22h
4	GUARAVERA / SÃO LUIZ	Escola Mun. John Kennedy - Distrito Guaravera	13/03/2018 19h às 22h
5	REGIÃO OESTE / ESPÍRITO SANTO	R. Dragen Feld, nº 73 - Jardim Tóquio Escola Mun. Nina Gardemann	15/03/2018 19h às 22h
6	REGIÃO SUL	Escola Mun. Málio Gonçalves Palhano R. Flor de Lótus, 74 - Pg. Ouro Branco	20/03/2018 19h às 22h
7	REGIÃO CENTRAL / REGIÃO LESTE	CMEI Valéria Veronesi R. Benjamin Constant, 800 - Centro	22/03/2018 19h às 22h
8	REGIÃO NORTE	Escola Mun. Senador Gaspar Velloso R. Alomar Saleiro, nº 175 C.H. Sebastião de Melo César	27/03/2018 19h às 22h
9	WARTA	Escola Mun. Edmundo Odebrecht R. Eduardo Cebulski, nº 112 - Warta	03/04/2018 19h às 22h
10	PAIQUERÊ	Escola Mun. Armando do Rosário Castelo R. Alcina Alves Camargo - Paiquerê	05/04/2018 19h às 22h

3.3 Etapa III– Diretrizes e Proposições

Segundo informações disponibilizadas no site do IPPUL, (Relatório Parcial nº 01, Etapa 03, Diretrizes e Proposições, Volume único, Emissão 26/06/2018, Revisão 04/09/22018, p. 4), a etapa III compreendeu a avaliação dos dados do Diagnóstico Municipal a fim de gerar propostas para superar os problemas e aproveitar as potencialidades do Município de Londrina. Diversos aspectos do Município foram considerados, como por exemplo: oferta de infraestrutura e serviços urbanos, condições de habitação e transporte, desenvolvimento econômico com emprego, preservação ambiental, entre outros temas que influenciam a

qualidade de vida no campo e na cidade. As propostas, de acordo com o relatório, deverão compor as Diretrizes do Plano Diretor para cada parte do Município de Londrina por meio do macrozoneamento municipal e urbano, a ser concluído na próxima etapa do plano.

FIGURA 7: Convite para os Fóruns de Participação referentes à etapa III de revisão do PDML

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>. Acesso em 10/09/2023.

Etapa III - Diretrizes e Proposições



CONVITE

O Prefeito de Londrina, Marcelo Belinati e o Presidente do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), Roberto Alves Lima Jr., convidam para os Fóruns de Participação referentes à Etapa 3 da Revisão do Plano Diretor Municipal.

Nº	REGIÃO	LOCAL	DATA/HORÁRIO
1	REGIÃO LESTE E CENTRO	Escola Mun. José Garcia Villar R. Pitanguieras, 209 - Jardim Panorama	11/08/2018 19h às 22h
2	REGIÃO SUL	Escola Mun. Cláudio de Almeida e Silva R. Agniello T. de Paula, 477A - Jd. Alântica	14/08/2018 19h às 22h
3	REGIÃO OESTE	Escola Mun. Prof. Leônidas Sobrino Porto R. Jequitibá, 226 - Jardim Leonor	19/08/2018 19h às 22h
4	REGIÃO NORTE	Escola Mun. Prof. Juliano Stanghen R. Thomaz Pereira Machado, 338 - Parigot II	21/08/2018 19h às 22h
5	WARTA	Escola Mun. Edmundo Odebrecht R. Eduardo Cebulski, nº 112 - Warta	26/08/2018 19h30 às 22h
6	ESPÍRITO SANTO	Escola Mun. Luiz Marques Castelo Rua Santa Marta, 45 - Espírito Santo	28/08/2018 19h30 às 22h
7	MARAVILHA	Escola Mun. Profa. Corina M. Okano Rua Ivali, 170 - Maravilha	02/07/2018 19h30 às 22h
8	IRERÊ / PAIQUERÉ	Escola Mun. Prof.ª Aracy Soares dos Santos Rua Olívio Busse, 203 - Irerê	05/07/2018 19h30 às 22h
9	LERROVILLE	Escola Mun. Berto da Rocha Neto R. Santos, nº 235 - Lerroville	24/07/2018 19h30 às 22h
10	GUARAVERA / S. LUIZ	Escola Mun. John Kennedy R. Pernambuco, 237- Guaravera	26/07/2018 19h30 às 22h

3.4 Etapa IV – Minuta de Lei

A etapa IV representou a última fase dos eventos participativos preliminares da revisão do PDML. De acordo com o Relatório Final da Etapa 4, Minuta de Lei Geral, Volume único, Emissão: 16/10/2018, Revisão: 26/10/2018, p. 4, nessa etapa foram definidas as diretrizes e estratégias que resultaram na elaboração da Minuta da Lei Geral do Plano Diretor, incluindo as especificações das macrozonas urbanas e rurais do Município e os instrumentos urbanísticos.

Para a aprovação desse documento pela população, foram realizados três eventos públicos: a Pré-Conferência de Revisão do Plano Diretor e a 1ª e 2ª Conferências de Revisão do Plano Diretor. A Pré-Conferência teve por objetivo principal a eleição de delegados e suplentes das entidades da sociedade civil por segmento e recebeu a indicação de delegados e suplentes do poder público municipal.

A partir da deliberação dos delegados, a 1ª Conferência de Revisão do Plano Diretor aprovou as diretrizes e estratégias elaboradas pela sociedade civil durante os Fóruns de Participação da Etapa 3. Coube à 2ª Conferência consolidar o processo democrático com a apresentação, discussão e aprovação da Minuta da Lei Geral do Plano Diretor, para posterior encaminhamento à Câmara Municipal de Londrina pelo Poder Executivo Municipal para ser submetida ao processo legislativo de discussão e aprovação da Lei Geral do Plano Diretor do Município. Todos os documentos referentes à IV etapa, bem como às demais etapas precedentes, estão disponíveis para consulta no site do IPPUL.

FIGURA 8: Convite para participação nas Conferências Municipais referentes à etapa 4 da revisão do PDML.

Fonte: <https://ippul.londrina.pr.gov.br>, acesso em 10/09/2023.

Etapa IV - Minuta de Lei

CONVITE

O Prefeito de Londrina, Marcelo Belinati e o Presidente do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina (IPPUL), Roberto Alves Lima Jr., convidam para as Conferências Municipais referentes à Etapa 4 da Revisão do Plano Diretor de Londrina.

PRÉ-CONFERÊNCIA Eleição de Delegados	18/08/2018 8h às 18h
1º CONFERÊNCIA Definição de Propostas	25/08/2018 8h às 18h
2º CONFERÊNCIA Aprovação da Minuta da Lei Geral	15/09/2018 8h às 18h

**Local: Auditório da UniCesumar
Av. Santa Mônica, nº 450 - Fraternidade**

Os documentos de processo selecionados e acima descritos, extraídos dos relatórios disponibilizados pelo IPPUL, demonstram uma pequena parcela da gênese do processo de elaboração das normas da Lei Geral do Plano Diretor do Município de Londrina, sob a ótica da Crítica Genética, e confirmam a noção de processo como um movimento dinâmico, dialético, um vir a ser, cujo conteúdo compreende aspectos contraditórios ou oposição de interesses.

O Plano Diretor do Município tem por finalidade ordenar as funções sociais da cidade por meio de um planejamento estratégico estabelecido em conjunto pela Administração Pública e os cidadãos. Em uma democracia, segundo Gomes, “todos têm o direito de não só compreender o sentido das leis, como inclusive de participar, direta ou indiretamente, da elaboração destas, em face do postulado democrático da soberania popular” (2001, p. 50).

A participação popular, a publicidade dos atos do processo de revisão da Lei Geral do Plano Diretor do Município de Londrina e a possibilidade de acesso aos documentos produzidos, durante e após o processo de elaboração pelos cidadãos, materializam princípios da Administração Pública e os ideais do Estado Democrático de Direito inscritos na ordem jurídica estabelecida pelo Estado brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Crítica Genética enquanto área de pesquisa e produção do conhecimento trabalha com o movimento criador, com o vir a ser, com a gênese dos processos de criação. O crítico genético vai buscar nos gestos de trabalho os efeitos de sentido da obra, assim como faz o hermenauta jurídico em relação ao sentido da norma jurídica. Ambos trabalham com a interpretação, com a mediação de sentidos da norma jurídica.

Em relação à elaboração da norma jurídica, enquanto o hermenauta busca o sentido do enunciado da norma jurídica aprovada e vigente para aplicá-la a situações concretas, o crítico genético vai interpretar a dinâmica do processo de sua elaboração, as condições de produção da norma para alcançar seus efeitos de sentido. Os documentos de processo representam o corpus de análise, nominados conforme a especialidade da pesquisa. No caso da gênese da norma jurídica recebem o nome de prototexto, minuta ou projeto de lei.

No plano da Linguística Textual, os enunciados das normas jurídicas por apresentarem estrutura formal, gramatical e lexical próprias, compõem o chamado gênero normativo, passível de análise tanto no campo linguístico como jurídico. Nesta oportunidade, priorizou-se o campo jurídico, em seu sentido formal, restando demonstrado que foram cumpridas as determinações legais referentes aos princípios da participação popular, publicidade e acesso à informação nas fases preliminares do processo de elaboração da minuta do projeto da Lei Geral do Plano Diretor do Município de Londrina-PR (PDML), por meio dos documentos de processo aqui apresentados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2016.

BIASI, Pierre-Marc de A genética dos textos. Tradução de Marie- Hélène Paret Passos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

BITTAR, Eduardo C B. Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620346. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620346/>. Acesso em: 30 agosto 2023.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL (CONSTITUIÇÃO 1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em <http://planalto.gov.br>. Acesso em 10 de agosto de 2023.

GOMES, Sérgio Alves. Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático.

Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IPPUL (LONDRINA-PR). Plano Diretor Participativo do Município de Londrina-PR, 2018- 2028. Disponível em <http://www.ippul.gov.pr.br>. Acesso em 01 de agosto de 2023.

LONDRINA (PR). Lei nº 13.339 de 7 de janeiro de 2022. Lei Geral do Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina. Londrina, D. O 19 jan. 2022. Disponível em <http://www.lcm.pr.gov.br>. Acesso em 05 de agosto de 2023.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. Produção textual, análise de gêneros e compreensão. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. A hermenêutica Jurídica de Gustav Radbruch. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 8 n. 1, p. 18-27, janeiro-abril, 2016. Disponível em <http://www.revistas.unisinos.br>. Acesso em 20 abril 2023.

MEURER, J. L, BONINI, Adair, MOTTA-ROTH, Désirée, (org). Gêneros, teorias, métodos, debates. São Paulo: Parábola Editorial, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MOTTA-ROTH, Désirée, HEBERLE, Viviane M. O conceito de “Estrutura Potencial do Gênero” de Ruqayia Hasan. In MEURER, J. L, BONINI, Adair, MOTTA-ROTH, Désirée, (orgs). Gêneros, teorias, métodos, debates. São Paulo: Parábola Editorial, 2005, p. 12-28.

NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43. São Paulo: Atlas, 2015.

PANICHI, Edina. Processos de construção de formas na criação: o projeto poético de Pedro Nava. Londrina: Eduel, 2016.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, Cecília Almeida. Gesto inacabado: processo de criação artística. 2. ed. São Paulo: FAPESP: Annablume, 2004.

SALLES, Cecília Almeida. Crítica genética: uma (nova) introdução; fundamentos dos estudos genéticos sobre o processo de criação artística. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2000.

ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E PODER JUDICIÁRIO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE 4.0¹*MANAGERIAL ADMINISTRATION AND JUDICIARY: ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN SOCIETY 4.0*Marina Grothge de Lima ²Jéssica Fachin ³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar o conceito de humanismo e sua relação com a administração pública gerencial, interligando ambos com a ascensão constante da inteligência artificial. Desse modo, o trabalho visa relacionar o tema a contornos e direções que a inteligência artificial está estabelecendo nas cortes superiores do Brasil. O método de pesquisa utilizado no presente artigo é o dedutivo, atrelado à técnica de pesquisa bibliográfica no modelo teórico-dogmático, se valendo de axiomas de doutrinas e estudos científicos. Consequentemente, a pesquisa questiona se a computação cognitiva é compatível com os princípios democráticos e com os direitos humanos, destacando a evolução da inteligência artificial, seu conceito, funcionamento e benefícios e malefícios. O artigo também ressalta os tipos de inteligência artificial já incorporados nos Tribunais, em especial, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, bem como a legislação existente sobre o tema e a recente resolução criada pelo CNJ, a qual destaca a importância do acesso a dados para desenvolver o aprendizado da máquina.

Palavras-chave: humanismo; inteligência artificial; sociedade 4.0; decisões automatizadas; algoritmos.

ABSTRACT: The present work aims to study the concept of humanism and its relationship with managerial public administration, interconnecting both with the constant rise of artificial intelligence. In this way, the work aims to relate the theme to the contours and directions that artificial intelligence is establishing in the higher courts of Brazil. The research method used in this article is inductive, linked to the bibliographical research technique in the theoretical-dogmatic model, using axioms of doctrines and scientific studies. Consequently, the research questions whether cognitive computing is compatible with democratic principles and human rights, highlighting the evolution of artificial intelligence, its concept, functioning and benefits and harms. The article also highlights the types of artificial intelligence already incorporated in the Courts, the existing legislation on the subject and

¹ Recebido em: 16/12/2023. Aprovado em: 16/12/2023.

² Graduada em Direito na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias das Faculdades Londrina.

³ Em estágio pós-doutoral (UnB). Doutora em Direito Constitucional (PUCSP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Professora na Universidade de Brasília (UnB) e no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias das Faculdades Londrina. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogada. ORCID: 0000-0003-0486-7309. E-mail: jessicaafachin@gmail.com

the recent resolution created by the CNJ, which highlights the importance of access to data to develop machine learning.

Keywords: humanism; artificial intelligence; society 4.0; automated decisions; algorithms.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo aprofundar-se na temática relacionada ao humanismo e direitos humanos em meio à evolução da inteligência artificial. O alcance das mudanças proporcionadas por esta nova tecnologia muitas vezes passa despercebido pela população, mas elas existem e estão impactando todos os campos de estudo, inclusive o Poder Judiciário. A computação cognitiva se incorpora aos sistemas de decisões automatizadas nos tribunais, e possui a capacidade de tornar o sistema mais célere e eficiente. Porém, também se questiona se estes sistemas respeitam os ideais de respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos em suas decisões.

O artigo visa alcançar uma conclusão através da criação de teorias. Incorporando informações adicionais a premissas já estabelecidas, procura-se atingir uma conclusão que pode ser verdadeira, através do enfoque metodológico indutivo. De mesmo modo, será empregada a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa.

No primeiro capítulo, será aprofundado o conceito de humanismo, justiça cidadã e computação cognitiva, buscando correlacionar tais pilares com a existência da inteligência artificial dentro do Poder Judiciário, e ponderando sobre sua compatibilidade. Já o segundo capítulo irá focar na inteligência artificial propriamente dita, ou seja, seu conceito, história e funcionamento serão explorados, procurando estabelecer uma base para a discussão do terceiro capítulo. Esta se volta à aplicação da inteligência artificial dentro do Poder Judiciário, através do estudo de sistemas que utilizam referida tecnologia para auxiliar na celeridade processual e das diretrizes estabelecidas pelo CNJ voltadas ao tema.

Ressalta-se que o objetivo da pesquisa é evidenciar que os sistemas de inteligência artificial têm a capacidade de contribuir positivamente para o estabelecimento do ideal de um novo humanismo e para a promoção da Justiça Cidadã, mas devem ser utilizados de modo apropriado. Procura-se destacar o potencial dessas novas tecnologias de fortalecer valores humanistas e aprimorar a eficácia e acessibilidade do sistema judicial, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos e aprimorando o funcionamento da sociedade como um todo.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E O HUMANISMO

A fim de proporcionar uma melhor compreensão sobre o tema, torna-se essencial conceituar o termo administração pública gerencial. Este se refere a um modelo de administração

pública que busca a obtenção de resultados eficientes, pautando toda sua atividade neste pensamento. Assim, sua finalidade é alcançar um nível superior de desempenho, uma qualidade de serviço superior. Ao contrário da administração pública burocrática, que se concentra nos processos, na definição de procedimentos para contratação de pessoal e compra de bens e serviços, sem levar em conta a ineficiência envolvida, a administração pública gerencial preocupa-se com resultados concretos e é voltada ao cidadão (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 28-29). Observa-se, no entanto, que seu modelo não refuta todas as diretrizes da administração pública burocrática, de acordo com os dizeres do Plano Diretor de Reforma do Estado:

A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995, p.16)

Partindo desta perspectiva, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro passa por sobrecarga significativa de processos aguardando julgamento, criando um acúmulo de casos parados à espera de movimentação, ao mesmo tempo em que novas disputas surgem diariamente. As demandas chegam de maneira rápida e constante, o que dificulta o Poder Judiciário em absorvê-las e fornecer respostas oportunas, resultando na ineficiência da prestação jurisdicional (SAID FILHO, 2016, p. 02).

O Poder Judiciário gerencia seu próprio orçamento, não se limitando ao exercício da jurisdição, conforme dispõe a Constituição brasileira. Ele desempenha várias funções administrativas, como conduzir concursos para preenchimento de cargos de magistrados e servidores e promover licitações. Desse modo, é de extrema importância que o Poder Judiciário respeite os princípios da Administração Pública Gerencial, tanto em suas funções tradicionais quanto nas atípicas, especialmente nas atividades administrativas. Afinal, o exercício de suas funções administrativas existe com a finalidade de que a função jurisdicional seja desempenhada de modo adequado e em tempo razoável. Com o rápido desenvolvimento tecnológico, uma das grandes opções para conseguir adaptar os tribunais a essas altas demandas é a aplicação da inteligência artificial (ESTEVES, 2011, p. 03).

Porém, isso levanta questionamentos morais, como, por exemplo, se o uso da inteligência artificial estaria interligada aos princípios do humanismo e direitos humanos. O humanismo diz respeito a uma filosofia moral que posiciona os seres humanos como figuras centrais em uma escala de importância mundial. Essa visão valoriza muito a dignidade dos humanos, assim como suas aspirações e capacidades, com ênfase na racionalidade. Enquanto outros animais ficam sujeitos a leis naturais e instintos, os humanos se diferenciam por sua capacidade de fazer escolhas

conscientes. Assim, a maleabilidade da identidade e a capacidade de escolher conscientemente são aspectos que destacam a autonomia moral e a responsabilidade individual nas decisões humanas (FERRY, 1989, p.243).

Com a evolução da inteligência artificial, decisões que antes eram feitas apenas por seres humanos estão sendo feitas por máquinas. As máquinas estão se incorporando dentro da sociedade, levantando questionamentos sobre sua imparcialidade e o respeito aos direitos humanos. A necessidade de imparcialidade não fica restrita a apenas questões nacionais, mas também é crucial em acordos e declarações internacionais relacionadas aos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecida em 1948, destaca explicitamente o direito de todos os humanos a um julgamento justo, conduzido por um tribunal imparcial e independente. Esse destaque na importância da imparcialidade não apenas sublinha sua relevância em escala global, mas também a reconhece como um meio essencial de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos e assegurar a justiça nos diversos países do mundo (DECAUX, 2008, p. 24).

Soma-se a isso a importante presença do conceito de justiça cidadã, que busca a concretização dos princípios de justiça e equidade, objetivando atender aos interesses de um amplo espectro da população, principalmente dos grupos negligenciados pelo sistema judiciário brasileiro. Procura-se a inclusão e o benefício do maior número de pessoas possível, as quais, em outros momentos, se encontravam à margem da atenção judicial (JUNIOR, ALARCON, DOBARRO, 2019, p. 1418). Destaca-se que organização de uma sociedade é influenciada pela compreensão coletiva e pública do que é considerado justo, com a justiça cidadã assumindo um papel crucial, como afirma John Rawls:

Esse fato implica que os seus membros têm um desejo forte e normalmente efetivo de agir em conformidade com os princípios da justiça. Como uma sociedade bem-organizada perdura ao longo do tempo, a sua concepção da justiça é provavelmente estável: ou seja, quando as instituições são justas, os indivíduos que participam dessas organizações adquirem o senso correspondente de justiça, e o desejo de fazer para mantê-las (RAWLS, 2000, p. 505).

Desse modo, questiona-se se a computação cognitiva seria compatível com o atual sistema judiciário brasileiro, demonstrando habilidades suficientes para auxiliarem na tomada de decisões judiciais de modo justo e igualitário. Na computação cognitiva, há a presença de uma tecnologia que capacita computadores e dispositivos correlatos a reterem informações, processá-las e tomar ações com base nessas informações sem a necessidade de uma programação explícita para esses fins (MARTINS, DOS REIS, ANDRADE, 2020, p. 72). As máquinas, na computação cognitiva, são capazes de desenvolver processos análogos ao raciocínio de seres humanos, executando e automatizando tarefas até então exclusivas da capacidade humana. Atheniense detalhe sobre o assunto, ao discorrer sobre o sistema cognitivo das máquinas:

Essa habilitação ocorre em razão do sistema cognitivo das máquinas, que usam uma tecnologia capaz de processar informações, aprender com elas e melhorar o seu desempenho, sem a necessidade de intervenção humana. Por meio desse sistema, um computador é capaz de tomar decisões baseadas nas informações por ele processadas e em experiências anteriores, o que implica em constante melhoramento e auto-aprendizado, de forma semelhante ao que acontece no cérebro humano (ATHENIENSE, 2018).

No próximo capítulo, discute-se o conceito e funcionamento da inteligência artificial, aprofundando-se nos tipos de IAs existentes e em um breve contexto histórico sobre ela, a fim de compreender sua amplitude, evolução e influência nos diversos campos de estudo.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONTORNOS E DIREÇÕES

O termo inteligência artificial (IA) engloba vários conceitos e ações, com seu constante desenvolvimento e aprimoramento sendo uma realidade no cotidiano dos indivíduos, muitas vezes passando despercebida diante dos inúmeros avanços tecnológicos presentes na sociedade. A inteligência artificial pode ser definida como uma espécie de agente inteligente, ou seja, agentes que são capazes de receber percepções do ambiente externo e executar certas ações. O campo de estudo da IA visa entender como a humanidade pensa, e assim conseguir construir entidades inteligentes (RUSSELL, S., NORVIG, P, 2013, p. 24).

A imersão no mundo da IA abrange a possibilidade de uma máquina, por meio da utilização de algoritmos, utilizar-se de capacidade cognitiva que se assemelha a de um ser humano. Através disso, ela se torna capaz de realizar atividades que anteriormente eram exclusivas ao homem. O termo inteligência artificial foi mencionado por John McCarthy em 1956, em uma conferência sobre tecnologia no Bartmuth College, nos Estados Unidos. Porém, já era um assunto discutido por Alan Turing em 1950.

Existem quatro ramos da ciência da IA, apresentados por Russel e Norvig, os quais formam possibilidades de estudo: alguns acreditam que ela contempla sistemas que pensam como humanos, outros que afirmam que elas são sistemas que atuam como humanos, também são descritas por alguns como sistemas que pensam de maneira racional e por último como sistemas que atuam de modo racional (SILVA, J. A. S. DA; MAIRINK, C. H. P, 2019, p. 66-67).

Em relação aos sistemas que atuam como seres humanos, tem-se o Teste de Turing de 1950. Através dele, visava-se descobrir se a máquina conseguia exibir um comportamento inteligente equiparado ao de uma pessoa, ludibriando seus comunicadores. Primeiramente, testou-se a possibilidade de um interrogador tentar descobrir o gênero de duas pessoas (“A” e “B”), as quais responderiam apenas através de datilografia, sem presença de voz, visual ou traços nas letras. Após esse teste, foi levantada a questão da possibilidade de as máquinas pensarem como seres humanos: se

substituísem “A” ou “B” por máquinas, o sistema conseguiria enganar o interrogador de maneira precisa? (GUNKEL, 2012)

Alan Turing afirmava que a resposta para essa pergunta se revelaria em aproximadamente 50 anos, e pode-se dizer que ele tinha razão. Afinal, atualmente os indivíduos se encontram imersos em sistemas tecnológicos, que contam com atuações muito reais e convincentes, ao ponto de conseguirem enganar os cidadãos. Um exemplo importante diz respeito aos assistentes de celular, sites, bancos, dentre outros.

Pode-se afirmar que o campo de estudo da inteligência artificial associa-se com linguagem, inteligência, raciocínio, aprendizagem e resolução de problemas, propiciando a simbiose e integração entre as máquinas e os seres humanos. John MacCarthy explica que inteligência artificial seria “a ciência e a engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes” (KAUFMAN, 2019, p. 11).

Já Bellman tem uma concepção matemática do assunto, ao explicar que a inteligência artificial seria “a automatização de atividades que associamos à cognição humana, tais como a tomada de decisões, resolução de problemas e o aprendizado”. Kaplan e Haenlein, por outro lado, a definem como sendo a capacidade de um sistema de conseguir interpretar e aprender através de dados provenientes de fora do seu sistema operacional, objetivando utilizá-los para concluir objetivos e tarefas específicas, de modo adaptável e flexível (KAPLAN; HAENLEIN, 2019, p. 17).

Dois campos operacionais da IA são essenciais para seu estudo: o *analytics* e o *machine learning*. O sistema de algoritmo de análise (*analytics*) diz respeito aos algoritmos responsáveis por analisar dados e seus cruzamentos. Já os algoritmos do sistema *machine learning* são diferenciados, visto que conseguem prever ou generalizar os padrões que aprendem a partir da utilização de um conjunto de dados, utilizados para fim de treinamento do sistema (WOLKART, 2019, p. 706).

No sistema de algoritmo de análise, os dados já se encontram estruturados, ajudando assim o usuário a estabelecer correlações. Gutierrez explica que “tanto os dados quanto os parâmetros possíveis de tratamento de dados são dados *a priori*, ficando ao operador do algoritmo a possibilidade de manipulá-lo dentro de um contexto específico e com algumas limitações”. Um exemplo simples de sua aplicação é a utilização de uma planilha simplificada do Excel (GUTIERREZ, 2019, p. 85).

O sistema *machine learning*, por sua vez, é mais complexo. Sua construção algorítmica não é dependente de dados escolhidos por operadores. Nela, o sistema aprende com base em interações que mantém com o ambiente externo, reconhecendo padrões através de correlações realizadas. Percebe-se desse modo que uma das principais diferenças entre os dois sistemas é a capacidade do *machine learning* de analisar, correlacionar e buscar padrões baseando-se em dados não organizados.

Esse sistema pode ser dividido em dois grupos: os supervisionados e os não supervisionados. No grupo dos supervisionados, o ser humano define as correlações iniciais, incluindo

métodos como redes neurais ou regressão linear. No caso de um ambiente dinâmico, é necessário que haja várias interações iniciais, a fim de ajustar o sistema da IA por um profissional que tenha conhecimento específico da área de aplicação do sistema. Apenas assim é possível produzir resultados mais precisos e satisfatórios.

No grupo dos não supervisionados, há a rotulagem das informações, mas não dos resultados, o que significa que o próprio algoritmo precisa inferir a estrutura subjacente dos dados, para agrupá-los em categorias similares. Não se conhece previamente a quantidade e estrutura dos dados, sendo dispensado o ajuste realizado pelo profissional que possui conhecimento específico da área, ao contrário do grupo dos supervisionados (PINTO, 2020, p. 45/46).

Os algoritmos não supervisionados aprendem com a grande quantidade de dados contidos na internet ou em outra fonte (decorrente do *big data*). Esta possibilidade nasce de um desdobramento do *machine learning*, chamado *deep learning*. Por meio dele, o sistema consegue estabelecer padrões de correlações próprios e independentes do raciocínio intelectual humano, como explica Henrique Pinto em sua pesquisa:

(...) isso só é alcançado pelo sistema por meio de uma forma não linear de aprendizado por ele mesmo desenvolvida em várias camadas – algo similar ao que supostamente ocorre no cérebro humano por sua rede neurológica, na qual uma rede múltipla de unidades condutoras de dados se retroalimenta. A maioria dos softwares de reconhecimento de voz, de identificação de faces, de tradução, de reconhecimento de objetos, entre outros, são bons exemplos de sistemas tecnológicos que já operam com o *deep learning* e que dependem de uma grande quantidade de dados disponíveis na rede virtual para que possam funcionar (PINTO, 2020, p. 47).

A aplicação da inteligência artificial é vasta, sendo possível incorporá-la nas mais diversas áreas, auxiliando a produção nas indústrias e otimizando o tempo de trabalho gasto. Por meio das IAs, pode-se organizar informações e atividades repetitivas, economizando tempo no desenvolvimento de certas tarefas, visto que uma máquina não precisa de descansos e necessidades básicas. Tudo isso se torna possível graças ao uso dos algoritmos, que alimentam as inteligências artificiais com as informações necessárias para desempenhar o trabalho com uma alta taxa de precisão e acertos (COELHO, 2019, online).

A IA se encontra muito ativa em meios corporativos, pois nesses meios há presença de inúmeras atividades repetitivas, que acabam ocasionando cansaço e desânimo se realizadas por funcionários. Com a presença das máquinas para executar tais funções, o processo se torna mais rápido e menos maçante. Além disso, as IAs conectam informações da empresa, facilitando a comunicação entre os setores e possibilitando a tomada de decisões mais assertivas.

Apesar de ajudarem nas funções desempenhadas em diversas corporações, bem como auxiliar e facilitar o cotidiano dos cidadãos, a utilização de inteligências artificiais traz consigo algumas preocupações. Afinal, elas estariam cumprindo funções anteriormente reservadas para seres humanos, ou seja, estariam substituindo indivíduos em tarefas, e conseqüentemente gerando perda de

empregos. (SILVA, 2019, p. 70). Porém, Russel e Norvig argumentam que a automação é responsável por criar mais empregos do que extinguir, devendo o profissional se adaptar à nova tendência:

[...] Alguém poderia argumentar que milhares de trabalhadores foram demitidos por esses programas de IA, mas, de fato, se não houvesse os programas de IA esses trabalhos não existiriam porque o trabalho humano adicionaria um custo inaceitável às transações. Até agora, a automação por meio da tecnologia de IA criou mais empregos do que eliminou, e criou empregos mais interessantes e com remuneração mais elevada (RUSSEL, NORVIG, 2013, p. 1188).

A máquina irá possuir o conhecimento que foi implantado nela. Desse modo, reflete-se que o perigo não se encontra no conhecimento em si, mas na possibilidade de o conhecimento não evoluir junto com o meio social em que se encontra. Sua não adaptação poderia gerar contradições e um caos inimaginável. Russel e Norvig exemplificam a situação: se fosse possível criar uma IA no século XVII, esta seria dotada de moral e ética condizente com a época em que foi criada. Assim, nos dias de hoje, o objetivo da máquina seria reestabelecer a escravidão e abolir a conquista do direito ao voto às mulheres (RUSSEL, NORVIG, 2013, p. 1194).

O ser humano está criando algo que não consegue controlar precisamente. Nem mesmo especialistas neste campo de estudo sabem explicar exatamente o funcionamento de tais máquinas, ou seu comportamento no futuro. Consequentemente, ainda não há como prever riscos ou como sua existência poderá afetar a humanidade, levando a preocupações sobre a evolução de sua utilidade e de seu raciocínio:

... os seres humanos pensam que é moral matar insetos irritantes, em parte porque o cérebro dos insetos é tão primitivo. Mas o cérebro humano é primitivo em comparação com os meus poderes, por isso deve ser moral matar os seres humanos. (RUSSEL e NORVIG, 2013, p. 1194)

Diante de todos estes temas levantados, em 2019, a União Europeia implementou um guia contendo regras relacionadas ao uso da inteligência artificial, os quais destacam a garantia da supervisão e controle humano, a robustez e segurança, privacidade e controle de dados; responsabilização; transparência; diversidade; não-discriminação; justiça; e promoção do bem-estar ambiental e social. O guia visa orientar o uso da inteligência artificial de forma a respeitar os direitos e a dignidade humana, estabelecendo princípios alinhados à democracia e ao Estado de Direitos (PEQUENINO, 2019, online).

Percebe-se que o homem, por muito tempo, buscou e ainda busca maneiras de replicar o raciocínio humano, tentando desvendar como poderia torná-lo mecanizado. A evolução tecnológica avança em um ritmo extremamente rápido, sendo que atualmente encontra-se na terceira revolução industrial. Entretanto, há demonstração de inúmeros sinais que apontam o nascimento de uma quarta, a saber: velocidade exponencial de sua evolução, amplitude e profundidade das mudanças, visto que ocorrem em áreas individuais, sociais, negociais e econômicas, e o impacto sistêmico gerado,

já que transforma sistemas dentro de cada país e entre países também, abrangendo toda a sociedade (SCHWAB, 2016, p. 08).

Assim, a integração e evolução das IAs dentro na sociedade é um fato, e não mais um sonho abstrato. Junto com ela, há várias vantagens e desvantagens, que terão que ser adaptadas e lidadas com cuidado e cautela necessários, a fim de garantir a aproximação dos homens com as máquinas de maneira segura e saudável, mantendo sempre em mente a base dos direitos fundamentais.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS CORTES SUPERIORES DO BRASIL

O direito sempre esteve presente na vida dos indivíduos. Aristóteles conceituou o homem como sendo um animal político e social, precisando conviver em sociedade e com o Estado para atingir a perfeição. Mas antes mesmo desta definição, no período pré-histórico, o ser humano já se organizava socialmente com outros, a fim da necessidade de cooperação em coletividade.

Com o passar dos anos, o direito foi sendo organizado em códigos, através da escrita, e as regras não eram mais transmitidas apenas pelo costume. Observa-se que o direito se adapta e evolui junto com o ser humano. Na realidade atual, tem-se um poder cognitivo extremamente forte, com o homem conseguindo implantar em máquinas traços únicos de racionalidade (REIS, 2019, p. 04-05).

A presença das inteligências artificiais nos segmentos do direito já é uma realidade. Afinal, o direito é mutável, e precisa se adaptar à sociedade de sua época. Nataniel Lud, professor e advogado, trouxe durante o primeiro seminário sobre Inteligência Artificial e Processo pela OAB/MG dados importantes, que dizem respeito sobre o panorama judiciário de 2018. De acordo com eles, 78.7 milhões de processos estavam em tramitação, com 18% suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório e 80% pendentes de julgamento (SEMINÁRIO, 2019).

No mesmo seminário, foram reveladas informações sobre a inteligência artificial chamada Elis, desenvolvida para o Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ela é responsável por agilizar os trabalhos repetitivos e realizar a triagem dos processos: em três dias, analisou 5.267 processos, e os classificou precisamente de acordo com a competência, casos de prescrição, divergências cadastrais e erros no cadastro de dívida ativa (CASTRO, 2019, online).

Ao refletir sobre o assunto, percebe-se que a inteligência artificial voltada ao direito está sendo desenvolvida a fim de adaptar os tribunais a alta demanda de processos, com o objetivo de produzir atividades como se fosse um humano, mas com um desempenho mais veloz. O judiciário encontra-se em um cenário de crise, como pontua Dallari:

No Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício quanto no conteúdo de grande número de decisões. Esse é um dos principais motivos pelos quais há evidente descompasso

entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea (DALLARI, 2008, p. 8).

O Supremo Tribunal Federal (STF) começou a utilizar em 2018 uma inteligência artificial que consegue ler todos os recursos extraordinários que são encaminhados ao Tribunal, identificando os que são vinculados a certos temas de repercussão geral. Esta IA se chama VICTOR, e possui em sua base de dados todas as decisões proferidas pelo STF, o que auxilia muito seus servidores a trabalharem com praticidade.

O nome da IA é uma homenagem à Victor Nunes Leal. Victor foi ministro do STF de 1960 a 1969, tendo contribuído com a sistematização da jurisprudência do STF em Súmula. Tal contribuição foi responsável por facilitar a aplicação de precedentes judiciais em recursos, função que será exercida por VICTOR. Verifica-se desse modo que VICTOR é um exemplo de computação cognitiva alinhado aos princípios da Administração Pública Gerencial, e colabora ativamente para o exercício mais eficiente das funções do Poder Judiciário. Entretanto, o STF deixa claro em uma declaração presente em seu site que VICTOR atuará apenas na organização dos processos, visto que julgar e decidir é uma atividade humana:

VICTOR não se limitará ao seu objetivo inicial. Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial. (STF, 2018)

Já o Tribunal Superior do Trabalho (TST) utiliza o sistema de inteligência artificial chamado Bem-te-vi, projetado para analisar o cumprimento de prazos legais nos autos. Ela coleta e cruza dados com outros sistemas judiciais, como o PJE, DEJT e eRecurso, a fim de identificar problemas de tempestividade. Desenvolvido pela Coordenadoria de Estatística e pela Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do TST, o sistema utiliza opera com filtros que oferecem informações rápidas aos ministros e servidores sobre processos e há quanto tempo eles se encontram no local (BRITO, FERNANDES, 2019, p. 94).

Em 2019, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) criou o programa ATHOS, que utiliza *machine learning* para analisar emendas de acórdãos do tribunal. Através dessa tecnologia, o ATHOS agrupa acórdãos semelhantes e identifica processos que tratam da mesma questão jurídica. Adicionalmente, o programa estabelece teses vinculantes com base nessas análises, contribuindo para uma jurisprudência mais eficiente e consistente (COSTA, MAIA, 2021, p. 15).

Em 21 de agosto de 2020, foi publicada a Resolução 332 do CNJ, que expressa que a inteligência artificial está à disposição do Poder Judiciário, visando promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, conforme dispõe em seu artigo 2º. A resolução

destaca o respeito e a compatibilidade aos direitos fundamentais, bem como a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, aspectos que visam eliminar ou minimizar a marginalização de indivíduos, a opressão e os erros de julgamento derivados do preconceito

No capítulo IV da referida resolução, está expressa a importância da segurança dos dados utilizados no processo de treinamento de inteligências artificiais. Eles devem ser provenientes de fontes seguras, de preferência governamentais. Além disso, precisam ser protegidos contra riscos de extravio, modificação, transmissões e acessos não autorizados, e até mesmo destruição (CNJ, Resolução 332, de 21 de agosto de 2020).

Outro ponto essencial diz respeito à importância do acesso a dados para desenvolver o aprendizado da máquina. Por meio da Resolução 334/2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criou o Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados no âmbito do Poder Judiciário. Referido comitê objetiva o auxílio à construção de políticas de acesso a dados, a fim de equilibrar desenvolvimento tecnológico e transparência com proteção de dados dos indivíduos relacionados aos documentos judiciais (MARANHÃO, 2020, p. 170).

O CNJ é responsável por coordenar vários projetos envolvendo inteligências artificiais desenvolvidas pelos próprios tribunais. Tal desenvolvimento envolve a análise dos problemas de cada corte e das capacidades técnicas de equipes de tecnologia, para construir um sistema interno que realize tarefas como sumarização de textos e triagem de peças processuais (SALOMÃO, 2020).

No entanto, com o surgimento das IAs como instrumento de auxílio no campo do Direito, discute-se o limite para sua aplicação. Afinal, indaga-se quais decisões devem ser automatizadas e quais devem exigir uma explicação humana. Algumas ações, por exemplo, não possuem necessidade de serem explicadas, com o resultado final sendo suficiente para concluir o objetivo. Um aplicativo de trânsito com função de GPS mostra o melhor caminho para se chegar ao destino, não havendo necessidade de explicar o porquê de ter feito esta rota (CHRISTÓFARO, 2019, p. 76).

Desse modo, deve-se pontuar quais decisões originam o direito a uma explicação humana, a saber, as que produzam efeitos jurídicos, direta ou indiretamente. A demarcação de fronteiras que separam as decisões automatizadas das demais é indispensável, a fim de não gerar no futuro um cenário jurídico no qual todas as decisões são feitas por máquinas. Mas através dos exemplos explorados no capítulo três do presente artigo, conclui-se que a computação cognitiva é compatível com o humanismo e com os direitos humanos, auxiliando o Poder Judiciário a realizar suas funções em um tempo mais hábil, otimizando a tramitação dos processos judiciais.

CONCLUSÃO

O modelo de administração pública gerencial centra-se na busca por resultados eficazes, orientando todas as suas atividades por essa perspectiva. Seu propósito é alcançar um desempenho e proporcionar serviços de qualidade superior, contrastando com a administração pública burocrática, que se foca em definir procedimentos e processos para a contratação de pessoal e aquisição de bens e serviços, sem dar ênfase a eficiência. A administração gerencial prioriza os interesses do cidadão e resultados tangíveis, assim como os ideais da justiça cidadã e do humanismo, o qual posiciona os seres humanos como elementos centrais. Tais filosofias aliam-se à busca por um Judiciário que respeite os direitos humanos, ao mesmo tempo que se adapte a novas tecnologias que surgem para auxiliá-lo em sua celeridade nos trâmites processuais.

Já a inteligência artificial pode ser conceituada como uma entidade capaz de receber informações do ambiente externo e realizar determinadas ações sem a interferência humana direta. O domínio da inteligência artificial busca compreender os processos cognitivos humanos, e, assim, criar entidades dotadas de inteligência. Dois campos operacionais destacam-se dentro de seu estudo, sendo eles a análise de dados (*analytics*) e o aprendizado de máquina (*machine learning*). O algoritmo de análise (*analytics*) refere-se aos algoritmos encarregados de analisar dados e suas interseções. Já os algoritmos do sistema de aprendizado de máquina (*machine learning*) são distintos, pois conseguem fazer previsões ou generalizar padrões aprendidos a partir da utilização de conjuntos de dados destinados ao treinamento do sistema.

Assim, a presença da inteligência artificial dentro do campo jurídico já é uma realidade, com o Direito sendo um campo dinâmico, que se adapta às transformações da sociedade. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, implementou uma IA chamada VICTOR, que analisa os recursos extraordinários encaminhados ao Tribunal, identificando aqueles relacionados a temas de repercussão geral, facilitando o trabalho dos servidores. Consequentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está desempenhando o papel de coordenar diversos projetos relacionados às inteligências artificiais desenvolvidas pelos próprios tribunais, analisando desafios específicos de cada corte e nas capacidades técnicas das equipes de tecnologia.

Desse modo, conclui-se que é totalmente possível a incorporação da computação cognitiva nos tribunais brasileiros sem que os princípios do novo humanismo e dos direitos humanos sejam comprometidos, estando alinhada com o modelo da Administração Pública Gerencial, como demonstrado pelo projeto VICTOR, que colabora para que o Judiciário possa realizar suas funções administrativas com maior agilidade e eficiência, aproveitando recursos materiais e humanos da Corte. Ressalta-se apenas que as tecnologias que envolvem o uso de IA devem ser monitoradas, havendo identificação de decisões que demandem uma explicação humana, especificamente aquelas que acarretem efeitos jurídicos, diretos ou indiretos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHENIENSE, Alexandre. *A Inteligência Artificial e o Direito*. Disponível em: <http://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/artigos/467690643/a-inteligenciaartificial-e-o-direito>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> Acesso em: 06 jul. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: Bresser-Pereira, Luiz Carlos e Peter Spink (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRITO, Thiago Souza; FERNANDES, Rodrigo Saldanha. *Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito Brasileiro*. *Revista Acadêmica*, v. 1, n. 2, 2019.

CASTRO, Beatriz. *Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos*. *Gl Pernambuco*, 04 mai 2019. Disponível em: <https://gl.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml> Acesso em: 20 out. 2019

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *Algoritmos: O Direito A Não Ser Submetido A Decisões Automatizadas E O Direito A Uma Explicação Humana*. São Paulo. 2019. 97 p.

COELHO, Alexandre Zavaglia. *A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018 - Parte I*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito> Acesso em: 03 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 332 de 21/08/2020, de 29 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ:2020. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 05 jul. 2023.

COSTA, Daniel FO; MAIA, Rute. POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: uma análise dos programas de IA utilizados pelo STJ à luz da racionalidade neoliberal. *Revista Inter-Legere*, v. 4, n. 31, p. c25024-c25024, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECAUX, Emmanuel. *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*. Paris: La Documentation Française, 2008.

ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura. A representação do Poder Judiciário em juízo. In: *Estado de Minas. Caderno Direito e Justiça*, Belo Horizonte, p. 3, 10 out. 2011.

FERRY, L; RENAUT, A. *Pensamento 68*. São Paulo: Ensaio, 1989.

GUNKEL, David J. *Communication and Artificial Intelligence: Opportunities and Challenges for the 21st Century*. 2012. *Communication +1: Vol. 1*. Disponível em: <https://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=cpo> Acesso em: 30 jun. 2023

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial?: práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de accountability. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 83-97.

JUNIOR, João Pedro Malheiro; ALARCON, Felipe Ribeiro Alves; DOBARRO, Sérgio Leandro Carmo. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM BENEFÍCIO DA JUSTIÇA CIDADÃ. In: *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*. 2019. p. 1414-1425.

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implication of artificial intelligence. *Business Horizons*, [s. l.], v. 62, n. 1, p. 15-25, Jan./Feb. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681318301393>. Acesso em: 30 jun. 2023.

KAUFMAN, Dora. *A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?*. Estação Das Letras E Cores Edi, 2019.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, FLORÊNCIO, Juliana Abrusio, LASMAR ALMADA, Marco Antonio, *Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial*, *Suprema : revista de estudos constitucionais*, 2021, Vol. 1, No. 1, pp. 154-180 - <https://hdl.handle.net/1814/71840>

MARTINS, Anne Shirley de Oliveira Rezende; DOS REIS, João Paulo Alves; ANDRADE, Lucas Silva. *Novo humanismo, justiça cidadã, administração pública gerencial, poder judiciário e inteligência artificial*. *Virtuajus*, v. 5, n. 8, p. 61-83, 2020.

PEQUENINO, Karla. *Comissão Europeia lança guia ético para a inteligência artificial*. 2019. Disponível em: < <https://www.publico.pt/2019/04/09/tecnologia/noticia/comissao-europeia-lanca-guia-etico-inteligencia-artificial-1868540>> Acesso em: 04 jul. 2023

PINTO, Henrique Alves. "A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability." *Revista de Informação Legislativa* 57.225 (2020): 43-60.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 23 novembro 2023.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 505.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Tradução Regina Célia Simille. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.1188, 1189 e 1194.

REIS, Luís Fernando Scherma. *O direito surgiu antes da escrita*. 2019, p.4. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e44f6169f0ae75b>> Acesso em: 05 jul. 2023.

SAID FILHO, Fernando Fortes. *A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça*. *DIKÉ*—Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, v. 5, n. 1, p. 01-22, 2016.

SALOMÃO, Luiz Felipe (coord.). *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_lafase.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*/Klaus Schwab; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2016.

SEMINÁRIO INTELIGENCIA ARTIFICIAL E PROCESSO, 1., 2019, Belo Horizonte. *Seminário [...]*. Belo Horizonte: OAB MG, 2019.

SILVA, J. A. S. DA; MAIRINK, C. H. P. **Inteligência artificial**. LIBERTAS: Revista de Ciências Sociais Aplicadas, v. 9, n. 2, p. 64-85, 13 dez. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Apresentada originalmente como tese de doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA
AUTOMAÇÃO DA ELABORAÇÃO DE MINUTAS PELO SISTEMA DE INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL SIGMA¹

*THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LEGAL SECURITY BEFORE THE
AUTOMATION OF THE JUDICIAL SENTENCES DRAFTED BY THE SIGMA ARTIFICIAL
INTELLIGENCE SYSTEM*

*LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN CASO
DE AUTOMATIZACIÓN DE BORRADORES DE DECISIONES CREADAS POR EL SISTEMA
DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL SIGMA*

Aléxia Marinotti²
Zulmar Fachin³

RESUMO: O presente estudo visa a analisar o cumprimento do objetivo descrito no projeto do sistema SIGMA, que se propõe a contribuir com o cumprimento dos princípios da segurança jurídica e da celeridade processual. A pesquisa limitou-se à análise do sistema SIGMA, desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que propõe a disponibilização ao usuário das minutas mais utilizadas para decidir determinado processo. Esta pesquisa também se limitou à análise do direito fundamental à segurança jurídica, fazendo breve inferência à sua incompatibilidade com o princípio da celeridade processual no âmbito das decisões judiciais. O estudo se justifica diante da adesão, pelo Poder Judiciário brasileiro, das diversas formas de tecnologias com o fim de oferecer uma melhor prestação jurisdicional. Para tanto, dividiu-se o estudo em 3 (três) tópicos, nos quais serão analisados: o valor do princípio à segurança jurídica no ordenamento brasileiro; o projeto de desenvolvimento do sistema SIGMA; e a análise do cumprimento dos objetivos propostos pelo sistema. Partiu-se do referencial teórico de que a segurança jurídica não somente deve ser analisada pela sua natureza objetiva – de irretroabilidade, por exemplo – mas também por sua natureza subjetiva, que permite a constante atualização de conceitos e resultados. Por fim, conclui-se que a atividade decisória não comporta automação, na medida em que qualquer forma de facilitação nesse processo gera um enviesamento por si só e contribui para a estagnação do desenvolvimento social.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência artificial. segurança jurídica. SIGMA. direitos fundamentais. automação.

¹ Recebido em 29/12/2023. Aprovado em: 29/12/2023.

² Mestranda em Direito, Sociedade e Tecnologias na Escola de Direito das Faculdades Londrina. Graduada em Direito (Estácio Curitiba) e Sistemas de Informação (UNIPAR). Advogada. E-mail: adv.marinotti@gmail.com
OrcidID: 0000-0001-5991-4382

³ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL. Coordenador do Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br OrcidID: 0000.0001.5514.5547

ABSTRACT: This study aims to analyze the fulfillment of the objective described in the SIGMA (ranking of models of judicial and administrative acts based on information identified in procedural documents) system project, which proposes to contribute to compliance with the principles of legal security and procedural speed. The research was limited to the analysis of the SIGMA system, developed by the Federal Regional Court of the 3rd Region, which proposes to make available to the user the most used draft to decide a certain process. This research is also limited to the analysis of the fundamental right to legal certainty, making a brief inference of its incompatibility with the principle of procedural celerity in the context of judicial decisions. The study is justified in view of the adherence, by the Brazilian Judiciary, of the various forms of technologies in order to offer a better jurisdictional provision. Therefore, the study was divided into 3 (three) topics, which will be analyzed: the value of the principle of legal certainty in the Brazilian legal system; the SIGMA system development project; and the analysis of compliance with the objectives proposed by the system. It was based on the theoretical framework that legal security should not only be analyzed for its objective nature – of irretroability, for example – but also for its subjective nature, which allows the constant updating of concepts and results. Lastly, it is concluded that the decision-making activity does not support automation, as any form of facilitation in this process generates a bias in itself and contributes to the stagnation of social development.

KEYWORDS: artificial intelligence. legal security. SIGMA. fundamental rights. automation.

RESUMEN: Este estudio tiene como objetivo analizar el cumplimiento del objetivo descrito en el proyecto del sistema SIGMA, que se propone a contribuir con el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y celeridad procesal. La investigación se limitó al análisis del sistema SIGMA, desarrollado por el Tribunal Regional Federal de la 3ª Región, que propone poner a disposición del usuario los borradores más utilizados para decidir un determinado proceso. Esta investigación también se limitó en analizar el derecho fundamental a la seguridad jurídica, haciendo una breve inferencia sobre su incompatibilidad con el principio de la celeridad procesal en el contexto de las decisiones judiciales. El estudio se justifica en vista de la adhesión, por parte del Poder Judicial brasileño, a las diversas formas de tecnologías para ofrecer una mejor provisión jurisdiccional. Por lo tanto, el estudio se dividió en 3 (tres) temas, que serán analizados: el valor del principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico brasileño; el proyecto de desarrollo del sistema SIGMA; y el análisis del cumplimiento de los objetivos propuestos por el sistema. Se partió del marco teórico de que la seguridad jurídica no sólo debe ser analizada por su carácter objetivo - de irrevocabilidad, por ejemplo - sino también por su carácter subjetivo, que permite la constante actualización de conceptos y resultados. Finalmente, se concluye que la actividad de toma de decisiones no admite la automatización, ya que cualquier forma de facilitación en este proceso genera un sesgo en sí mismo y contribuye al estancamiento del desarrollo social.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial. seguridad jurídica. SIGMA. derechos fundamentales. automatización.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro tem adotado os meios tecnológicos para promover uma melhor prestação jurisdicional à população do país. Com esse objetivo, tem-se cada vez mais investido recursos financeiros na obtenção de maquinário e recursos humanos especializados no desenvolvimento de soluções de Inteligência Artificial. O sistema SIGMA foi desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com o objetivo de contribuir para a celeridade processual e a segurança jurídica. O sistema sugere minutas ao usuário que irá analisar o processo. Dessa forma, o SIGMA estaria contribuindo para a manutenção de decisões iguais para temas repetidos, bem como com a celeridade no processo de tomada de decisões. Todavia, a segurança jurídica não se restringe à tomada de decisões iguais e não deve ser preterida à obediência cega ao princípio da celeridade processual, razão pela qual se conclui que o sistema SIGMA é incompatível com alguns preceitos constitucionais.

O problema de pesquisa consiste em saber se o sistema SIGMA obedece ao princípio da segurança jurídica e se ele é o meio adequado para alcançá-la. Também busca identificar a pertinência e necessidade de implementação do sistema SIGMA para garantia de direitos dos jurisdicionados. Para tanto, fixou-se um objetivo geral, consistente em conhecer o projeto de desenvolvimento do sistema SIGMA e os princípios por ele almejados. Já os objetivos específicos delineados para orientação da pesquisa foram conhecer a proposta do sistema SIGMA; compreender como o sistema SIGMA será executado; identificar quais princípios o projeto visa a atender; conhecer o conceito dos princípios constantes no projeto; e comparar a proposta de implementação do sistema SIGMA com os objetivos principiológicos visados por ele.

Para responder às perguntas formuladas no problema, a pesquisa parte da hipótese de que segurança jurídica não deve ser mitigada para que se atinja o objetivo de tornar a justiça mais célere e que a automatização de decisões judiciais vai ao encontro dos propósitos constitucionalmente definidos para o Poder Judiciário.

O presente estudo se limitou, portanto, a analisar o projeto de desenvolvimento do sistema SIGMA e seus objetivos, com enfoque na análise do princípio da segurança jurídica, já que este é o seu fundamento, juntamente com o princípio da celeridade processual.

O tema tem elevada importância diante da tendência capitalista de se otimizar todos os processos humanos, bem como da premissa de que a automação é a via adequada para a solução de qualquer problema. O tema se justifica pela incorporação dessa tendência pelo Poder Judiciário, defendida e estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça.

O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do presente estudo é o da abordagem qualitativa de natureza básica, na medida em que busca compreender os valores atinentes

ao direito fundamental à segurança jurídica. Ainda, recorre-se ao método objetivo exploratório, utilizando-se do procedimento bibliográfico para avaliar se a proposta oferecida pelo projeto de desenvolvimento do sistema SIGMA atende ao objetivo declarado de cumprimento ao princípio da segurança jurídica.

A pesquisa aponta que a automação da tomada de decisão no âmbito do Poder Judiciário, ainda que resulte em “apenas” disponibilização facilitada de sugestões de decisões, fere o direito fundamental do indivíduo e da coletividade à segurança jurídica, na medida em que a segurança jurídica integra os direitos de personalidade do indivíduo. Portanto, não pode ser sobreposta pelo princípio da celeridade processual.

O trabalho está dividido em 3 (três) tópicos. No primeiro, o princípio da segurança jurídica é contextualizado no ordenamento jurídico brasileiro. Também é demonstrado, por meio de citações a reconhecidas autoridades no estudo do Direito, os valores atribuídos a esse princípio. Em seguida, passa-se à análise do projeto SIGMA, oportunidade na qual suas características e objetivos são evidenciados. No terceiro tópico, é realizado o estudo para se aferir se as funcionalidades propostas pelo projeto SIGMA atendem ao princípio da segurança jurídica.

2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE GARANTIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O princípio da segurança jurídica rege as decisões administrativas e judiciárias no Brasil e pode ser compreendido a partir de óticas objetiva e subjetiva de seu conteúdo. Por assegurar fatores mínimos de previsibilidade nas ações humanas sociais, é possível classificá-lo como um direito da personalidade do indivíduo, conforme se demonstrará a seguir.

O direito fundamental à segurança jurídica, previsto, em especial, no art. 5º, incisos XXXVI e XXXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), é imprescindível ao exercício dos direitos de personalidade do indivíduo. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 257), afirma que o ser humano necessita de segurança para que tenha meios de organizar⁴ sua vida.

Sobre a importância da segurança jurídica para o ser humano, Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 128) acrescenta:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem⁵: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É insopitável a necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável,

⁴ Utiliza-se o verbo “organizar”, neste caso, como sintetizador das ações necessárias ao desenvolvimento das atividades cotidianas do ser humano.

⁵ Optou-se por utilizar a terminologia trazida pelo autor. Todavia, faz-se necessário consignar que por “Homem” deve-se entender por todos os seres humanos.

o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

O princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito. Conforme ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 452-453), “a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito [...]”. Segundo o autor, “para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal [...]”.

A segurança jurídica deve ser reconhecida como integrante dos direitos da personalidade da pessoa humana. No que se refere à compreensão desses direitos, Diogo Costa Gonçalves (2008) elucida que o termo Homem⁶ era utilizado na antiguidade para qualificar a pessoa humana, sem, todavia, atribuir qualquer significação ontológica para o fim de elucidar o seu significado. A essência da terminologia Homem, por sua vez, foi explorada pelos filósofos gregos da Antiguidade, que lhe atribuíram valor em sua universalidade, não havendo qualquer significado metafísico atribuído a sua individualidade.

Gonçalves atribuiu à teologia cristã (antropologia cristã) – que se contrapôs à antropologia antiga – a ressignificação da noção de pessoa que atingiu ao buscar explicar a Santíssima Trindade. O autor esclarece que a antropologia cristã atribuiu ao conceito de pessoa um sentido ontológico, diferenciando-o da concepção universal, aparecendo “como realidade ontológica única, fechada, incomunicável...a natureza humana racional singulariza-se na existência concreta de cada ser pessoal que, pertencendo-se a si mesmo, é autônomo e independente” (GONÇALVES, 2008, p. 28).

No pensamento moderno, a pessoa humana passou a ser entendida em seu caráter subjetivo; essa ruptura com a percepção metafísica foi denominada antropologia da subjetividade, na qual se passou a considerar os atributos psíquicos do Homem na definição do conceito de pessoa. Desse período, passou-se para a antropologia contemporânea, que identificou dois sistemas de significação de pessoa: o existencialismo – que vislumbra a pessoa como um “projeto em si” ou, ainda, em “abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno”; e o personalismo – que define a pessoa conforme sua relação com o outro (GONÇALVES, 2008, p. 36-38).

Embora evidencie uma aparente dualidade, o autor explica que ambos os sistemas integram a unidade ontológica da pessoa. Acresce que a pluriversalidade do Homem é característica que determina sua condição de realização, na medida em que defende que também integra a pessoa a sua finalidade; a finalidade para a qual vive e que permite que se desenvolva (GONÇALVES, 2008).

⁶ Novamente optou-se por utilizar a terminologia trazida pelo autor. Todavia, faz-se necessário consignar que por “Homem” deve-se entender por todos os seres humanos.

O autor parte do princípio de que não deve ser o Direito a definir o que é pessoa ou personalidade. Ao contrário, o Direito deve refletir os meios necessários a seu exercício, partindo-se da realidade para o teórico. Sem prejuízo, Gonçalves (2008) defende que os objetos de proteção relativos aos direitos de personalidade devem ser reduzidos ao necessário para a “realização ôntica da pessoa” e, para isso, sugere três “centros de tutela”: *realidade subsistente* - que seria o “conjunto de aspectos fundamentais que garantem a existência do ente-pessoa em concreto”, notadamente, “direito à vida e à integridade física e também o direito a uma autonomia moral e jurídica[...]”; *realidade atual da personalidade* - consubstanciado em “direito à própria identidade ou ainda à intimidade e reserva da vida privada”; e *realidade potencial da personalidade* - que são os direitos “destinados a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade”, entendendo-se como estes os necessários a “garantir ao Homem capacidade de ser aquilo que é”, o que não se confunde, todavia, com autodeterminação ou livre-arbítrio (GONÇALVES, 2008, p.95-96).

Não é unânime, entretanto, a defesa da tese acerca da necessidade de uma definição objetiva sobre quais seriam os direitos de personalidade a serem juridicamente tutelados. Em contraponto, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 93) destaca que “embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais”, tais elementos são inerentes à natureza humana, o que faz com que seja necessário “conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas”.

Segundo Leonardo Estevam Zanini, a legislação brasileira segue a doutrina do direito geral da personalidade:

Nesse quadro, a vanguarda da doutrina brasileira considera que o direito geral da personalidade está implícito no ordenamento jurídico pátrio, sustentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema. (ZANINI, 2020, pág. 104)

Independentemente da convicção doutrinária que se adote, é possível concluir que ambas as correntes doutrinárias entendem o direito fundamental à segurança jurídica como condição para o exercício das potencialidades humanas, devido às necessidades intrínsecas dos seres humanos a ter acesso a um mínimo de previsibilidade sobre as regras que conduzem a sociedade.

A análise acerca da integração do princípio da segurança jurídica aos direitos de personalidade do indivíduo é necessária para evidenciar o fato de que este princípio rege o Estado e serve ao povo, o que, por vezes, se perde de vista, em especial, quando o vinculam à celeridade processual, como é o caso em análise.

Retornando ao princípio da segurança jurídica, que, como visto, integra o direito da personalidade do indivíduo, Almiro do Couto e Silva (2004) ensina que é possível identificar duas

naturezas no valor atinente a ele, a saber, natureza objetiva e natureza subjetiva. A natureza objetiva do princípio da segurança jurídica diz respeito à irretroatividade dos atos emanados do Poder Público, a fim de se resguardar direitos adquiridos. Já a natureza subjetiva da segurança jurídica “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (COUTO E SILVA, 2004, p. 4).

O autor destaca que, no Direito Comparado, é comum que o princípio da segurança jurídica seja usado em sua concepção objetiva e que, para designar sua natureza subjetiva, denominam-no de princípio da proteção à confiança ou princípio da proteção à confiança legítima. O presente estudo se limita à análise da natureza subjetiva deste princípio no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, já que este parece ser o fundamento utilizado para o desenvolvimento e implementação do sistema SIGMA.

Certos de que a segurança jurídica é direito fundamental individual e coletivo garantido pela Constituição de 1988, além de integrante dos direitos da personalidade do indivíduo, cumpre analisar se há obediência desse direito na solução tecnológica produzida pelo projeto SIGMA desenvolvido, no ano de 2020, pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, que, utilizando-se da tecnologia de Inteligência Artificial, identifica e ranqueia minutas de despachos e decisões que mencionam os artigos de lei e precedentes jurisprudenciais constantes nos autos do processo a ser analisado.

3 O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ELABORAÇÃO DE MINUTAS DE DECISÕES JUDICIAIS: SISTEMA SIGMA

A Inteligência Artificial tem sido utilizada para otimizar as mais diversas atividades pelo mundo. No Brasil, o CNJ aderiu às novas formas de tecnologia para promover o aumento da qualidade na prestação jurisdicional. A morosidade da tramitação das ações judiciais propostas no país sempre foi motivo de críticas. A virtualização dos processos judiciais foi um marco na história do Poder Judiciário brasileiro, que passou, a um só tempo, ser mais célere e mais acessível.

Sem prejuízo, no que se refere ao uso de Inteligência Artificial e automação de processos judiciais, é imperioso que se pondere diversos princípios que fundamentam e direcionam o ordenamento jurídico brasileiro para o fim de validar se o implemento de determinada solução tecnológica irá, de fato, contribuir para o desenvolvimento do Poder Judiciário brasileiro em benefícios dos jurisdicionados.

Nesse sentido, passemos à análise dos princípios que devem orientar o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas no âmbito do Poder Judiciário, bem como sua conformidade com os objetivos visados pelo sistema SIGMA.

Conforme ensinamentos de Fachin (2023, p. 91), a Inteligência Artificial (AI) “deve estar a serviço da vida, cumprindo o papel de garantir, promover e efetivar direitos, liberdades e

garantias fundamentais da pessoa humana”. Assim, cabe ao Direito conhecê-la “para estabelecer a melhor forma de regulamentação”.

Nesse sentido, o autor destaca sete princípios que devem orientar essa área de desenvolvimento tecnológico, a saber: a) beneficência – a IA deve ser voltada à priorização do bem-estar humano; b) não maleficência – deve-se avaliar riscos e adotar meios de prevenção de danos voluntários ou involuntários; c) autonomia – a IA não deve influir na tomada de decisão humana de forma a usurpar do indivíduo sua capacidade de livre escolha ou de deturpar seus objetivos almejados; d) justiça – valor em constante evolução, que, independentemente da época ou local, sua permanente busca inspira o caminhar da humanidade e, por consequência, seu valor deve orientar as aplicações que fazem uso da IA; e) explicabilidade – as informações, os objetivos e a forma de execução da IA devem ser claras e de fácil acesso e compreensão à população usuária dela; f) privacidade – a IA demanda a utilização de dados pessoais para a sua utilização e desenvolvimento, razão pela qual estes dados ganham valor econômico e, diante da natureza intrínseca dos dados pessoais à personalidade humana, estes devem ganhar especial atenção e controle por parte do indivíduo, das organizações coletoras e do Poder Público; g) responsabilidade – embora não se verifique, com relevância, caráter sancionatório das normas vigentes, faz-se necessária a indenização dos indivíduos por danos causados pela IA (FACHIN, 2023, p. 91-110).

Por meio da Resolução nº 332 de em 21/08/2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispôs sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Nesse ato, definiu-se que o uso da tecnologia de IA no âmbito do Poder Judiciário deve visar a: promoção do “bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição”; segurança jurídica e “igualdade de tratamento aos casos absolutamente iguais”; eliminação ou minimização da opressão, da marginalização do ser humano e dos erros de julgamento decorrentes de preconceitos. Ainda, no decorrer do documento, foram definidos limites principiológicos que devem modular o desenvolvimento tecnológico aplicado no âmbito jurisdicional, a saber: compatibilidade com os direitos fundamentais; não-discriminação; publicidade e transparência; observação das regras de governança de dados, das Resoluções e as Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, da Lei nº 13.709/2018, bem como do segredo de justiça; segurança de dados (que devem ser extraídos de fontes seguras); controle pelo usuário interno; explicabilidade ao usuário externo; transparência na prestação de contas sobre os projetos de IA (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Verifica-se, portanto, que, em que pese a utilização e classificação de conceitos de formas não idênticas, o CNJ aprovou resolução normativa que está em plena harmonia com a doutrina mais recente sobre a temática.

Outro fator que deve ser considerado, quando da implementação de novas tecnologias, é a possibilidade de enviesamento da conduta e dos pensamentos humanos. Sobre esse tema, Edgar Gastón Jacobs Flores Filho e Marina de Castro Firmo (2022, p. 8) alertaram para o fato de

que “quando [a IA é] usada para influenciar decisões, torna-se um método não invasivo de manipulação de mentes, que pode violar tanto a liberdade cognitiva quanto a privacidade mental”.

No caso do sistema SIGMA, objeto do presente estudo, os seguintes objetivos são almejados: “reduzir o tempo de produção de minutas e evitar decisões contraditórias (LIAA-3R, 2020, p. 8). Em termos principiológicos-jurídicos, o sistema visa a contribuir com a celeridade processual e a segurança jurídica.

Antes da análise jurídica sobre os fins almejados pelo desenvolvimento do sistema SIGMA e seus possíveis resultados, cumpre descrever o seu projeto. O sistema SIGMA foi idealizado e desenvolvido no ano de 2020 pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, com o objetivo de facilitar a elaboração de minutas de despachos e decisões judiciais e administrativas. A inovação consiste em, por meio de inteligência artificial, identificar e listar, por ordem de relevância, as minutas existentes e cadastradas no PJe⁷ que possuem correlação com o objeto a ser apreciado. Noutros termos, o sistema apresenta ao usuário modelos de decisões que já foram utilizados em casos semelhantes e que, por isso, podem ser úteis na elaboração da decisão do caso em análise, trazendo maior celeridade e segurança jurídica à atividade jurisdicional.

Para o ranqueamento das minutas, o sistema SIGMA utiliza o módulo SINARA, também desenvolvido pelo TRF da 3ª Região, que extrai das peças processuais dispositivos legais e precedentes citados. O sistema SIGMA, por sua vez, extrai das minutas cadastradas os elementos que compatibilizam com os dados extraídos pelo SINARA e disponibiliza aos usuários as minutas que mais se adequam ao caso em análise. O usuário pode utilizar quantas minutas desejar para elaborar a sua decisão e, também, poderá livremente alterá-la, adequando-a ao caso em concreto. Conforme consta no projeto, o sistema SIGMA foi idealizado para que “durante a redação das minutas, sejam identificados nas peças processuais que compõem o processo informações chaves para a seleção dos modelos e, dessa forma, sejam sugeridos, ao usuário, modelos que já foram utilizados em casos semelhantes.” (LIAA-3R, 2020, p. 9)

Extrai-se do projeto que, uma vez sugeridas, pelo sistema, as minutas mais utilizadas para análise daquele dispositivo legal identificado nos autos do processo, evitar-se-ia que demandas iguais fossem julgadas de formas diferentes e, por consequência, seria atendido o princípio da segurança jurídica. Ainda, o projeto contribuiria com a celeridade processual, porquanto facilitaria o processo de busca de minutas pelo usuário. Todavia, é imperioso questionar: a fundamentação em precedentes já julgados por determinada Corte é sinônimo de segurança jurídica? Busca-se, a seguir, identificar os valores jurídicos intrínsecos ao direito à segurança jurídica e compará-los ao objetivo almejado pelo sistema SIGMA.

⁷ O PJe (Processo Judicial Eletrônico) é uma plataforma desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, que permite o trâmite de processos judiciais por meio eletrônico, cujo acesso se dá por meio da *internet*.

4 IMPACTOS DO SISTEMA SIGMA NA PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica não se concretiza com decisões reiteradamente iguais para casos igualmente idênticos. Há diversos valores e características que o integram e devem ser levados em consideração quando se visa ao desenvolvimento de meios aptos a contribuir para sua concretização. Nesse sentido, passa-se à análise desses valores e características para o fim de avaliar a adequação do sistema SIGMA ao princípio da segurança jurídica.

José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 257, 264 e 265) destaca que a segurança jurídica visa a garantir que, uma vez adotada determinada solução para uma lide, esta somente deve ser alterada, em casos futuros, “quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Sem prejuízo, o autor também destaca que não existe um direito do jurisdicionado à “manutenção da jurisprudência dos tribunais”, sendo certo que “o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável”.

Em um Estado Democrático de Direito, os agentes constituídos de poder decisório no âmbito do Poder Judiciário não podem ser meros replicadores da lei. Considerando que a democracia se fundamenta no reconhecimento da soberania popular, não há motivo para se inferir que o Estado tem outra função senão as necessárias de organização social em conformidade com os interesses do povo – coletiva ou individualmente considerados – e não para proteção dele mesmo.

A Constituição brasileira de 1988 é conhecida por seu caráter social, na medida em que garante a divisão entre os Poderes e assegura os direitos individuais, sociais e coletivos. No modelo social de governança, o Estado deve se relacionar ativamente com o indivíduo e a coletividade, com o propósito de oferecer condições materiais ao exercício igualitário da liberdade almejada no Estado Liberal, porquanto este “deixou evidente que sem acesso a bens básicos (condições equitativas de trabalho, seguridade social, saúde, educação), o indivíduo não era capaz de desenvolver-se plenamente como pessoa e de participar da vida política, cultural e social de seu país” (GOTTI, 2012, p. 19).

Com o fim de promover a soberania da vontade popular, a Constituição de 1988 atribuiu, nos termos do seu art. 102, ao Supremo Tribunal Federal a competência para assegurar a concretização da proteção dos princípios nela positivados. Vale dizer, a principal função da Corte Máxima do país é a de garantir que as normas e preceitos instituídos pelo povo sejam efetivadas em conformidade com o bem social.

Com esse objetivo traçado pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal aplica, em suas decisões, a técnica hermenêutica denominada “interpretação conforme à Constituição”, não somente em relação às normas infraconstitucionais, como também para o fim de promover o entendimento harmônico das normas contidas no Texto Magno. Isso porque o julgador deve contextualizar a regra jurídica a todo ordenamento pátrio. Na lição antiga, porém sempre atual, de Carlos Maximiliano (2011, p. 40),

ele [o juiz] age mais como investigador do que criador; a sua argúcia revela-se em se não apegar a um texto, incompleto, para o caso, e recorrer inteligentemente a uma combinação; preferir o conjunto ao dispositivo isolado, o Direito à regra, a ciência revelada por um Código inteiro, ou por diversos, a um artigo só, distinto, com um raio de ação limitado, restrito.

Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (2020) consignou em seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387-DF que a “força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional [...]”.

Assim, foi vontade do constituinte originário que o meio judicial fosse a via correta para promoção dessa atualização e reconceitualização de seus preceitos. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux (2011) destacou, em voto proferido nos autos de ADI nº 4.277-DF, que o processo judicial é o meio adequado à busca pela proteção dos direitos fundamentais. Vejamos:

O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso. (FUX, 2011, p. 6)

Tanto o é que a garantia dos direitos fundamentais, por meio judicial, restou positivada quando da instituição das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

É contraditório, portanto, defender o afastamento do uso de técnicas de hermenêuticas pelo Poder Judiciário quando este é pressuposto da própria razão de ser das ações supramencionadas e do próprio Poder Judiciário, já que se visa, por meio daqueles, a análise de conformidade da norma com os preceitos definidos na Constituição de 1988 e, por meio deste, a subsunção do caso concreto com a lei, sem, contudo, se olvidar das garantias e dos direitos constitucionalmente assegurados, que regem todos os graus de jurisdição.

Vale dizer, não é possível satisfazer o conteúdo Constitucional, se esta e as normas infraconstitucionais somente forem aplicadas literalmente. Não por outro motivo

Os juízes e os tribunais exercem, com frequência, poderes constituintes, na medida em que podem criar normas jurídicas que acabam tendo *status* constitucional [...]. Esse [a concretização dos valores inseridos na Constituição da República] deve ser o paradigma na busca incessante na realização da Justiça (FACHIN, 2023, p. 135).

Isso porque, na lição do julgador, “Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos.” (FUX, STF, 2011, p. 61).

A temida divergência hermenêutica entre juízes faz parte do processo de evolução social, já que instrumentalizado por pessoas. Porém, vale lembrar que “não deixam de andar para frente; a contradição é a mais aparente do que real; todos seguem no mesmo rumo, uns adiante, outros atrás” (MAXIMILIANO, 2011, p. 40).

Questiona-se, portanto, se, ao ranquear as minutas que, por repetição, estariam mais adequadas ao caso em concreto, o sistema estaria contribuindo para a garantia da segurança jurídica. Assiste maior razão de ser esse questionamento pelo fato de que o art. 23 da Resolução nº 332 de 21/08/2020 do CNJ veda expressamente que modelos de Inteligência Artificial sejam desenvolvidos para aplicação na seara penal. Em especial, veda-se que qualquer solução atue na prenúnciação de decisão judicial penal. *In verbis*: “a utilização de modelos de Inteligência Artificial em matéria penal não deve ser estimulada, sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, Art. 23).

Em 2021, o Relatório Justiça em Números 2022, elaborado pelo CNJ, constatou que havia 77,3 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Foi identificada uma média de 6,3 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos (CNJ, 2022, p. 5). A cobrança da população por um judiciário mais célere contribuiu para a aderência do Poder Judiciário às novas tecnologias. É comum vincular, também, a tecnologia à redução de custos. Tanto o é que o relatório acima mencionado destacou que “as despesas totais do Poder Judiciário foram reduzidas em 5,6%, somando R\$ 103,9 bilhões em 2021”, e, ainda, que “a redução de R\$ 6,2 milhões das despesas do Judiciário em relação ao ano anterior foi resultado da redução de 6,7% nas despesas com pessoal e queda de 2,4% nas despesas de capital” (CNJ, 2022, p. 6-7). Grifo acrescido.

Nesse contexto, o CNJ implementou o sistema SIGMA à plataforma Sinapses – disponibilizando a todos os Tribunais do país acesso à solução elaborada pelo TRF da 3ª Região –, para tornar mais rápida a elaboração de minutas de despachos e decisões judiciais e administrativas, sob o fundamento de que esta solução contribui para a segurança jurídica dos julgados.

Ocorre que, conforme já mencionado, os valores jurídicos intrínsecos à segurança jurídica ultrapassam a mera repetição de decisões para casos semelhantes ou idênticos. Sendo certo que a automação de decisões é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Cada decisão judicial é única, ainda que, em determinado espaço e tempo, casos iguais tenham obtido a mesma solução para o conflito.

O Direito e a sociedade são indissociáveis no Estado Democrático de Direito. Por isso, ao incentivar a utilização de precedentes, por meio de métricas numéricas de repetição – não somente se impõe óbice à evolução da sociedade, como também contribui com a perpetuação do *status quo* social e individual – que é cruel com a maior parte da população. Não se olvida que o usuário do

sistema SIGMA não é obrigado a usar os modelos ranqueados pelo sistema. Todavia, quando a tecnologia é meio de impulsionamento da produtividade do indivíduo, especialmente em casos que demandam análises subjetivas – como é o caso de processos judiciais – é consequência natural de tal processo que se aumente a “massificação” das decisões. Essa massificação, por sua vez, é um meio de enviesamento por si só, já que desestimula o pensamento crítico e a evolução do pensamento jurídico.

Não há dúvida de que qualquer forma de sugestão de comportamento é dotada de inerente enviesamento, que, por sua vez, pode “dificultar o exercício da autonomia e da agência humana, reduzindo a pessoa a um objeto sem vontade própria, com desejos induzidos externamente” (FLORES FILHO; FIRMO, 2022, p. 18), ainda mais quando esse enviesamento está diretamente relacionado à otimização do trabalho humano.

Neste contexto, tem-se que a utilização de IA para aceleração de tomada de decisões judiciais é mais uma forma de exercício de poder e manipulação do indivíduo no sistema econômico neoliberal, na medida em que “O poder, hoje, exercido sobre os corpos e mentes se desdobra de maneira silenciosa, sem fazer alarde e sem apontar para si mesmo. Atualmente, as técnicas de poder se valem da liberdade, adotando um caráter afável, passando-se por algo desejável” (RAMIRO; FACHIN; TAMAOKI, 2022, p. 47). Noutros termos, manipulando o exercício do livre-arbítrio ao supervalorizar o argumento de otimização do trabalho e distorcer o princípio da segurança jurídica, reduz o raciocínio humano à robotização, o que, inevitavelmente, conduz à estagnação individual e social. Ressalte-se que a “anatomia do poder, atualmente, não se baseia apenas em corpos dóceis, mas também em mentes dóceis” (RAMIRO; FACHIN; TAMAOKI, 2022, p.49), razão pela qual o questionamento acerca da pertinência da implementação de novas tecnologias deve ser, antes de tudo, questionada visando a preservação dos direitos fundamentais do ser humano.

Vale observar que mudanças em procedimento de qualquer espécie geram, inevitavelmente, consequências boas e/ou ruins. No caso do Poder Judiciário, a pessoa humana deve sempre prevalecer sobre as limitações do Poder Público, independentemente da origem dessa limitação. Como defendido por Mauro Cappelletti (1988, p. 164), “não se pode permitir que essa pressão [em reduzir a carga do sistema judiciário], que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo”. O autor justifica que

o maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco e que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório” (CAPPELLETTI,1988, p. 163).

Tem-se, portanto, que o conceito de segurança jurídica não deve estar associado à mera repetição de precedentes passados, sob pena de condenar a sociedade à estagnação social e individual, além de contribuir com a perpetuação do *status quo*, que – como já ressaltado, mas sempre oportuno destacar – é cruel com a maior parte da população. Mais do que isso, o conceito de segurança

jurídica deve ser definido em consonância com os valores e objetivos da sociedade em que se pretende aplicar, sem, contudo, deixar de se considerar seus aspectos históricos e, principalmente, sua natureza humana.

5 CONCLUSÃO

Conforme exposto, a garantia da segurança jurídica é indissociável de um Estado Democrático de Direito, porquanto visa a promover razoável estabilidade e previsibilidade em relação às condutas humanas e estatais, de forma a permitir ao indivíduo que tenha conhecimento de eventuais consequências decorrentes de determinadas condutas.

Na Constituição brasileira de 1988, esse direito está previsto no art. 5º, em especial, inciso XXXVI, e, portanto, é reconhecido como direito fundamental individual e coletivo. Além disso, a segurança jurídica integra os direitos da personalidade do indivíduo, porquanto é essencial para o seu desenvolvimento como membro integrante de uma sociedade organizada pelo Estado e regida pelos princípios democráticos e de legalidade.

A utilização de sistemas de Inteligência Artificial no Poder Judiciário deve obedecer a certos parâmetros que visam a assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. O CNJ publicou a Resolução nº 332/2020, na qual encampou o entendimento doutrinário de que as novas tecnologias devem obedecer, em todas as suas funções e alcances, aos ditames constitucionais.

Para análise do projeto SIGMA, desenvolvido pelo TRF da 3ª Região, a pesquisa se restringiu ao estudo do instituto da segurança jurídica. O sistema SIGMA utiliza os dados extraídos pelo sistema SINARA, o qual extrai os dispositivos legais e precedentes citados das peças processuais de autos que tramitam no PJe. O sistema SIGMA, por sua vez, identifica os dispositivos legais mencionados nas minutas de decisões/despachos cadastradas no PJe e elenca, por ordem de incidência, as minutas mais utilizadas para aquele caso em análise. O usuário, ao optar por esta solução, terá acesso facilitado às minutas que referenciam aquele dispositivo legal e, conseqüentemente, é instigado a manter o entendimento já firmado por aquele juízo.

Ocorre que os valores intrínsecos à segurança jurídica não se limitam à garantia de que casos iguais alcancem a mesma solução jurídica. Esse entendimento é demasiado simplista e, inevitavelmente, conduz à insuficiência de proteção aos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Não se olvida a busca humana por previsibilidade e estabilidade. Todavia, segurança jurídica não se confunde com imutabilidade de percepção sobre determinada realidade social. Assim como o conceito de justiça é dinâmico e, portanto, varia de acordo com o espaço e tempo em que é estudado, a solução dada a determinado caso em concreto também é suscetível de mudança. Inclusive, esta é a esperança daqueles que são vítimas de precedentes que se fundamentam em determinado recorte histórico já superado. Cita-se, como exemplo, o avanço conquistado com o

reconhecimento da união homoafetiva apreciada pela Suprema Corte brasileira, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 do Distrito Federal.

Essa capacidade de racionalização e de adaptação ao novo, de criação de novas soluções e tecnológicas, é o que diferencia o ser humano das demais espécies. O Poder Judiciário, incumbido, em todas as instâncias, de assegurar os preceitos constitucionais não pode estar alheio às demandas e evoluções sociais. Como já mencionado, o Direito e a sociedade são indissociáveis.

A decisão divergente instiga o debate, promove o estudo e a pesquisa e contribui para manutenção do olhar direcionado à demanda humana e aos anseios sociais, enquanto a automatização que instiga a repetição de precedentes vai ao encontro deste movimento evolutivo, já que prestigia a celeridade à efetiva prestação jurisdicional, afastando-se do seu objetivo primeiro – promover justiça ao indivíduo.

Não se ignora as vantagens que a tecnologia promove ao ser humano. Não se trata de afastar, em absoluto, os meios de implementação de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Assim como as tecnologias e avanços promovidos pelas indústrias privadas já beneficiam a sociedade, é natural que o Estado utilize destes meios para promover maior eficiência e qualidade no exercício de suas atividades.

Todavia, é preciso reconhecer as limitações tecnológicas e sociais para que não se desvirtue o propósito estatal. Antes de cumprir metas e apresentar resultados de desempenho, o Estado deve servir (bem) ao povo. Ainda que não se alcance a celeridade almejada no processo de julgamento das demandas que chegam ao judiciário, deve-se, sempre, privilegiar a pessoa humana.

Importa relembrar a emblemática discussão que ocorreu em meados de 1966 no Congresso norte-americano, epicentro do capitalismo e do desenvolvimento tecnológico, que, ao se analisar a implementação de uma base de dados nacional, decidiu-se que, apesar dos avanços tecnológicos alcançados e as possíveis benfeitorias decorrentes dela, a falta de meios de proteção à pessoa (dados da pessoa, no caso) é causa suficiente para que o projeto seja rejeitado, até que se alcance meio adequado de garantia da proteção da pessoa humana em face do desenvolvimento tecnológico.

Em suma, conclui-se que o sistema SIGMA não contribui para a proteção do direito fundamental à segurança jurídica. Além disso, leva ao acanhamento do desenvolvimento do pensamento jurídico e do progresso social, deixando à margem aqueles que não se beneficiam do desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. Manual de utilização do SIGMA. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/adeq/Inova/LIAA-3R/SIGMA/TUTORIAL_SIGMA_2_.pdf. Acesso em: 17 abr. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. São Paulo: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plataforma Sinapses / Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Processo Judicial Eletrônico (PJe). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 242/2020. Institui o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3566>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 332/2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 17 abr. 2023.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos

Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 237, p. 271–316, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em 5 mai. 23.

FACHIN, Zulmar. *Direitos fundamentais na sociedade digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; FIRMO, Marina de Castro. *Dignidade humana e neurodireitos na era digital*. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC, Londrina, v. 7, n. 2, e063, jul./dez., 2022. Disponível em: <https://revistaidcc.com.br/index.php/revista/article/view/163/137>. Acesso em: 06 jun. 2023.

FUX, Luiz. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 4.277-DF. Min. rel. Ayres Britto. Publicado em 14 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FUX, Luiz. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF 132-RJ. Min. rel. Ayres Britto. Publicado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2008.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LABORATÓRIO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA DA 3.^a REGIÃO. Projeto SIGMA. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/adeq/Inova/LIAA-3R/SIGMA/PROJETO_SIGMA.pdf. Acesso em: 17 abr. 2023.

LABORATÓRIO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA DA 3.^a REGIÃO. Projeto SINARA. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/adeq/Inova/LIAA-3R/SINARA/PROJETO_SINARA.pdf. Acesso em: 17 abr. 2023.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 6.387-DF. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 07 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 08 mai. 2023.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano; FACHIN, Jéssica Amanda; TAMAOKI, Clara Carrocini. A docilidade das mentes e a ameaça à integridade psíquica: reflexões sobre a evolução das técnicas de poder. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, v. 1, n. 46, 1º sem. 2022. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1653>. Acesso em: 09 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam. (2020). O Direito Geral da Personalidade: do surgimento ao reconhecimento no Brasil [meio eletrônico]. Disponível em: https://www.academia.edu/43437707/O_DIREITO_GERAL_DA_PERSONALIDADE_DO_SURGIMENTO_AO_RECONHECIMENTO_NO_BRASIL. Acesso em 20 abr. 2023.

PARECER: POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO EMERGENCIAL ALÉM
DO LIMITE LEGAL¹

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho²

PARECER Nº 15 / 2023

CONSULENTE: SMGP/DGLC

ASSUNTO: Prorrogação de contrato emergencial

CONSULTA JURÍDICA: 19.008.00XXXX/2023-XX

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE LIMPEZA EM PRÉDIOS PÚBLICOS. IMPRESCINDIBILIDADE. PRORROGAÇÃO ALÉM DO PRAZO LEGAL. NECESSIDADE EXCEPCIONAL. JUSTIFICATIVA DA AUTORIDADE COMPETENTE. POSSIBILIDADE.

I - CONSULTA

1.

A Secretaria Municipal de Gestão Pública solicita parecer desta Procuradoria quanto à possibilidade de prorrogação do prazo de execução do contrato administrativo nº SMGP-0XXX/2022, celebrado com a pessoa jurídica XXXX, cujo objeto é a "prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização visando à obtenção de adequada condição de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão de obra qualificada, de produtos saneantes domissanitários, materiais e equipamento", por prazo superior ao limite legal de 180 (cento e oitenta dias), considerando a seguinte situação fática (931XXXX):

(...)

Considerando que o PG/SMGP 0402/2022, cujo objeto é a regular *Contratação para prestação de serviços de limpeza, conservação predial, higienização e copeiragem visando à obtenção de adequada condição de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão de obra qualificada, de produtos saneantes domissanitários, materiais e equipamentos*, está publicado, com data para o certame em 19/01/2023 (SEI 19.008.190XXX/2022-XX);

Considerando que o CONTRATO Nº SMGP-0XXX/2022 (844XXX), cujo objeto é a *Contratação emergencial para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização visando à obtenção de adequada condição de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão de obra qualificada, de produtos saneantes domissanitários, materiais e equipamentos* através de Dispensa de

¹ Pareceres não submetidos à revisão pelos pares.

² Procurador do Município de Londrina e Advogado. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Municipal. Pós-Graduado em Direito Digital e Proteção de Dados. Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso e Gerente de Licitações e Contratos da PGM-Londrina. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. E-mail: sergio.oliveira@londrina.pr.gov.br

Licitação terá fim do prazo de execução, de 180 (cento e oitenta) dias conforme Cláusula Quinta, em 03/02/2023;

Considerando a imprescindibilidade dos serviços em comento;

Considerando a necessidade da manutenção da prestação do serviço até que se conclua a contratação advinda do novo processo licitatório;

Considerando o curto espaço temporal entre a data do certame e a o fim da execução do contrato vigente – em vista da possibilidade de impugnações, eventuais recursos e contrarrecursos referentes às fases de classificação e habilitação (cujo histórico para este tipo de objeto demonstra que ocorre com frequência), todos os prazos processuais necessários referentes à análise da planilha de formação de preços, que podem vir a ultrapassar o prazo final de execução do atual contrato (03/02/2022). Além disso, há de se considerar também o prazo para início dos serviços – 10 dias úteis – haja vista a necessidade de contratação de serventes e logística envolvida neste tipo de objeto que contempla diversos locais de execução.

Considerando ainda que neste caso um novo processo emergencial para abarcar o prazo entre o final da execução do CONTRATO Nº SMGP-0XXX/2022 (844XXX) até a conclusão da contratação regular seria mais moroso e oneroso ao município, além de que, para as empresas talvez nada atrativo, pois precisariam movimentar uma equipe grande para execução num curto espaço de tempo;

Considerando que é um objeto que demandou uma reavaliação da forma de contratação, com novos estudos e adequação do modelo, que, em que pese todos os esforços envidados, não foi possível o agendamento do certame em data anterior. O processo de planejamento da nova contratação (SEI 19.008.117XXX/2022-XX) foi encaminhada para envio da solicitação/demanda às unidades da administração direta e indireta em meados de agosto/2022 (conforme doc. 836XXXX). Contudo, foram necessárias diversas reuniões e correções a fim de adequar as necessidades das Secretarias ao objeto que seria licitado, somada a alta complexidade dos levantamentos.

Ainda, após publicado o edital, houve alteração do valor do vale transporte e do salário mínimo na virada do ano 2022/2023 que impactaram na necessidade de adequação da planilha, com reagendamento do certame.

Demonstra-se que não houve desídia, mas a complexidade deste tipo de contratação, tanto em questão do formato quanto em questão de unidades envolvidas, impactou no prazo decorrido.

Questiona-se:

- 1) É possível a prorrogação do contrato vigente decorrente de dispensa, com base na cláusula quinta, em caso de não ser possível o término do novo processo licitatório até 03/02/2023, até que se formalize a nova contratação?
- 2) Em caso negativo, qual a alternativa possível juridicamente, a ser adotada, de modo a assegurar a continuidade imprescindível da prestação do serviço de limpeza?

II - ANÁLISE

2.

É sabido que a Lei nº 8.666/93 estabelece o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para duração de contratos celebrados com dispensa de licitação, em situações de urgência, conforme dispõe o inc. IV do art. 24:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser **concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;**

3.

Em regra, portanto, não se mostra possível a prorrogação dos contratos firmados com fundamento na hipótese legal supramencionada. Contudo, há exceções, conforme entendimentos pacificados na doutrina e na jurisprudência.

4.

Em texto publicado no [Blog da Revista Zênite](#)³ assentou-se:

"O afastamento da licitação com base nessa hipótese tem legitimidade apenas em situações que demandem atendimento imediato, que não possam aguardar o trâmite usual das licitações, sob pena de prejudicar o interesse público. Justamente por deter natureza excepcional, o contrato emergencial tem como objetivo atender a uma demanda de forma pontual e imediata ou viabilizar o atendimento de uma necessidade permanente durante o período necessário à realização de uma licitação, quando for o caso⁴, devendo

³ <https://zenite.blog.br/e-possivel-prorrogar-contrato-emergencial/>

⁴ Nesses casos, o contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva que estabeleça sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório para nova contratação dos correspondentes serviços, tal como pontuado no Acórdão nº 3.474/2018 da 2ª Câmara do TCU. Em tempo, o TCU tem recomendado que a Administração Pública implante controles para mitigar riscos que possam resultar na realização de contratações emergenciais que afrontem o art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993, a exemplo de medição do nível mínimo de estoque para itens essenciais e de alerta sobre a necessidade de tomada de decisão quanto à prorrogação de contrato de serviço de duração continuada ou à realização de nova licitação (ver Acórdão nº 1.796/2018 do Plenário do TCU).

[3] A esse respeito, ver Acórdão nº 3.095/2008 da Segunda Câmara do TCU.

igorar pelo prazo máximo de 180 dias, contados da data do evento emergencial ou calamitoso, sendo vedada sua prorrogação. Considerando as particularidades que caracterizam a contratação emergencial, a regra é que não haja sua prorrogação, ainda que seu prazo inicial tenha sido inferior aos 180 dias estabelecidos como prazo máximo⁵. A finalidade da lei, ao instituir o prazo máximo de 180 dias, foi a de evitar que uma situação marcada pela excepcionalidade se tornasse ordinária/permanente a ponto de desviar-se do dever de licitar. Compreendida a finalidade legal, se comprovada a permanência da situação emergencial após a celebração do contrato e o transcurso do prazo originariamente estabelecido, entendemos possível defender a prorrogação de sua vigência, ainda que além do prazo máximo legal. A questão central reside na ponderação dos valores envolvidos: o aumento do prazo do contrato é ou não indispensável para fazer frente ao bem juridicamente tutelado ou à situação resguardada pela lei? Se a resposta for afirmativa, a vedação legal poderá ser afastada para garantir o atendimento da situação emergencial que permanece, isto é, em face do interesse público que exige atendimento urgente.

O TCU já entendeu nesse sentido em várias oportunidades: "Relativamente a essa matéria, a jurisprudência consolidada do TCU é de que é vedada a prorrogação de contrato fundamentado na dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública, exceto em hipóteses restritas, resultantes de fato superveniente, e desde que a duração do contrato se estenda por lapso de tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergencial. Exemplos são os Acórdãos 1.667/2008-Plenário, 1.424/2007-1a Câmara, 788/2007-Plenário, 1.095/2007-Plenário bem como as Decisões 645/2002-Plenário e 820/1996-Plenário. (TCU, Acórdão nº 1.022/2013, Plenário, j. em 24.04.2013, grifamos.)"

O teor dessa resenha teve fundamento no relatório do Acórdão nº 1.801/2014 do Plenário do TCU, com validação no voto e acórdão proferidos no sentido de que é possível a prorrogação contratual emergencial acima de 180 dias, em hipóteses restritas, resultantes de fato superveniente e desde que a duração do contrato se estenda por lapso de tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergencial. Também no Acórdão nº 3.262/2012 do Plenário, o TCU entendeu possível excepcionar a vedação legal à prorrogação de contratos emergenciais, para que não ocorresse a interrupção de serviço de fornecimento de medicamentos à população. Sem prejuízo dessa orientação, que segue o alinhamento adotado pela Zênite, há quem defenda, como solução à vedação à prorrogação expressa no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de celebrar um novo contrato emergencial se necessário⁶. Embora a questão suscite discussão, tanto no entendimento da Zênite quanto do TCU, é possível prorrogar excepcionalmente contrato emergencial, desde que comprovada a permanência das razões que deram causa à contratação emergencial ou, ainda, o surgimento de novas circunstâncias que exijam a mesma solução extraordinária. A prorrogação deve ser feita pelo prazo estritamente necessário para atender à urgência/emergência, sendo devidamente motivada e fundamentada.

5.

No mesmo sentido o entendimento da professora Suzana Rosseti, em texto publicado no [Blog da Revista Zênite](#)⁷:

Não raras vezes o administrador público se depara com situações urgentes, decorrentes dos mais variados fatores, e que demandam atuação célere, sob pena de prejuízo concreto a interesses públicos e/ou segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens,

⁵ A esse respeito, ver Acórdão nº 3.095/2008 da Segunda Câmara do TCU.

⁶ NIEBUHR, 2011, p. 117-118; e SAMPAIO, 2012.

⁷ <https://zenite.blog.br/contratacao-direta-emergencial-e-possivel-contratar-solucoes-definitivas-e-com-prazo-de-execucao-superior-a-180-dias-3/>

públicos ou privados. E para dirimir esse tipo de celeuma, a Lei de Licitações contemplou a hipótese da contratação direta emergencial que, nos moldes do seu art. 24, inc. IV, prevê ser dispensável a licitação “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”. (Grifamos.)

Do que se extrai da regra, a contratação direta emergencial deve ser utilizada para serviços e/ou fornecimentos que tenham em vista atender a demanda que não pode aguardar o trâmite usual de processo de contratação ordinário. Disso decorrem dois aspectos: 1. só podem ser contratadas emergencialmente as parcelas do objeto de fato urgentes; 2. esse cenário deve ter seu deslinde em no máximo 180 dias, entendido assim como um prazo razoável pelo legislador. Porém, o cenário fático pode desafiar as presunções criadas a partir da regra do inc. IV do art. 24. Em outros termos, não se descarta hipótese de fato emergencial, em que seja necessário contratar soluções completas, as quais inclusive ultrapassem o lapso de 180 dias.

Em circunstâncias como essas, não pode o apego à legalidade estrita impedir a adoção de soluções extraordinárias, embora consentâneas ao regime jurídico de Direito Público. Além de sedimentar o princípio da legalidade como mandamento de juridicidade administrativa, o agir administrativo, para que seja válido e eficaz em consonância com o modelo de desenvolvimento fixado pela Constituição de 1988, depende de um comprometimento com o enfrentar dos paradoxos que a realidade empírica, complexa, possa demandar. Impõe-se ao intérprete e demais agentes envolvidos na atuação pública um compromisso inafastável com o dever de uma gestão eficiente e com todos os desafios que sua escuridão considera pressupõe. É o que pondera Marçal Justen Filho quando explica não ser “viável afastar o cabimento de soluções definitivas e completas por meio de contratações emergenciais. Poderá configurar-se, no caso concreto, um imperativo de racionalidade no uso dos recursos públicos. Imagine-se uma catástrofe que acarrete a destruição de um certo equipamento. Admitir-se-á a contratação emergencial restrita a uma solução paliativa se tal for suficiente e adequado e, mais ainda, economicamente vantajoso”. (Grifamos.)

E continua o autor: “Ou seja, não se pode impor à Administração Pública que mantenha uma atuação precária e onerosa, potencialmente apta a desencadear outros prejuízos, somente em homenagem à natureza limitada das contratações emergenciais. Considerações similares podem ser desenvolvidas a propósito do prazo limite à vigência dos contratos emergenciais. (...) Por outro lado, não se pode descartar de modo absoluto a possibilidade de situações concretas em que a eliminação do risco de dano envolva uma atuação que ultrapassará necessariamente o prazo de 180 dias.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 411. Grifamos.)

O próprio Tribunal de Contas da União já se manifestou: “Sobre a possibilidade de extrapolação do prazo de 180 dias previsto para a contratação emergencial firmada com base no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/93, o TCU manifestou-se nos seguintes termos: “consoante a jurisprudência do TCU ‘o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido’. (Voto condutor do Acórdão 3.238/2010 – Plenário)”. (Grifamos.) No mesmo sentido: Acórdão nº 106/2011, Plenário. (TCU, Acórdão nº 1.157/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 21.05.2013.)” (MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 24, inc. IV, categoria Tribunais de Contas. Disponível em . Acesso em 21 out. 2016. Grifamos.)

(...)

6.

Nessa linha:

4812 – Dispensa – Emergência – Vigência e duração do contrato

Sobre a vigência contratual relativa à contratação decorrente de emergência ou calamidade, entende o autor: “(...) a interpretação do disposto no art. 24, IV, da Lei de Licitações que melhor se coaduna com o sistema jurídico vigente é a seguinte: o contrato de emergência deverá ter o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, que, dependendo de circunstâncias externas, que guardem estreita relação com o escopo do contrato e que inviabilizem a conclusão das obras poderá ser prorrogado pelo período necessário, a fim de atender ao interesse público, tendo sempre em vista a conveniência e a oportunidade da Administração Pública”. Ver SOGAYAR, Alberto Sanz. A questão relativa à vigência contratual no tocante à contratação sem licitação decorrente de emergência ou calamidade pública. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba: Zênite, n. 36, p. 100, fev. 1997, seção Doutrina.

8748 – Dispensa – Emergência – Duração contratual – Atenuação do prazo limite de 180 dias

Sobre a atenuação do limite de 180 dias de duração dos contratos por emergência, a consulta pondera: “Na situação concreta em que o contrato já foi prorrogado por uma vez, é mister cautela na formalização de nova contratação por emergência com a mesma empresa. Para que tal se mostre possível, é importante a devida justificativa no sentido de que o atraso ou a impossibilidade de execução do contrato tinha decorrido de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, e a renovação da contratação seja a única forma para viabilizar o atendimento do interesse público envolvido. Impende frisar, ainda, que os demais requisitos legais fundamentadores da contratação por emergência devem ser novamente demonstrados”. Para mais detalhes, conferir *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba: Zênite, n. 82, p. 1.010, dez. 2000, seção Consulta em Destaque.

27791 – Dispensa – Situação emergencial – Prazo – 180 dias – Extrapolação – Possibilidade – TCU

Trata-se de relatório de acompanhamento em que se discute a necessidade da prorrogação/formalização de contratações efetuadas por dispensa de licitação em decorrência de situação emergencial por prazos superiores aos 180 dias estipulados no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93. O relator, ao analisar o caso, entendeu que “admite-se a contratação sem licitação para se afastar mal maior, quais sejam, danos irreparáveis e/ou riscos insuportáveis causados por uma maior demora na contratação em decorrência da realização de procedimento licitatório”. Sustentou, também, que “os riscos/danos nem sempre estarão afastados após o transcurso de 180 dias. (...) Caso não estejam, o interesse público primário deve ser atendido. A relevância do interesse coletivo e social do objeto contratado, bem como a urgência em seu atendimento, pode fazer com que seja colocado em segundo o estrito cumprimento desse dispositivo legal”. O julgador citou na decisão, o entendimento do Tribunal de Contas da União que “vem admitindo a extrapolação do referido prazo”, o referido Tribunal entendeu que “o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais (...) pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido” (Acórdão 2.024/2008 – Plenário). Entendeu ser possível a prorrogação “desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto” (Acórdão nº 1.941/2007 – Plenário). Dessa forma, o relator concluiu que pode ser ultrapassado o prazo fixado no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, quando o objeto contratual a ser executado preencha condições como: “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e somente para os bens

necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 3.238/2010, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 01.12.2010.)

55854 – Dispensa de licitação – Contrato emergencial – Postergação de licitação por prazo indefinido – Impossibilidade – TJ/DF

O TJ/DF, em sede de apelação, julgou a proibição da postergação de licitação por tempo indefinido, no caso de contratação realizada por dispensa em razão de emergência. Segundo o tribunal, “ainda que o serviço seja indispensável, é defeso postergar a realização de licitação **por tempo indefinido**, até porque o contrato emergencial não é regra, mas, sim, medida excepcional, com duração mínima para que se regularize, com a maior brevidade possível, a forma de aquisição dos bens e dos serviços”. (Grifamos.) (TJ/DF, Apelação Cível nº 0029153-67.2014.8.07.0018, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. em 07.07.2021.)

28053 – Dispensa de licitação – Contratação emergencial – Limpeza pública – Requisitos presentes para a contratação direta – Ausência de dolo – TJ/PR

O TJ/PR concluiu pela não caracterização de ato de improbidade administrativa na contratação emergencial de serviços de limpeza pública realizada por Município. Analisando o conjunto probatório, o relator concluiu que “as prorrogações do contrato de prestação de serviços de limpeza pública, firmadas entre o Município (...) decorreram da necessidade do ente público em manter a coleta seletiva de lixo e outros serviços de limpeza pública do ente público (...). O atraso na abertura de edital de licitação decorreu de inúmeros problemas enfrentados na aquisição do terreno e liberação para funcionamento do novo aterro sanitário. Com isso, o Município não poderia deixar de realizar o serviço de limpeza pública, por se tratar de serviço essencial, e a realização de licitação geraria mais prejuízos à Administração e à população”. Afirmou também que, no “presente caso, não há como enquadrar as condutas dos agentes públicos como atos de improbidade. O serviço devidamente prestado, cumprindo a finalidade da licitação, sem a existência de qualquer prejuízo ao erário público ou enriquecimento ilícito. Dessa forma, a ausência de dolo na conduta dos apelados, não permite o reconhecimento de ato de Improbidade Administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública”. (Grifamos.) (TJ/PR, AC nº 1540463-0, Rel. Nilson Mizuta, j. em 12.07.2016.)

7.

Em momento pretérito esta Procuradoria também já se manifestou pela possibilidade da prorrogação, em situações excepcionais, nos termos do Parecer Jurídico 794/2022 (SEI nº 441XXXX).

8.

No caso concreto, segundo a Consulente, a nova contratação depende da conclusão do certame licitatório levado a efeito no Pregão nº PG/SMGP nº 0XXX/2022, com sessão pública agendada para 19/01/2023. Todavia, o contrato em vigor, oriundo de contratação emergencial, terá seu termo final em 03/02/2023, apenas 15 dias após a sessão pública, devendo-se considerar, ainda, a possibilidade de apresentação de impugnações ao edital e de recursos pelos eventuais licitantes, bem como o prazo de 10 (dez) dias, contados da assinatura do contrato, para início da prestação dos serviços, o que leva a crer não ser possível formalizar a nova contratação antes do termo final do contrato vigente, em 03/02/2023. Também argumentou que um “um novo processo emergencial para abarcar o prazo entre o final da execução do CONTRATO Nº SMGP-0XXX/2022 (844XXXX) até a conclusão da contratação regular seria mais moroso e oneroso ao município, além de que, para as

empresas talvez nada atrativo, pois precisariam movimentar uma equipe grande para execução num curto espaço de tempo". Nesse aspecto, consta do documento Contratos: Relatório de Aditamentos SMGP-DGLC-RENATA CORNELIO (SEI nº 930XXXX) uma comparação dos preços do m² praticados no contrato atual e os utilizados na nova licitação, demonstrando a vantajosidade da prorrogação. Já a empresa contratada manifestou concordância com a prorrogação, "mantendo os preços atuais praticados" (931XXXX).

9.

Embora a decisão sobre a prorrogação não caiba a esta Procuradoria - cuja atuação se limita a orientar o gestor público a adotar sempre o caminho da legalidade -, deve-se ponderar acerca das consequências práticas de uma eventual decisão de não prorrogar o contrato, tal como preconiza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942, alterado pela Lei n. 13.655/2018) em seus artigos 20 e 22:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

(...)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

10.

Sobre o tema, leciona Renato Geraldo Mendes⁸:

"Vamos falar sobre uma significativa mudança promovida na ordem jurídica brasileira e que pode transformar a cultura do ato de decidir no âmbito dos poderes do Estado.

Digamos que, sem ofuscar o brilho da Constituição Federal, o Decreto-Lei nº 4.657/1942 passa a ser a "lei das leis". Ele estará na pauta de todas as discussões jurídicas de agora em diante e terá de ser cuidadosamente estudado nas faculdades de Direito e nos cursos de pós-graduação.

Não há exagero em dizer que a Lei nº 13.655/2018 criou o cenário propício para que se realize uma verdadeira revolução no campo da tomada de decisões no Direito brasileiro, notadamente na área do direito público.

Não tenho nenhuma dúvida de que haverá um considerável esforço de determinadas pessoas ou seguimentos para que a Lei nº 13.655/2018 possa produzir todos os seus frutos, pois, com isso, todos ganharemos.

⁸ MENDES, Renato Geraldo. A revolução propiciada pela Lei nº 13.655 /2018. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 295, p. 885-889, set. 2018.

(...)

Em linguagem bem direta: uma das condições a que me refiro é que o controlador e o juiz, ao decidirem de agora em diante, devem se colocar no lugar do agente público que decidiu.

Quando afirmamos que existem autoridades que não gostam de justificar a decisão proferida, não estamos nos referindo apenas à tradicional motivação exigida para o ato ou a decisão.

A questão da motivação, ou o dever de motivar a decisão, já está resolvida – e bem resolvida – em diversos atos legislativos.

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, tem um capítulo específico que rege a motivação dos atos administrativos.

Da mesma forma, o CPC destina o art. 489 para regular o dever de motivar o ato judicial.

Estamos falando de outra coisa; de outro tipo de motivação.

É preciso perceber que a Lei nº 13.655/2018 dá um importante passo adiante e introduz uma espécie de ressignificação na ideia de motivação, para, inclusive, ampliar seu alcance e sua dimensão.

Digamos que ela cria o dever de “motivação 3.0”, pois a motivação 2.0 foi introduzida pelo § 1º do art. 489 do CPC de 2015.

Mas, o que é a motivação 3.0?

A motivação 3.0 consagra o princípio do consequencialismo decisório ou jurídico, ou seja, a ideia de que a decisão administrativa, do controlador e do juiz deve ponderar e dispor sobre as consequências práticas do ato decisório, de forma ampla e precisa.

Portanto, com a Lei nº 13.655/2018, não bastará apenas explicitar as razões de fato e de direito, também será preciso analisar e estimar as consequências práticas da decisão.

O que quero deixar registrado é o fato de que a lei inova significativamente e vai além da ideia tradicional de motivação.

O subproduto das novas exigências legais é uma profunda mudança no plano da responsabilidade de quem controla o ato administrativo e a gestão pública, ou seja, principalmente dos tribunais de contas e do Judiciário.

É natural que quem exerce poder não goste de dar explicação nem de assumir responsabilidades. Também não gosta, evidentemente, de ter de dizer por que agiu daquela forma, tampouco de estimar o efeito prático de sua decisão.

Agora terá de fazê-lo, sob pena de ilegalidade do próprio ato. A análise da consequência prática da decisão passa a integrar a própria ideia de legalidade, pois é condição para que a decisão seja válida.

Assim, com a Lei nº 13.655/2018, a coisa adquire outra configuração, pois não bastará apenas fazer o que se vinha fazendo; será preciso ir além disso.

Diríamos mesmo: o que era mais fácil ficou mais difícil, e o que era difícil passou a ficar mais fácil.

Para o agente que deve fazer a Administração funcionar e, para tanto, tem de tomar decisões difíceis, ficou mais fácil carregar o fardo da insegurança jurídica. Já para os órgãos de controle e para o Judiciário, ficou mais difícil.

Explicamos melhor.

Antes, o tribunal de contas ou o juiz de direito determinava, por exemplo, a anulação do ato administrativo de habilitação do licitante ou de adjudicação da licitação; proibia a formalização do ajuste com o vencedor; ou, até mesmo, determinava a paralisação da execução do contrato sem, por vezes, avaliar as consequências práticas de seu ato.

Assim, decidia sem considerar as consequências práticas e sem avaliar as possíveis alternativas jurídicas que compunham o cenário de quem decidiu.”

(...) - destacamos.

II.

Também merece registro a opinião dos professores SÉRGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD⁹, em artigo publicado na revista eletrônica CONJUR, quando o então PL 7.448/2017 ainda não havia sido sancionado pelo Presidente da República:

(...)

Primeiramente, é preciso compreender, sem preconceitos, o conteúdo do PL em questão. Não nos parece que, sequer remotamente, ele “enfraqueça” o controle, seja “fonte de insegurança jurídica” ou premie a “ineficiência dos gestores públicos”, sobretudo porque os deveres que impõe já são largamente exigidos pelo sistema jurídico de todos os agentes públicos, quer pertençam eles à administração pública, quer aos órgãos de controle, quer ao Judiciário. Vejamos. O artigo 20 da LINDB, introduzido pelo PL 7.448/2017, estabelece o dever de que a decisão administrativa, controladora (que também é administrativa) e judicial considere “as consequências práticas da decisão”. Só os tolos e os jacobinos creem cegamente no brocardo fiat justitia et pereat mundus; esquecem-se, ambos, de que, para que a justiça se faça, deve antes haver um mundo. Ou seja: não se trata de transferir ao controlador a responsabilidade do gestor, mas de reconhecer que quem decide é responsável pelas consequências de sua decisão. Longe de ser uma inovação, tal disposição afina-se com o dever de modulação dos efeitos das decisões judiciais para manutenção da segurança jurídica (cf. artigos 525, parágrafo 13, 535, parágrafo 6º, e 927, parágrafos 3º e 4º, do CPC de 2015; artigo 27 da Lei Federal 9.868/1999) e com o dever administrativo de promover a segurança jurídica (Lei Federal 9784/1999, artigo 2º, caput, entre outras). No mesmo sentido, o artigo 21 da LINDB, também introduzido pelo PL 7.448/2017, estabelece que a decisão administrativa, controladora ou judicial “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. Nesse caso, trata-se de norma salutar que visa esclarecer o que o agente público que decide pretende, afinal, com a sua decisão. É um passo além ao dever de motivação dos atos administrativos e das decisões judiciais, ambos consagrados legislativamente (artigo 489 do CPC de 2015; e artigo 50 da Lei Federal 9.784/1999): aquele que decide deve não apenas indicar os pressupostos de fato e de direito que informam a sua decisão, mas também declinar especificamente os efeitos que pretende venham a ser produzidos no mundo dos fatos. Quem acompanha, por exemplo, o funcionamento dos tribunais de contas sabe que não se trata de disposição sem importância: é muito comum que tribunais de contas declarem irregular uma licitação ou contrato administrativo, sem indicar o que acontece a partir dali. Na hipótese do contrato administrativo julgado “irregular”, o ser irregular pode suscitar um sem-número de consequências possíveis, que vão desde a simples rejeição das contas do agente público até a devolução de valores pagos. Estabelecer que o tribunal de contas tem o dever de explicitar quais as consequências de suas decisões não limita as suas competências de controle. Muito pelo contrário, o que faz é tornar o seu exercício mais transparente e,

⁹ <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>.

perdoe-se a redundância, mais consequente. E isto, com a devida vênia, não machuca ninguém.

O artigo 22 da LINDB, introduzido pelo PL 7.448/2017, determina que o julgador, na esfera administrativa, controladora ou judicial, tem o dever de considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Ora, que reclamação verdadeira pode ser levantada contra tal norma? Acaso não deve o julgador considerar a realidade e as vicissitudes enfrentadas pelo sujeito de sua decisão? Limita, *mutatis mutandis*, o controle jurisdicional a norma do artigo 926, parágrafo 2º, do CPC de 2015, segundo a qual “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”? (Não consta que tal argumento tenha ocorrido a qualquer processualista em face de tal norma do atual CPC).

(...)

Por fim, destaque-se ser um truísmo da teoria da administração que toda organização tende a atuar para maximizar o seu poder, sendo corolário de tal ideia o fato de que nenhuma organização abre mão, com facilidade, do poder que tenha, ou julgue ter. A partir dessa verdade inegável é que se devem compreender as críticas dirigidas ao PL 7.448/2017. **Tal projeto de lei, que esperamos venha a ser sancionado integralmente pelo presidente da República, amolda-se integralmente ao modelo constitucional de controle externo**, sobre o qual um dos signatários já escreveu: “Os tribunais de contas, importantíssimos órgãos auxiliares do poder legislativo na tarefa de controle externo da execução orçamentária, não possuem, assim como nunca possuíram, competência constitucional para substituírem-se à Administração Pública, refazendo escolhas e decisões a cargo deste poder. Também nunca possuíram, como ainda não possuem, competência constitucional para substituírem-se ao poder que auxiliam, elaborando as normas gerais e abstratas, assim como os atos individuais e concretos que regem as premissas de sua atuação. Igualmente, nunca foram, nem são capazes de igualarem-se ao poder judiciário, produzindo decisões sobre as quais não caiba qualquer revisão ou recurso”¹⁰. O controle externo, repisemos, não se encontra ameaçado pelo PL 7.448/2017, a menos que, sobre tal atividade, se entenda algo diferente do que dispõe a Constituição Federal.

(...) - destacamos

12.

Aplicando tais disposições legais ao caso concreto, há que se responder à seguinte indagação: a não prorrogação do contrato vigente para além do limite legal de 180 (cento e oitenta) dias poderá causar prejuízos ao interesse público primário? Caso a resposta seja afirmativa, a prorrogação estará justificada. Mas, se a resposta for negativa, não há que se falar em prorrogação, devendo-se formalizar um novo vínculo (ainda que emergencial e com a mesma pessoa jurídica).

¹⁰ Nesses casos, o contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutive que estabeleça sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório para nova contratação dos correspondentes serviços, tal como pontuado no Acórdão nº 3.474/2018 da 2ª Câmara do TCU. Em tempo, o TCU tem recomendado que a Administração Pública implante controles para mitigar riscos que possam resultar na realização de contratações emergenciais que afrontem o art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993, a exemplo de medição do nível mínimo de estoque para itens essenciais e de alerta sobre a necessidade de tomada de decisão quanto à prorrogação de contrato de serviço de duração continuada ou à realização de nova licitação (ver Acórdão nº 1.796/2018 do Plenário do TCU).

13.

Tendo a autoridade consulente afirmado a **imprescindibilidade do serviço e sua necessidade até que se conclua a nova contratação (930XXXX)**, aliado à demonstração de que um novo contrato emergencial seria mais oneroso, a prorrogação contratual pretendida, ao que parece, mostra-se necessária e encontra fundamento no ordenamento jurídico. Noutro dizer, permitir a solução de continuidade na prestação dos serviços de limpeza em próprios públicos, s.m.j., não parece encontrar guarida nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ainda mais na atual situação de calamidade pública instalada em nível mundial decorrente da pandemia do Covid-19 (ainda não encerrada formalmente).

III - CONCLUSÃO

14.

Posto isso, considerando as justificativas apresentadas e a essencialidade dos serviços prestados, bem como o entendimento da doutrina e da jurisprudência especializada, esta Procuradoria-Geral professa o entendimento de que, não sendo possível concluir tempestivamente a formalização do novo contrato decorrente do processo licitatório em trâmite (PG/SMGP-0XXX/2022), a prorrogação do contrato emergencial nº SMGP-0XXX/2022 (**844XXX**), pelo prazo de 60 (sessenta) dias ou até que se formalize a nova contratação, o que ocorrer primeiro, encontra amparo no ordenamento jurídico, cabendo a decisão ao gestor público.

15.

Ressalto que a presente análise é feita sob o prisma estritamente jurídico-formal, não cabendo a este Procurador adentrar em aspectos de natureza técnica, administrativa, financeira e outros relativos à conveniência e à oportunidade dos atos administrativos a serem praticados, tampouco examinar a veracidade das questões que lhe foram apresentadas (como a autenticidade da documentação acostada), que são de responsabilidade do órgão consulente e daquele que demandou a contratação.

16.

Fica aprovada a minuta do termo aditivo (**930XXX**).

O presente parecer está sujeito a ratificação superior, sem a qual é considerado simples minuta.

Londrina, datado e assinado eletronicamente.

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho
PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE LONDRINA
Gerência de Licitações e Contratos/PGM
OAB-PR 32.418 / Matrícula n. 14.130-5

Ratifico
Renata Kawassaki Siqueira
PROCURADORA-GERAL ADJUNTA DE GESTÃO DA CONSULTORIA
(Portaria nº 9/2022-PGM)

PARECER: POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE FUNDO VINCULADO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - LONDRINA ILUMINAÇÃO.¹

Carlos Renato Cunha²

PARECER Nº 164 / 2023

CONSULENTE: Secretaria Municipal de Governo

ASSUNTO: Possibilidade de criação de fundo vinculado à Sociedade de Economia Mista - Londrina Iluminação.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO FINANCEIRO. FUNDOS PÚBLICOS. PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE FUNDO MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, ADMINISTRADO PELA LONDRINA ILUMINAÇÃO S/A, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COMPONENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA MUNICIPAL. VEDAÇÃO DO ART. 167, XIV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VINCULAÇÃO DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA QUE PRESCINDE DA CRIAÇÃO DE FUNDO, SITUAÇÃO FÁTICA CONFIRMADA PELA MANIFESTAÇÃO DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS. ANÁLISE DE OUTROS ASPECTOS DA MINUTA.

I. RELATÓRIO

Consulta-nos o Sr. Secretário Municipal de Governo, por meio da Solicitação de Consulta Jurídica 1285 (88769XX), "*quanto à possibilidade jurídica de criar fundo vinculado à Sociedade de Economia Mista - Londrina Iluminação, nos termos propostos na minuta*" (88770XX).

A consulta foi distribuída paralelamente à esta Gerência e à Gerência de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN (89292XX), em ambos os casos tendo sido atribuída ao Procurador que firma a presente para resposta conjunta (89300XX, 89300XX).

¹ Pareceres não submetidos à revisão pelos pares.

² Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2019). Mestre em Direito do Estado pela UFPR (2010). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação - FBT (2015). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2005). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Procurador do Município de Londrina (PR) desde 2004. Professor do Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professor da Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR, Campus Londrina (PR). Professor da Graduação em Direito nas Faculdades Londrina, em Londrina (PR). Professor da Pós-Graduação "lato sensu" em Direito em diversas instituições, atuando como Professor Conferencista do IBET. Coordenador do grupo de pesquisa em "Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da PUC/PR Campus Londrina. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário, Compliance e Planejamento Fiscal da PUCPR Campus Londrina. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - PR - Subseção Londrina (2022-2024). Advogado. Atua em pesquisa com ênfase na área de Direito Público. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL. Membro da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Membro do Comitê Permanente do Laboratório de Inovação da PGM-Londrina - INOVALAB-PGM LDNA. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. Ex-Coordenador da Comissão da Advocacia Pública da OAB Subseção Londrina. Autor dos livros "Praticabilidade tributária: Eficiência, Segurança Jurídica e Igualdade", pela Editora Almedina (2021) e "O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: limites da praticabilidade tributária", pela Editora Juruá (2011).

Solicitamos, a título de informações prévias, manifestação de diversos órgãos (89316XX), tendo sido encaminhadas as seguintes respostas:

- a) Gerência de Iluminação Pública/SMOP (89449XX);
- b) Gerência de Licitações e Contratos/PGM (89453XX);
- c) Diretoria de Gestão de Licitações e Contratos/SMGP (89487XX);
- d) Diretoria Financeira/SMF (90394XX);
- e) Diretoria de Fiscalização das Finanças Municipais/CGM (91491XX);
- f) Diretoria de Orçamento/SMPOT (92186XX);
- g) Gabinete da SMOP (96159XX).

Até aqui temos o relatório. Doravante passamos ao parecer.

2. PARECER

Como bem se sabe, um fundo não passa de uma conta específica, vinculada. Não é uma “entidade própria”, do ponto de vista jurídico. Apenas é parte do patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público. O fundo ganha “autonomia” apenas para fins contábeis devido à previsão legislativa específica, eis o motivo de “orçamento e contabilidade individualizados”. Nesse sentido, esclarecemos que só é pessoa, juridicamente falando, o detentor de **personalidade jurídica**. Os fundos não possuem personalidade jurídica, nem processual. Nem se diga que o fato de possuir um órgão administrativo, ou um fundo, inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ os tornam **pessoas jurídicas**. Não é a inscrição no CNPJ que faz de algo pessoa jurídica. O referido cadastro existe apenas e tão-somente para fins de controle tributário no âmbito federal. Há uma sobrevalorização da importância do CNPJ entre os leigos em assuntos jurídicos. A legislação tributária federal determina que determinados órgãos e fundos tenham inscrição no CNPJ, para fins de controle tributário em separado. Isso não os transforma em pessoas jurídicas, que fique bem claro.

Cria-se um fundo para afetar determinadas receitas públicas a despesas específicas. Não há dúvida, portanto, que a utilização de recursos de um fundo público somente pode ser feita dentro dos estritos limites de prévia autorização legal, conclusão a que se chega da leitura dos artigos 37, caput, 167, incisos II e IX, todos da Constituição da República de 1988. Obviamente, no caso de receitas advindas da cobrança de taxas, tais projetos e programas devem estar vinculados às atividades de poder de polícia ou de prestação de serviço público a que se referem tais tributos, posto se tratem de exações com hipóteses tributárias vinculadas a uma atividade estatal.

Esse aspecto já foi objeto de reiterados pareceres jurídicos emitidos pela Procuradoria-Geral do Município, dos quais citamos, exemplificativamente os de n. 228/2009-PGM; 1786/2011-PGM (11226XX); 975/2017-PGM (06778XX); 475/2018-PGM (11222XX); 295/2020-PGM (36007XX); 493/2020-PGM (38936XX); 584/2021-PGM (61022XX), além do contido na Recomendação da PGM 1/2023-PGM (93122XX).

Pois bem.

Pretende a Londrina Iluminação S/A, empresa estatal municipal constituída sob a forma de sociedade de economia mista, a criação do Fundo Municipal de Iluminação Pública - FUMIP e que referido fundo, vinculado ao Município de Londrina, seja por ela administrado, como se denota da minuta encaminhada para análise (88770XX). Verifica-se que referida empresa possui contratos firmados com o Município de Londrina para objetos diversos, relacionados com a prestação do serviço de iluminação pública (89453XX, 89487XX, 92186XX).

Veja-se que se pretende a criação de um fundo por meio de previsão legal, o que, formalmente, atende ao que determina o inciso IX do artigo 167 da Constituição Federal ("São vedados...a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa."). Até o advento da Emenda Constitucional n. 109/2021 a decisão de gestão sobre a criação ou não de um fundo como forma de administração de valores era bem mais discricionária do que é na situação atual: referida Emenda incluiu o inciso XIV ao artigo 167 da CF/88, prevendo o seguinte:

Art. 167. São vedados:

[...]

XIV - a criação de fundo público, quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou mediante a execução direta por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da administração pública.

Vale dizer, o que era até então uma decisão claramente discricionária do ente público - desde que mediante lei - agora passa a ter um limitador de caráter material: a criação de um fundo público somente pode ocorrer se os seus objetivos não puderem ser alcançados pela (i) vinculação de receitas orçamentárias específicas ou por meio da (ii) execução direta por programação orçamentária de órgão ou entidade da administração pública.

Por determinação constitucional, legal, e conforme ocorre no caso concreto londrinense, o serviço público de iluminação pública é custeado pelos valores arrecadados com a Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP, como se denota das informações prestadas pela Secretaria Municipal de Gestão Pública (89487XX). Ora, referido tributo, por definição e pela previsão do art. 149-A da CF/88, possui destinação específica do valor arrecadado para tal finalidade - percebe-se claramente que basta a vinculação de receitas orçamentárias específicas, razão pela qual a possibilidade de criação de um novo fundo municipal esbarra na vedação do dispositivo constitucional acima mencionado. Em adendo e corroborando tal possibilidade, importa ressaltar que inexistente fundo previamente criado com tal finalidade (90394XX) e, efetivamente, há a vinculação das receitas da COSIP à finalidade constitucional, sem nenhum óbice de gestão.

Veja-se que o que aqui expomos fundamenta-se nas manifestações técnicas da Secretaria Municipal de Fazenda (90394XX), Controladoria-Geral do Município (91491XX), Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia (92186XX) e da Secretaria Municipal de Obras e Pavimentação (96159XX).

Diante desse quadro, opinamos pela impossibilidade jurídica de criação do fundo tratado na minuta analisada, com base na vedação do art. 167, XIV, da Constituição da República.

Complementarmente, passamos a discorrer sobre alguns outros aspectos que merecem detença por parte do consulente.

Há um problema jurídico mais complexo, que mencionamos de forma complementar: é bastante discutível ou, ao menos, juridicamente questionável, a possibilidade de que um fundo público seja administrado e/ou gerido por uma pessoa jurídica de direito privado, ainda que seja uma sociedade de economia mista controlada pelo ente público a que se encontra o fundo vinculado. Mais ainda a previsão de que o Município seria "representado" pela empresa privada, como consta da minuta.

Sabemos que há um precedente que funciona há anos localmente - a administração do Fundo Municipal de Urbanização - FUL por parte da Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização - CMTU, conforme previsão do artigo 78 e seguintes da Lei Municipal n. 5.496/1993, que foi claramente inspirada no modelo curitibano da Companhia de Urbanização de Curitiba - URBS, que administra o Fundo de Urbanização de Curitiba desde o advento da Lei Municipal de Curitiba n. 4369/1972. Até onde temos notícia, referidas gestões de fundos municipais por sociedades de economia mista nunca foram questionadas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - ao menos, em pesquisa realizada no sítio oficial do órgão, nada

encontramos nesse sentido, presumindo-se, igualmente, a aprovação de contas municipais já com tal arquitetura de gestão há décadas.

Note-se que não estamos aqui a analisar a situação do FUL e da CMTU e nem a dizer que ela deva ser modificada, pois esse não é o objeto de nosso parecer. Ao que tudo indica, o TCE-PR considera tal escolha possível. Além disso, encontramos uma decisão do Tribunal de Contas do Espírito Santo que, expressamente, analisou situação em que há administração de fundo público por parte de uma empresa pública, afirmando ser isso possível:

[...] Dessa maneira, tem-se que, embora não usual, é possível o gerenciamento de fundos especiais por entes da Administração Indireta. Nesses casos, porque o fundo não tem personalidade jurídica e as ações tomadas com seus recursos dependem da pessoa jurídica a que vinculado, os atos em seu nome seguirão a legislação que rege a entidade, inclusive quanto às licitações e aos contratos. Isso é uma decorrência lógica da subordinação do fundo, mesmo que sua constituição inicial tenha se dado sob a Administração Direta, que não é mais quem atua por ele. Assim, se ele for vinculado a uma empresa pública ou sociedade de economia mista, as contratações do fundo serão regidas pela Lei das Estatais, Lei 13.303/2016. [...] (TCE-ES, PARECER EM CONSULTA TC-00018/2020 – PLENÁRIO)

Isso, contudo, não afasta a possibilidade de existência de meios menos heterodoxos na organização da gestão dos fundos municipais e nem significa que a criação de uma nova situação dessas não possa vir a ser questionada pelos órgãos de controle, sendo nosso dever consignar o alerta.

Ainda que fosse viável juridicamente a sua criação, diante de todo o exposto e pelas mesmas manifestações técnicas prestadas durante a tramitação do presente processo administrativo, *seria essencial a análise de efetiva necessidade e/ou viabilidade política, administrativa e financeira para a tomada da decisão por parte do Chefe do Executivo Municipal*- nota-se que todos os órgãos técnicos acima mencionados posicionaram-se contrariamente à proposta.

E, exemplificativamente, citamos a questão dos problemas de gestão e de custeio da fiscalização sobre os contratos existentes com a Londrina Iluminação S/A. Nesse sentido, a manifestação da Gerência de Iluminação Pública da Secretaria Municipal de Obras e Pavimentação constante do Despacho Administrativo 140192 (89449XX):

"Conforme solicitado pela PGM, informamos que compete a Gerência de Iluminação Pública a fiscalização dos serviços executados pela delegatária Londrina Iluminação, como exemplo:

- Manutenção da iluminação pública do município;
- Modernização da iluminação pública do município, com substituição por tecnologia superior;
- Expansão da Iluminação Pública em vias, praças e áreas públicas; entre outros serviços relacionados.

Esclarecemos que para cada serviço descrito acima, são elaborados contratos específicos e realizados os pagamentos, de acordo com o acompanhamento e andamento dos mesmos.

Entendemos que caso a administração dos recursos da COSIP seja realizada pela própria delegatária, ficarão prejudicados os serviços de fiscalização realizados pela SMOP."

Ademais, parte do montante arrecadado com a COSIP é, atualmente, desvinculado, por força da Emenda Constitucional n. 93/2016, que criou a Desvinculação da Receita de Estados e Municípios - DREM, razão pela qual, ainda que fosse possível a criação do fundo, não seria obrigatório e, segundo posicionamento da Secretaria Municipal de Fazenda, não seria aconselhável, a destinação de toda a arrecadação da COSIP para tal finalidade, sob pena de prejuízos sob o aspecto do equilíbrio das finanças públicas municipais (90394XX).

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, reiterando todo o contido no tópico 2 supra, opinamos pela impossibilidade jurídica de criação do fundo tratado na minuta analisada, com base na vedação do art. 167, XIV, da Constituição da República.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua apreciação, concordância e expressa ratificação pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Eis o parecer.

À Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria.

Londrina (PR), datado e assinado eletronicamente.

CARLOS RENATO CUNHA

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

Procurador do Município de Londrina

OAB/PR 35.367 – Mat. 14.157-7

Recebido nesta data o Parecer Jurídico acima mencionado. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM e na Portaria 9/2022-PGM, **RATIFICO-O**.

RENATA KAWASSAKI SIQUEIRA

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria