

Juraci Mourão Lopes Filho
Juvêncio Vasconcelos Viana
Paula Saleh Arbs (Orgs.)

DIREITO, PROCESSO E NOVAS TECNOLOGIAS

Juraci Mourão Lopes Filho
Juvêncio Vasconcelos Viana
Paula Saleh Arbs (Orgs.)

DIREITO, PROCESSO E NOVAS TECNOLOGIAS



Fortaleza
2023

Direito, processo e novas tecnologias © 2023 by Juraci Mourão Lopes Filho,
Juvêncio Vasconcelos Viana e Paula Saleh Arbs (Orgs.)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Editora do Centro Universitário Christus
R. João Adolfo Gurgel, 133 – Cocó – Fortaleza – Ceará
CEP: 60190 – 180 – Tel.: (85) 3265-8100 (Diretoria)
Internet: <https://unichristus.edu.br/editora/>
E-mail: editora01@unichristus.edu.br

Editora filiada à



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Programação Visual e Editoração Gráfica
Jefferson Silva Ferreira Mesquita

Antônia Karine Paz Brito–Bibliotecária – CRB-3/1727

L864d Lopes Filho, Juraci Mourão.

Direito, processo e novas tecnologias [recurso eletrônico] /
Juraci Mourão Lopes Filho, Juvêncio Vasconcelos Viana, Paula
Saleh Arbs (organizadores). – Fortaleza : EdUnichristus, 2023.

90 p.

1,79 MB; E-book PDF.

ISBN 978-65-89839-50-7

1. Direito. 2. Processos. 3. Tecnologias. I. Viana, Juvêncio
Vasconcelos. II. Arbs, Paula Saleh. III. Título.

CDD 340

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

EdUnichristus

Diretor Executivo

Estevão Lima de Carvalho Rocha

Conselho Editorial

Carla Monique Lopes Mourão

Edson Lopes da Ponte

Elnivan Moreira de Souza

Fayga Silveira Bedê

Francisco Artur Forte Oliveira

César Bündchen Zaccaro de Oliveira

Marcos Kubrusly

Régis Barroso Silva

PREFÁCIO

É com muita satisfação e entusiasmo que entregamos a sociedade essa obra jurídica fruto da integração do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Ceará- UFC e do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus - Unichristus, contemplando as pesquisas e debates riquíssimos de doutorandos e mestrandos destes renomados programas, sob a supervisão de seus orientadores, cujos temas são da maior atualidade e importância possível, em evento que ocorreu sobre Direito, Processo e Tecnologia.

Temas esses que perpassam pelas novas tecnologias como *“Tecnologias Disruptivas Aplicadas à Advocacia e aos Processos Judiciais”*; *“O submundo dos Cibercrimes”*; *“Provas Digitais”*; *“On Line Dispute Resolution como ferramenta de eficiência no processo tecnológico”*; e também no tocante a desdobramentos processuais, levando em consideração o CPC de 2015, ao tratar de forma inicial de um tema completo e necessário sobre *“Do Incidente de Vulnerabilidade”*; *“Do Direito à Desconexão: Aspectos Processuais”*; *“Reflexões sobre os Negócios Jurídicos Processuais Atípicos”*; *“A Disponibilidade do Reexame Necessário como Negócio Jurídico Processual”*; e *“A Modulação de Efeitos no Tema 69 da Repercussão Geral”*.

Desejamos desde já uma excelente leitura a todos e estimando que seja a primeira obra fruto das muitas parcerias que ainda estão por vir.

COORDENAÇÃO

SUMÁRIO

1. **DO INCIDENTE DE VULNERABILIDADE: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO**9
Hermes Zaneti Jr. e Edilson Santana Gonçalves Filho
2. **A DISPONIBILIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO COMO NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL E SEUS EFEITOS** 17
Marc Philippe de Abreu Arciniegas
3. **REFLEXÕES ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO CPC/15** ..25
Juvêncio Vasconcelos Viana e Bruno Pimentel Feitoza
4. **A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL**.....35
Rodrigo Damasceno Leitão
5. **PROVAS DIGITAIS**43
Naira Pinheiro Rabelo de Alencar
6. **O SUBMUNDO DOS CIBERCRIMES E SEUS TENTÁCULOS: UMA NARRATIVA DO
DIREITO DIGITAL**53
Luís Augusto Correia Lima de Oliveira
7. **ONLINE DIPUTE RESOLUTION COMO FERRAMENTA DE EFICIÊNCIA NO PROCESSO
TECNOLÓGICO**.....63
Aline Evaristo Brígido Baima
8. **AS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS APLICADAS À ADVOCACIA E AOS PROCESSOS
JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA**75
Carla Renata Barbosa Araújo
9. **DIREITO À DESCONEXÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS**83
Hélio Barbosa Hissa Filho

DO INCIDENTE DE VULNERABILIDADE: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

Hermes Zaneti Jr.

Doutor em Direito (Teoria e Filosofia do Direito - Università degli Studi di Roma Tre) - Doutor em Direito (Direito Processual – Universidade Federal do Rio Grande do Sul) - Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo - Promotor de Justiça

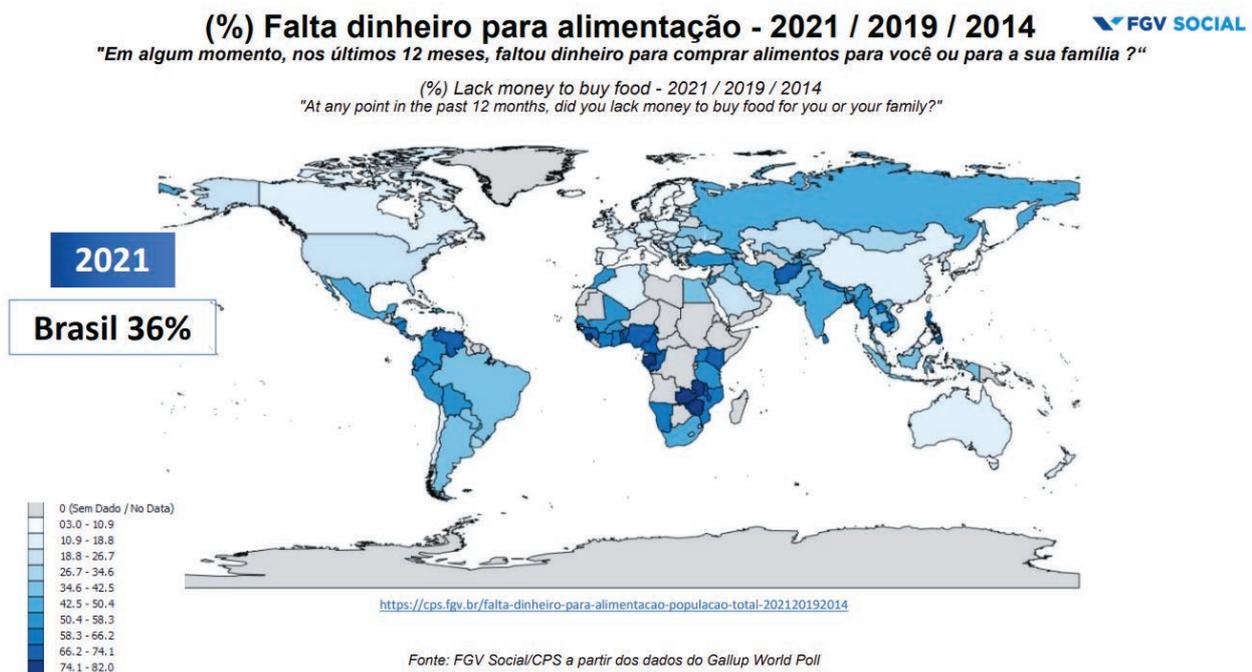
Edilson Santana Gonçalves Filho

Doutorando e Mestre em Direito (Universidade Federal do Ceará)
-Defensor Público Federal

Sumário: Introdução. 1. Notas sobre a efetividade do processo 2. Notas sobre o incidente de vulnerabilidade argentino: Anteprojeto de Lei para o Código de Processo Civil, de Famílias e Comercial da Província de Buenos Aires. 3. Medidas processuais voltadas à superação da vulnerabilidade processual no direito brasileiro. 4. Notas sobre o transplante do incidente ao direito brasileiro: uma proposta de lege lata.

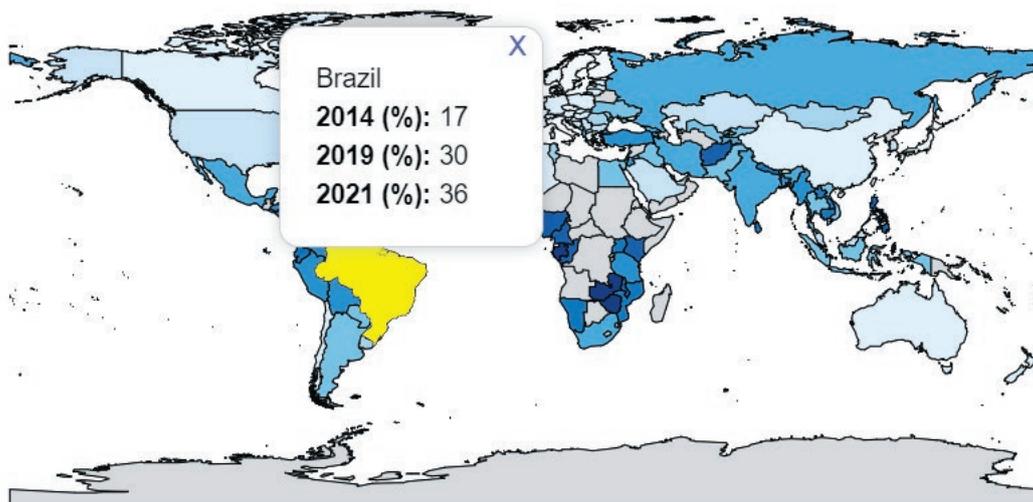
Introdução

O número de pessoas em situação de vulnerabilidade aumentou no Brasil pós pandemia de Covid-19. A fome chegou a atingir 29,2 milhões de pessoas ao final de 2021. No início da pandemia, em 2020, atingiu 31,3 milhões de brasileiros. Situação similar ou mais grave se observou em outros países. Constatou-se, neste quesito, uma diferenciação entre gêneros. Enquanto os números dos homens ficaram relativamente estáveis, entre as mulheres brasileiras subiram. A alta taxa de subnutrição no país tem impactos mais fortes entre as crianças, os mais pobres e pessoas com menor grau de escolaridade, o que revela a interseccionalidade entre os fatores. Os dados são de levantamento publicado pela FGV¹.



1 NERI, Marcelo C. *Insegurança Alimentar no Brasil: Pandemia, Tendências e Comparações Globais*. Rio de Janeiro, maio. 2022, FGV Social. <https://cps.fgv.br/FomeNaPandemia>.

No Brasil, nota-se um crescimento do percentual entre os anos de 2014 e 2021, conforme demonstra a imagem a abaixo:



Fonte: FGV Social/CPS a partir dos dados do Gallup World Poll
Source: FGV Social using data from the Gallup World Poll

www.fgv.br/fgvsocial

O conceito de vulnerabilidade é transversal e vem sendo adotado para substituir – no sentido de aglutinar - conceitos tradicionais mais restritos, como a incapacidade, a pobreza, a miséria, a indignidade etc. Mais propriamente, em sua acepção atual, a vulnerabilidade - e a hipervulnerabilidade - pode ser aplicada ao acesso à justiça e engloba todos os fatores que podem colocar a pessoa em situação de desvantagem social, incluindo a participação - em sentido alargado - na formação da esfera e da vontade pública.

Na perspectiva do direito processual, a partir deste paradigma, pode-se questionar: Experiências historicamente compartilhadas e baseadas em grupos podem ter reflexos no direito processual? Quem é o vulnerável? Quando a vulnerabilidade se configura? Quando a vulnerabilidade é suficiente para permitir ou exigir um tratamento diferenciado entre os sujeitos processuais?

No campo do processo, se tem falado em vulnerabilidade processual², tendo como decorrência um tratamento que possa reduzir as *desvantagens processuais* e, ao final, chegar a um procedimento mais equânime e a uma resolução do litígio que se aproxime materialmente da ideia de justiça. Tomando como exemplo a assistência jurídica pública em processos judiciais, podemos nos perguntar como pode ser constatada a vulnerabilidade e quando tais fatores autorizam o deferimento do serviço público. Questionamento similar pode ser feito com relação à isenção de custas processuais, tema antigo e que, de certa forma, se vale – ainda que sem utilizar tal denominação – de um certo tipo de vulnerabilidade (aquele decorrente da pobreza vista como questão exclusivamente econômica). Também se utiliza da ideia a compreensão, pelo direito brasileiro, acerca do tratamento conferido aos incapazes.

De forma mais geral, pode-se questionar em que medida regras procedimentais podem ser diferenciadas quando constada a vulnerabilidade de uma das partes. Neste texto, se realizará uma primeira aproximação do tema, por meio da análise do *incidente de vulnerabilidade* previsto no anteprojeto de lei da Argentina que visa estabelecer a redação do Código de Processo Civil de Famílias, Civil e Comercial da Província de Buenos Aires.

1. Notas sobre a efetividade do processo

A mudança de mentalidade no estudo do processo que se operou nas últimas décadas tem como uma das preocupações sua efetividade. Em suma, *se o processo produz seus resultados, será efetivo*. A constatação deste imperativo de efetividade processual está presente nas principais teorias que explicam a atual fase metodológica do direito processual, teorias preocupadas em garantir o modelo processual no Estado Democrático Constitucional. Por um lado, enquanto aspecto resultante da instrumentalidade,

2 TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.

inserida, portanto, na chamada fase metodológica instrumentalista, a efetividade será tanto maior quanto o processo se aproxime de realizar seus propósitos³, também denominados de escopos, que, em geral, são três: jurídico, social e político⁴. O escopo é um ponto em que se mira, um alvo ou, no mesmo sentido, um objetivo a ser atingido.

Por outro lado, o formalismo-valorativo complementa o percurso insistindo que a forma seja ligada aos valores que a orientam e por essa razão impõe a necessidade de pensar na qualidade das decisões mais do que na *performance*: “realizar uma reflexão crítica sobre a situação atual do Poder Judiciário brasileiro, cada vez mais premido pelo aumento geométrico das causas que chegam ao sistema (...) Preocupa-me, no entanto, que a reação se expresse às vezes em espécie de efetividade perniciosa, conducente a um formalismo excessivo e não valorativo, baseado apenas no desempenho numérico e na estatística (...) soluções (...) heterodoxas e surpreendentes, colocando em xeque o direito fundamental da segurança (...) embora possa contribuir para desafogar o Judiciário, não coopera para sua legitimação perante a sociedade civil, nem resolve realmente o problema”⁵.

Sob os efeitos da constitucionalização, que se irradia por todos os ramos do direito, o processo, além de instrumento de aplicação do direito material, passa a ser visto como um procedimento em contraditório qualificado como direito fundamental⁶. Com efeito, o que caracteriza o processo no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais é o procedimento em contraditório. Assim como para o direito material a dignidade da pessoa humana é o valor fonte, para o direito processual o valor fonte é o contraditório. Por uma razão óbvia, as partes precisam estar em condições de igualdade.

“Se um código processual reproduz injustiças, de nada serve que as reproduza de forma mais rápida e eficiente”. O trecho, que parece bem traduzir o seu espírito normativo, consta na exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil, de Famílias e Comercial da Província de Buenos Aires, evidenciando uma moderna concepção do processo. Neste sentido, o texto da norma busca estabelecer regras processuais que compensem, ainda que parcialmente, as desigualdades das partes, com a clara finalidade de tornar o procedimento mais justo. “Os trâmites judiciais devem ser mais eficientes, todavia, não para chegar mais rápido a qualquer decisão mais rapidamente, mas somente aquelas que são equitativas”, prossegue, observando, ainda, “que a eficiência, como matriz meramente instrumental, deve estar guiada por princípios substantivos”⁷.

Com efeito, na exposição de motivos do anteprojeto Código de Processo Civil de Famílias, Civil e Comercial da Província de Buenos Aires, são expostas as matrizes do novo Código, indicando-se que se levará em conta um sistema de regras e princípios, com expressa referência à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à perspectiva de gênero. Outra matriz articula a preocupação com a especial proteção das pessoas em condições de vulnerabilidade. A realidade social da Argentina e do Brasil, assim como da maior parte dos países da América Latina, é muito próxima, na qual encontra-se milhões de pessoas desfavorecidas com ampliada vulnerabilidade social. Essa realidade se tornou ainda mais aguda depois da pandemia de Covid-19.

Para corrigir essas situações, também no direito processual orientado por valores de igualdade a vulnerabilidade funciona como um instrumento substancial de justiça para que o controle judicial consiga impedir que o processo mais eficiente, orientado para a celeridade, a concentração de atos processuais, a informatização e a digitalização, sirva para reproduzir injustiças de forma mais eficiente. Desta maneira, o formalismo-valorativo controla o uso formalista da eficiência em contradição com os objetivos do direito

3 Por todos: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 13-19.

4 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2023. p. 133.

5 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

6 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108; 138; 154.

7 No original: la matriz eficientista meramente instrumental debe estar guiada por principios sustantivos. Si un código procesal reproduce injusticias, de nada sirve que las reproduzca de modo más rápido y eficiente. Los trámites judiciales deben ser más eficientes, pero no para llegar más rápido a cualquier decisión sino sólo a aquellas que son equitativas.

processual e do sistema de justiça⁸. O desenho é pensado com vistas a procurar garantir equidade processual substancial aos vulneráveis, para superar o “como se” da abstração das regras processuais quando presentes pessoas em condição de vulnerabilidade.

Ressalta-se que o Poder Judiciário e o sistema de justiça em geral têm o papel de reduzir as desigualdades sociais e favorecer a coesão social a partir dos processos judiciais que resolvem conflitos concretos. A equiparação entre as partes no processo civil é historicamente ligada a paridade de armas como garantia substancial (*Waffengleichheit*)⁹. É oportuno lembrar que assim como a constituição argentina - que adota o princípio da igualdade, vendando privilégios pessoais e títulos de nobreza (art. 16) -, também a carta brasileira de 1988 em vigor adotou a igualdade como valor constitucional (art. 5º, *caput*), inserindo, dentre os objetivos fundamentais da república, a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III).

Não há quebra da imparcialidade no procedimento que reconhece a vulnerabilidade, mas reforço substancial da equidade, que representa exatamente uma postura de imparcialidade não-neutra diante da realidade do conflito desigual. Como registrado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH - é dever dos Estados garantir, especialmente às pessoas em situação de vulnerabilidade, marginalização e discriminação, todas as condições efetivas para a tutela jurídica e administrativa dos seus direitos em decorrência do princípio da igualdade perante a lei. O caso envolvia o desaparecimento de pessoa com deficiência, portanto, vulnerável, enquanto estava internado em um hospital psiquiátrico público na cidade de Quito¹⁰.

A Corte Interamericana tem apontado que a vulnerabilidade é decorrente de situações de direito - desigualdade estabelecida pela própria lei, por exemplo, entre nacionais e estrangeiros - e de fato - a exemplo de desigualdades estruturais. Trata-se de reconhecer explicitamente que, na prática, direitos e obrigações não se distribuem igualmente entre as pessoas (no caso, entre a população da América Latina)¹¹. É oportuno anotar que a relação entre processo civil e direitos humanos, a partir da análise de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não é estranha e já vem sendo objeto de investigações acadêmicas¹².

A Comissão Interamericana, por sua vez, identificou a frequência com que as pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica possuem uma afetação no seu direito de defesa e a presença de condições de desigualdade real obriga aos Estados a adoção de medidas compensatórias para reduzir tais desigualdades e deficiências na defesa dos interesses dos vulneráveis¹³.

Ainda no plano internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada no Brasil pelo Decreto 6.949/2009, dispõe que é dever dos Estados Partes assegurar o efetivo acesso à justiça às pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas (art. 13, 1).

2. Notas sobre o incidente de vulnerabilidade argentino: Anteprojeto de Lei para o Código de Processo Civil, de Famílias e Comercial da Província de Buenos Aires

Na Argentina, o Anteprojeto de Lei que estabelece o Código de Processo Civil de Famílias, Civil e Comercial da Província de Buenos Aires prevê uma *declaração de vulnerabilidade* para o reconhecimento - em razão de idade, gênero, privação de liberdade, capacidade restringida ou incapacidade, pertencimento a

8 DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, v. 26, p. 59-88, dez. 2006.

9 NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, item 27.

10 CORTE IDH. *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*. Sentença de 26 de março de 2021. parágrafo 113. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.

11 ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología. *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Barcelona, 2014, p. 193-231.

12 FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

13 CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 set. 2007. p. 28. parágrafos 185 e 188.

comunidades indígenas, migração ou deslocamentos internos de pessoas, situação econômica, entre outras - da *situação de vulnerabilidade* para uma ou ambas as partes do litígio.

As pessoas em situação de vulnerabilidade necessitam de uma ação igualadora, para que o direito à igualdade – na perspectiva do acesso à justiça efetivo - se materialize. Essa é a essência da proposta do anteprojeto argentino, que está relacionado à capacidade de ajuste nos sistemas jurídicos contemporâneos, como observam Capelo e Mosmann¹⁴.

O reconhecimento da situação de vulnerabilidade resulta em prioridade de tramitação dos processos, conforme artigos 95 a 97, além de outros efeitos previstos no código. Entre as medidas compensatórias previstas no Anteprojeto Argentino estão a prioridade na tramitação dos processos; o dever das juízas e juízes – o texto utiliza, propositalmente, o gênero feminino – de adotar medidas de proteção de ofício ou mediante pedido da parte; a possibilidade de apresentação de documentos sem assinatura de advogada ou advogado; a concessão automática de justiça gratuita nos processos coletivos em que o grupo representado seja formado por pessoas em situação de vulnerabilidade; não obrigatoriedade de digitalização da documentação; flexibilidade dos prazos, com a possibilidade de ampliação e exceções à preclusão e à de preclusão no caso de apresentação de fatos ou documentos pretéritos desconhecidos; redistribuição ônus da prova; intimação especial com prazo de 15 dias nos casos de possível negligência e de 10 dias quando houver pedidos de rejeição da demanda e sua reiteração.

Deve, ainda, haver: adequação especial do ambiente das audiências, para garantir segurança e acessibilidade; intimação prévia para justificar a ausência em uma audiência – como exceção à regra geral, quando a justificativa deve ser apresentada em um prazo de 3 dias sem necessidade de intimação; atenção especial nas intimações dirigidas a pessoas em situação de vulnerabilidade, a fim de garantir sua entrega; cuidado especial nos casos de restituição de imóveis destinados à habitação e observância de plano em casos de despejo. Por fim, há particularidades na execução parcial e na execução provisória de sentença, bem como reconhecimento judicial de ofício nos processos de prescrição aquisitiva de domínio.

3. Medidas processuais voltadas à superação da vulnerabilidade processual no direito brasileiro

O incidente de vulnerabilidade insere-se em um contexto de regras estabelecidas com a finalidade de conferir tratamento desigual entre partes que se encontram em situação de desigualdade. O paradigma subjacente é, portanto, o valor da igualdade, que se encontra erigido à norma constitucional em diversas constituições nacionais.

A igualdade parte da ideia de tratar equitativamente todas as pessoas. Daí porque o que é igual para todos não pode ser o fator de diferenciação. É o que torna os sujeitos, por algum traço ou aspecto, desiguais, que permite o tratamento diferenciado. Fala-se, portanto, em isonomia, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais¹⁵. Daí a tão propalada diferenciação feita, especialmente entre os juristas, entre igualdade formal e igualdade material. O que se denomina *isonomia processual* é o reflexo do princípio da igualdade no plano do processo, com vistas ao robustecimento do devido processo legal¹⁶. O critério da vulnerabilidade coloca no centro da verificabilidade da questão a existência de certas posições de desvantagens que tornam a relação – processual – injusta.

As orientações – ou consequências – do reconhecimento da vulnerabilidade previstas no Anteprojeto de Buenos Aires já podem ser, de alguma forma, identificadas na legislação brasileira, porém, sem um tratamento uniforme.

14 CAPELO, María José; MOSMANN, María Victoria. El derecho procesal y los sujetos vulnerables: una mirada comparada entre los ordenamientos de Argentina y Portugal. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Número Especial, p. 6-16, out. 2021.

15 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

16 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novo CPC: das normas fundamentais e a aplicação das normas processuais. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *O novo CPC: parte geral*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 11-30.

Há diversos exemplos de institutos processuais positivados nas leis brasileiras que objetivam equalizar a relação no processo, viabilizando o acesso à justiça e compensando certa vulnerabilidade, entre outros: gratuidade da justiça como decorrência de vulnerabilidade econômica (art. 98, CPC); prorrogação de prazos em razão de vulnerabilidade geográfica (art. 222, CPC); prioridade na tramitação para idosos, pessoas portadoras de doenças graves, mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, crianças e adolescentes (art. 1.048, CPC); redistribuição do ônus da prova (art. 373, §1º, CPC) e inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII, CDC); a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública em ações possessórias em que figure no polo passivo grande número de pessoas (art. 554, §1º, CPC), dispositivo que acolheu a ideia de vulnerabilidade organizacional; a intimação pela via judicial da testemunha arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 455, §4º, IV, CPC), excepcionando a regra que atribui ao advogado da parte o ônus de informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação pelo juízo; a nomeação de curador especial ao incapaz - se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele - enquanto durar a incapacidade, assim como ao réu preso revel (art. 72, CPC) e ao interdito que não constituir advogado (art. 752, §2º, CPC); a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos de interdição (art. 752, §1º, CPC) e naqueles que envolvam o interesse de pessoa incapaz (art. 178, II, CPC); a dispensa do ônus da impugnação especificada dos fatos ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial (art. 341, parágrafo único, CPC); a assistência jurídica gratuita para pessoas em situação de necessidade (art. 134, Constituição Federal), sendo que, seu deferimento atrai uma série de medidas estampadas em forma de prerrogativas aos defensores públicos, que têm como pano de fundo conferir à defesa pública dos vulneráveis paridade com as outras partes, a exemplo da intimação pessoal da parte patrocinada pela Defensoria Pública quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada (art. 186, §2º, CPC), a dispensa de procuração quando a parte estiver representada pela Defensoria Pública (art. 287, II, CPC) e a contagem dos prazos em dobro para todas as suas manifestações processuais, prerrogativa estendida aos escritórios de prática jurídica (art. 186, *caput* e §3º, CPC) e também conferida ao Ministério Público (art. 180, CPC); da mesma forma, a intimação pessoal adjudicada à instituição responsável pela assistência jurídica aos vulneráveis e ao *Parquet* (arts. 186, §1º; 180, CPC).

Cabe a doutrina sistematizar o *processo civil dos vulneráveis* no Brasil, reforçando a equidade substancial. Uma das alternativas tipicamente nacionais que temos identificado é o reconhecimento da intervenção *custos vulnerabilis*¹⁷, posição de reforço processual que adquire a Defensoria Pública em determinados processos justamente para proteção dos vulneráveis - os necessitados -, cuja missão constitucional é justamente tutelar. Essa forma de participação fortalece a proteção dos grupos vulneráveis, permitindo que a instituição atue mesmo que a parte esteja representada por um advogado, a fim de que, no conflito de interesses envolvendo partes vulneráveis, possa tornar a disputa mais justa. O objetivo é promover os direitos de pessoas e grupos necessitados e os direitos humanos, finalidade institucional da Defensoria Pública, conforme previsto no artigo 134 da Constituição Federal. Além disto, ao Ministério Público também é reservado um especial papel de tutela dos vulneráveis no Brasil. A sua intervenção nos processos de incapazes é *ad coadjuvandum* exatamente por ser mais protetiva dos interesses do incapaz. Não há exclusividade para a tutela dos vulneráveis, de forma que as duas instituições não se anulam e não se substituem, mas se complementam, atuando, cada uma, dentro de suas finalidades (*custos iuris* e *custos vulnerabilis*).

A disciplina do processo coletivo, por sua vez, ao favorecer a tutela do interesse público, também apresenta uma dimensão mais protetiva dos vulneráveis. Chama atenção para o processo coletivo o acesso à justiça gratuita de forma automática. No Brasil, o sistema de proteção de tutela coletiva previu essa gratuidade como um desdobramento da litigância de interesse público, de forma mais ampla, portanto, não apenas para os vulneráveis, mas para todos os litigantes no processo coletivo.

Ocorre, contudo, separar a tutela do interesse público, que inclui a tutela dos vulneráveis, e a tutela dos vulneráveis em si, que pode apresentar colisões com a tutela do interesse público mais amplo. Exemplos como

17 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

a tutela ao meio ambiente em conflito com o direito à moradia e a necessidade de deslocamento de pessoas em áreas de risco ambiental e humano deixam essa hipótese muito clara. Aliás, não é incomum em litígios de difusão irradiada¹⁸ termos diversos grupos de vulneráveis envolvidos que precisam de apoio específico para se fazer ouvir e representar nos processos – como exemplifica o Caso Rio Doce, decorrente do desastre ambiental causado pelo rompimento de barragens de contenção de dejetos de mineração, espalhando milhões de toneladas de lama e resíduos tóxicos na região e atingindo diversas pessoas, de forma e em diferentes medidas, atraindo a necessidade de soluções diversas, inclusive adaptações procedimentais que tornem o processo mais adequado ao caso (*design de litígios*), dentro da ideia de uma tutela de direitos sob medida (*made-to-measure*).

4. Notas sobre a transferência do incidente ao direito brasileiro: uma proposta de *lege lata*

Transferências de instituto entre diversos ordenamentos jurídicos devem necessariamente levar em conta os contextos de origem e de destino, ou seja, aqueles entre os quais a comunicação do instituto e normas foram e serão implantados¹⁹, evitando-se o mero transplante jurídico de um organismo para outro corpo estranho²⁰. A recepção jurídica é, em qualquer caso, parte de um processo cultural geral²¹, constituindo em um elo entre diversas culturas jurídicas dos povos e, no contexto de uma doutrina constitucional, mostra-se como ciência da cultura²².

É possível o estudo comparado, a análise das condições para a recepção jurídico-constitucional de institutos desenvolvidos no direito estrangeiro e na ordem internacional, assim como, sobretudo com os avanços da globalização, que um instituto seja desenvolvido ao mesmo tempo em diversos países, em constante fluxo de comunicação entre eles, mormente pela via da atividade acadêmica. Um exemplo disso pode ser encontrado na constitucionalização do processo, cuja obra homônima desenvolveu-se na perspectiva da transferência, da comunicação entre ordenamentos e do estudo comparado²³.

O procedimento projetado na Argentina pode ser transplantado ao direito processual brasileiro, mediante manifestação da parte já na petição inicial ou, para processos já em trâmite, como um incidente, adotando-se o mesmo contraditório previsto para os pedidos de gratuidade de justiça. Desta forma, o pedido da parte poderá ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso (art. 99, CPC), presumindo-se verdadeira a alegação de vulnerabilidade. A parte contrária, por sua vez, poderá, nos autos do próprio processo e sem suspensão de seu curso, oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de quinze dias a contar do deferimento do pedido, é dizer, da declaração da vulnerabilidade pelo juiz ou tribunal, caso o processo já se encontre em grau recursal.

O reconhecimento formal da vulnerabilidade dentro do processo deverá conferir algumas “vantagens” processuais. Pensamos que, em um modelo brasileiro, a partir do ordenamento já posto, na decisão sobre a vulnerabilidade o juiz indicará tais efeitos – a exemplo da gratuidade de custas, prioridade na tramitação e dilação de prazos - de ofício ou a requerimento da parte vulnerável.

18 “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas” (VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. Revista de Processo, São Paulo, v. 248, p. 209-250, out. 2025, DTR\2015\15859).

19 FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 2, p. 89-107, 2015.

20 LEGRAND, Pierre. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

21 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

22 HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151.

23 ZANETI JR., *Ibid.*

Nesta ordem de ideais, as “vantagens processuais” (entre aspas porque não se trata propriamente de vantagem, já que visa equalizar a relação processual, ou seja, corrigir uma situação de desvantagem) já previstas na legislação brasileira em razão de alguns fatores de vulnerabilidade, como a prioridade de tramitação para idosos e pessoas com comprometimento da saúde, poderiam ser estendidas para as vulnerabilidades em geral, é dizer, quando restar, dentro do procedimento em contraditório da assistência judiciária, afirmada por declaração judicial.

Bibliografia

1. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
2. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, v. 26, p. 59-88, dez. 2006.
3. CAPELO, María José; MOSMANN, María Victoria. El derecho procesal y los sujetos vulnerables: una mirada comparada entre los ordenamientos de Argentina y Portugal. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Número Especial, p. 6-16, out. 2021.
4. CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. *Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 set. 2007.
5. CORTEIDH. *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*. Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.
6. DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
7. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
8. ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología. *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Barcelona, 2014, p. 193-231.
9. FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 2, p. 89-107, 2015.
10. FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
11. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.
12. HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
13. LEGRAND, Pierre. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.
14. NERI, Marcelo C. *Insegurança Alimentar no Brasil: Pandemia, Tendências e Comparações Globais*. Rio de Janeiro, maio. 2022, FGV Social. <https://cps.fgv.br/FomeNaPandemia>.
15. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
16. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.
17. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2002.
18. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novo CPC: das normas fundamentais e a aplicação das normas processuais. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *O novo CPC: parte geral*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018.
19. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 209-250, out. 2025, DTR\2015\15859.
20. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A DISPONIBILIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SEUS EFEITOS

Marc Philippe de Abreu Arciniegas

Servidor do Poder Judiciário do Estado do Ceará - Graduado em Direito pela UFC - Pós-graduado em Processo Civil pela ESMEC

Sumário: 1 Negócios jurídicos processuais; 2 Conceito e classificação; 3 Disponibilidade da remessa necessária e seus efeitos; 4 Conclusão.

"O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade."

(Jonh Locke)

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O Novo Código de Processo Civil trouxe em si uma carga de valorização do consensualismo e da informalidade que levou o Judiciário a se remodelar, de modo que a arena de dissídios e julgamentos cedesse espaço a um ambiente menos árido de resolução de conflitos e negociações. Assim, a legislação processual se estruturou de forma a estimular a solução de conflitos através de procedimentos maleáveis; ou seja, autorizando expressamente a possibilidade de resolução de litígios pela via que parecer mais adequada a cada caso, sem ter que se submeter as partes a procedimentos rígidos incapazes de dar celeridade à prestação jurisdicional.

Nesta senda, ganhou destaque o instituto do negócio jurídico no âmbito do processo civil moderno como forma de ajuste privativo do procedimento.

O tema "negócio jurídico processual", após a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, despertou interesse de muitos estudiosos do direito que passaram a investiga-lo, não pelo seu ineditismo, mas por ter sido cunhado em nosso diploma processual um enunciado que consagra o instituto no art. 190 do CPC/2015, o qual dispõe que:

Versando o processo sobre **direitos que admitam autocomposição**, é lícito às partes plenamente capazes estipular **mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa** e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O negócio jurídico processual é um ato dispositivo que decorre da declaração de vontade de um ou mais sujeitos do processo, que regulam posições jurídicas processuais, através da criação, alteração, modificação ou extinção de situações jurídicas – tais como ônus, poderes, faculdades e deveres – em processos cujos direitos materiais discutidos admitam autocomposição.

As partes envolvidas em um processo judicial têm a possibilidade de ajustar, de forma consensual, o procedimento a ser adotado na resolução do litígio, desde que não contrarie a moral e normas jurídicas de ordem pública – e aqui se incluem as leis e os princípios explícitos e implícitos do processo, tais como a boa-fé e a cooperação. Neste sentido, inclusive, foi elaborado o enunciado nº 6 do FPPC: “O negócio processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

Essa convenção seria uma ferramenta para as partes adaptarem o processo às suas necessidades e expectativas, considerando o direito material discutido e as particularidades das partes envolvidas na lide social, que deixariam de ser obrigadas a seguir um procedimento rígido e/ou inadequado para nadar em águas mais calmas e a favor da correnteza.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A lei processual impõe limites subjetivos e objetivos - gerais e específicos - para o exercício da negociação dentro do processo, cuja representação pode ter previsão esparsa na lei, os chamados atos típicos, ou serem eles atípicos, cuja autorização repousa no art. 200 do CPC/2015: "*Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais*".

Fazendo uso da Teoria do Fato Jurídico, desenvolvida em 1954 por Pontes de Miranda, o negócio jurídico possui três planos autônomos e independentes entre si:

o da existência, o da validade e o da eficácia. Assim, se preenchido o suporte fático,

o fato, antes irrelevante, passa a ser jurídico; sendo jurídico, pode-se perquirir a sua validade, e, por fim, irradiar efeitos no mundo jurídico.

Segundo enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC: "A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei".

Já os pressupostos objetivos do negócio jurídico podem ser genéricos, que exigem que o direito seja passível de autocomposição - e pode implicar ou não em disponibilidade do direito material ou processual -, ou específicos, cujos limites estão dispersos na legislação, a depender do negócio que se busca realizar, tais como a modificação de competência, que exige ser esta relativa.

Além dos pressupostos subjetivos e objetivos, os negócios jurídicos estão submetidos a limites de eficácia, como a vedação ao abuso que proporcione o enfraquecimento da parte hipossuficiente a ponto de submetê-la à situação de vulnerabilidade, e tais convenções serão submetidas ao crivo do Judiciário para controle de validade, por força do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015:

De ofício ou a requerimento, o **juiz controlará a validade das convenções** previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou **em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade**.

Segundo o enunciado 17 do FPPC: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica", o que demonstra a preocupação com o desequilíbrio que pode existir na fase de negociação.

Partindo dessas considerações, passamos à análise dos sujeitos do instituto sob estudo, uma vez que essas disposições podem envolver mais de uma parte, quando o negócio for bilateral ou concordante; e unilateral, quando o ato for realizado isoladamente por um sujeito do processo.

Quando nos deparamos com um negócio jurídico bilateral, via de regra, os sujeitos envolvidos no ato de consensualidade visam atender interesses comuns para modificar ou ajustar o procedimento, adequando-o às particularidades da causa e/ou partes, a exemplo do art. 357, § 2º, do CPC/2015: "*As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e de direito relevantes para a decisão do mérito, que, se homologada, vincula as partes e o juiz*" – além dos herdeiros e sucessores daquele; vide enunciado nº 115 do FPPC².

Usando uma expressão utilizada por Fredie Didier Jr., os convenientes buscam, em negócios bilaterais, "customizar" o processo, adequando-o às suas necessidades, desde que tais convenções não afrontem normas públicas e não resultem em situação de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

1 FPPC, enunciado 135: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

2 O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores

Por se tratar de atos de cooperação capazes de regular etapas do procedimento, convencionando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, esses atos bilaterais podem ser firmados antes da inauguração do processo (fase pré-processual), e, caso sobrevenha litígio, na fase processual negociada - se for alcançada - permitindo, inclusive, o estabelecimento de sanções em caso de descumprimento do que restou convencionado. Nesse sentido o enunciado 17 do FPPC: "*As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção*".

Importa falar *en passant* sobre a controversa hipótese de ato plurilateral, que é aquele que envolve as partes e toca a pessoa do juiz, que colabora no desenvolvimento do negócio jurídico e o homologa, tal como ocorre no calendário processual previsto no art. 191 do CPC/2015: "*De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso*".

Há quem diga não ser hipótese de negócio jurídico processual - tese a qual me filio - por estar, a vontade das partes, submetida ao crivo do magistrado, que deve aprovar a proposta de calendário apresentada, o que evidencia que o campo de negociação das partes sofre limitação.

Já no caso dos atos unilaterais, essa possibilidade de negociação no fluxo pré-processual não existe, uma vez que aqui não se trata de modificação do procedimento para melhor atender às partes, mas sim de estratégia processual, como, por exemplo, o disposto no art. 225 do CPC/2015: "*A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, desde que o faça de maneira expressa*". O negócio unilateral permite ao sujeito regular ônus, poderes, faculdades e deveres que digam respeito a si, onde se encaixa a Remessa Necessária - ou a dispensa dela por atuação positiva do advogado público quando da interposição de recurso - objeto desta pesquisa.

3. DISPONIBILIDADE DA REMESSA NECESSÁRIA E SEUS EFEITOS NO PROCESSO

Originalmente conhecido por "recurso de ofício", a atualmente denominada "remessa necessária" funciona como medida de proteção da Fazenda Pública, de forma que as sentenças proferidas em desfavor dos entes subnacionais, além de suas autarquias e fundações de direito público, devem ser revisadas pelo Judiciário para que, somente após tal reanálise, seja a elas atribuído o trânsito em julgado.

Inicialmente, o CPC/1939, previu a apelação contra as decisões definitivas de primeira instância proferidas contra a União, Estados e Municípios, em seu art. 820, capaz de forçar a subida dos autos ao Tribunal para reexame voluntário (art. 821) ou de ofício, pelo juiz prolator da sentença (art. 822, parágrafo único, inciso III). O art.

10 da Lei nº 9.469/1997, estendeu essa prerrogativa às autarquias e fundações públicas, e, por fim, o inciso I do art. 475 do CPC/1973, passou a incluir o Distrito Federal nesse rol.

Sempre houve divergência na doutrina acerca da natureza jurídica do reexame da sentença contra a Fazenda Pública: se apenas condição de eficácia daquela ou se recurso propriamente dito. Conforme leciona Leonardo Carneiro da Cunha³:

"(...) de acordo com esse segundo entendimento, embora não haja impugnação nem voluntariedade na sua interposição, existe o ato de impulso de determinar a remessa dos autos ao órgão hierarquicamente superior, a partir de quando se opera a *devolutividade*, no sentido de transferir ao Tribunal o conhecimento da matéria versada na sentença" (CUNHA, 2018, p. 190).

O processualista pernambucano vai mais além e destaca que compreender a remessa necessária como condição de eficácia da sentença ou para formação da coisa julgada é incorrer no equívoco de se definir algo por seus efeitos, e não necessariamente pelo que de fato é - resultando no fortalecimento da tese de que a remessa necessária seria, na verdade, um recurso de ofício desprovido de impugnação específica,

3 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 15ª ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, págs. 190-192.

maximizando a cognição da sucumbência fazendária na instância superior.

A remessa necessária, portanto, funciona como uma expectativa de direito processual que se materializa no primeiro minuto após o decurso do prazo para interposição do recurso voluntário e se perfectibiliza após envio dos autos ao tribunal com o consequente reexame da questão de fundo pela instância superior. Ao julgar a remessa necessária, o acórdão substituirá a sentença, ainda que apenas a confirme, não podendo prejudicar o ente público que sucumbiu em primeiro grau.

Assim, em possuindo natureza jurídica de recurso, cuja remessa ao tribunal se dá por impulso oficial, e em se tratado de negócio jurídico processual unilateral, o advogado público tem a prerrogativa de dispor da remessa necessária quando impugna a sentença por meio de recurso. Consequentemente, o processo terá possibilidade de, após a intimação da sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, percorrer dois caminhos distintos:

- (i) o da impugnação específica dos fundamentos da sentença, após oposição de recurso, quando se atacariam os capítulos que entender pertinentes de serem reformados ou anulados;
- (ii) o do reexame amplo da matéria em que a Fazenda Pública sucumbiu, devendo o advogado público apenas aguardar o decurso do prazo e a subsequente remessa dos autos *ex officio* ao Tribunal.

O §1º do art. 496 do CPC/2015, é cristalino ao determinar que *“Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á”*.

Como se pode observar, o que faz o processo ascender ao Tribunal é a interposição de recurso ou, na sua ausência, o impulso do juiz, e a profundidade do efeito devolutivo é definida pelo advogado público, quando opta por recorrer da sentença ou apenas aguarda o envio dos autos para reexame. No primeiro caso, o procurador escolhe o(s) capítulo(s) que deseja impugnar e exerce mais uma vez o contraditório, em seu aspecto material; ou seja, há uma possível perda na amplitude de revisão do julgado, mas um ganho de técnica processual - típica do negócio jurídico unilateral - , enquanto na escolha pela remessa necessária, apesar de potencialmente ampliar a matéria a ser reexaminada, o advogado perde a oportunidade de se dirigir ao colegiado e convencê-lo da prevalência de sua tese.

Esse "perde e ganha" deve ser sopesado pelo advogado público, que, como dito, pode escolher a qual estratégia aderir a fim de obter sucesso na reforma ou cassação da sentença proferida em seu desfavor. Aliás, as procuradorias devem avaliar, inclusive, a questão da verba sucumbencial uma vez que, optando pelo silêncio - que motiva o envio dos autos ao Tribunal por impulso oficial do magistrado - não haverá a majoração de honorários advocatícios prevista no §11º do art. 85 do CPC/2015⁴.

Outra questão interessante diz respeito ao recurso voluntário que impugna em parte a sentença e a possibilidade da remessa necessária. Acerca do tema, o FPPC editou o enunciado nº 432, o qual orienta que "A interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária".

Pelo que se depreende da referida diretriz, admitir-se-ia a concomitância entre recurso voluntário e remessa necessária, não sendo a impugnação parcial impedimento ao envio do recurso de ofício.

Em que pese a aplaudida técnica de somente emitir enunciados aprovados por unanimidade no grupo temático e aprovados também por unanimidade na plenária dos fóruns de processualistas, e mesmo reconhecendo o fatiamento da sentença em capítulos impugnáveis autonomamente, tenho, em meu íntimo, que não podem conviver harmonicamente recurso voluntário e remessa necessária no mesmo processo. É que

4 O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

a interposição daquele rompe o processo de latência em que se encontrava esta última, e o advogado público, quando recorre, opta pelo caminho da impugnação específica da sentença e afasta a possibilidade de revisão geral, mas exercendo o contraditório junto à instância superior.

Ainda que a impugnação seja parcial, a utilização da via recursal voluntária impede que a sentença seja remetida para reexame, pois, na hipótese, teríamos dois recursos caminhando juntos a partir de uma única decisão.

É de considerar que por força do princípio da unirecorribilidade ou singularidade, também denominado de unicidade do recurso, consagra-se a premissa de que existe apenas um único recurso próprio e adequado para cada decisão no ordenamento jurídico, de modo que os instrumentos processuais seriam inacumuláveis. Desta forma, recurso voluntário e remessa necessária - que, como dito, possui natureza recursal - não podem ascender juntos ao Tribunal.

Vejam, por exemplo, a hipótese em que a Fazenda Pública é condenada em demanda repetitiva, tal como o fornecimento de medicamentos pelo Estado, e o advogado público aceita a derrota, mas observa que os honorários advocatícios foram fixados de forma equivocada. Neste caso, se a tese recursal versa apenas sobre esse capítulo, não deve a sentença ser remetida para reexame integral, mas, apenas, para reapreciação da forma de arbitramento da verba honorária, por força do princípio *“tantum devolutum quantum appellatum”*.

Desta forma, é muito importante que o advogado público esteja atento ao que pretende impugnar - se pontos específicos ou o fundo do direito como um todo - pois, ao fazer uso da via recursal voluntária, estará abandonando a possibilidade de envio dos autos para reexame necessário.

Outro ponto que merece destaque versa sobre casos controversos de dispensa da remessa necessária.

É muito comum nos depararmos com advogados públicos que optam pela estratégia de se manterem inertes até que decorra o prazo e os autos ascendam ao Tribunal por impulso do juiz a fim de que seja reexaminada a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública. Em outras situações, o procurador recorre alegando apenas a necessidade de reexame obrigatório da sentença.

No primeiro caso, em que se aguarda o envio dos autos de ofício para reexame da sentença no Tribunal, deve o advogado público ficar atento às hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC/2015, para não ser surpreendido pelo trânsito em julgado.

O § 4º traz critérios objetivos de dispensa da remessa, bastando que o advogado saiba quando a sentença estiver fundada em: (I) súmula de Tribunal Superior; (II) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (III) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência no Tribunal local; (IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Estas hipóteses requerem conhecimento do advogado público, bem como a ciência de que a matéria já se encontra pacificada pelos Tribunais ou pela Administração Pública. Ou seja, não há muito que fazer, salvo quando se busca a inaplicação ou a superação do precedente, através de *distinguishing* ou *overruling*, respectivamente.

Já na hipótese de alçada, prevista nos incisos do § 3º do art. 496 do CPC/2015, é importante o advogado, ao optar pela técnica de aguardo da remessa necessária, observar o valor da condenação, sobretudo quando for ilíquida. É que os operadores do direito ainda se utilizam do enunciado nº 490⁵ do repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que afasta objetivamente a dispensa do reexame necessário quando o valor da condenação ou do direito controvertido for ilíquido.

5 A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Ocorre que a tese jurídica fixada no julgamento do REsp nº 1.101.727/PR, que deu origem ao tema nº 17, e, posteriormente, à Súmula 490, ambos do STJ, precede a entrada em vigor da atual legislação processual (CPC/2015), e não mais prepondera em razão da utilização do critério socioeconômico, pelo legislador ordinário, nas hipóteses de dispensa de reexame da sentença pela instância superior de jurisdição.

A elevação do limite pecuniário da condenação para conhecimento da remessa necessária significa uma opção do legislador pela preponderância dos princípios da eficiência e da celeridade na busca pela duração razoável do processo, pois elegeu também o critério do impacto econômico para impulsão do recurso de ofício para fins de reexame da sentença.

Importante destacar que o STJ⁶, o TRF da 5ª Região⁷ e o TJCE⁸ vêm afastando o precedente formado no longínquo ano de 2009, ainda sob a vigência do CPC/1973, nas hipóteses em que o valor da condenação - ainda que ilíquido, mas facilmente mensurável - for inferior aos valores de alçada. Passou-se a adotar a “*ratio decidendi*” contida na tese difundida no Superior Tribunal de Justiça de que “*É dispensável a remessa necessária nas sentenças ilíquidas proferidas em desfavor do INSS, cujo valor mensurável da condenação ou do proveito econômico seja inferior a 1.000 (um mil) salários mínimos*”.

Desta forma, o advogado público deve observar se o valor presumido da condenação supera aquele previsto nos incisos do § 3º do art. 496 do CPC/2015, a depender do ente que representa, para, a partir de então, colocar em prática a estratégia de interpor recurso de apelação ou aguardar o garantido reexame da sentença pelo Tribunal.

Já na segunda hipótese, em que o advogado público apenas traz em suas razões a necessidade de reexame da sentença por força do art. 496, *caput*, não vejo prejuízo em sua apática impugnação, devendo, mesmo em se tratando de recurso voluntário vazio, os autos ascenderem ao Tribunal para reexame de toda a matéria em que a Fazenda Pública sucumbiu, como se recurso de ofício fosse.

4. CONCLUSÃO

A tese de que a remessa necessária, como negócio jurídico processual unilateral, é uma estratégia processual deve ser compreendida por todos os atores do processo: procuradores, advogados, membros da Magistratura e do Ministério Público.

Desta forma, ao exercer a prerrogativa de dispensar a remessa necessária ao interpor recurso de apelação, o advogado público deve ter consciência de que, naquele momento, o princípio da devolutividade, inerente ao recurso, estará restrito à matéria impugnada - “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Assim, por força do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade, o recurso voluntário estancará a remessa necessária - que possui, como vimos, natureza recursal - e a sentença só será revista obrigatoriamente na pendência de apelação quando este for intempestivo ou quando as razões nele contidas estejam restritas ao pedido de reexame previsto no art. 496, *caput*, do CPC/2015.

Funcionando como técnica processual, é importante que o procurador sopesse os efeitos da decisão tomada, uma vez que, recorrendo, “conversará” com o colegiado sobre os pontos que deseja reformar ou

6 REsp 1735097/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 11/10/2019; REsp 1844937/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019.

7 PROCESSO: 00021718720198060173, REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA, 1ª TURMA, JULGAMENTO: 28/07/2022; PROCESSO: 00006472820194059999, APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA, 1ª TURMA, JULGAMENTO: 07/10/2021

8 Apelação/Remessa Necessária - 0015680-70.2017.8.06.0136, Rel. Desembargador(a) JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 10/04/2023, data da publicação: 10/04/2023; Apelação Cível - 0200311-21.2022.8.06.0122, Rel. Desembargador(a) FRANCISCO GLADYSON PONTES, 2ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 22/03/2023, data da publicação: 22/03/2023; Remessa Necessária Cível - 0006216-84.2017.8.06.0083, Rel. Desembargador(a) WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 20/03/2023, data da publicação: 20/03/2023.

anular, e, por outro lado, silenciando, forçará o reexame de todos os pontos em que sucumbiu, mas perderá oportunidade de influenciar o órgão revisor.

O julgador, ao se deparar com o recurso, deve, em sendo o caso de remessa necessária consignada na sentença, desfazer o ato e, após formação do contraditório, determinar a subida apenas da apelação ao Tribunal, salvo, como dito, se intempestivo o recurso voluntário.

Competirá, ainda, ao Ministério Público, ao receber os autos para manifestação de mérito, se for o caso, opinar apenas sobre as razões recursais, desconsiderando que em momento pretérito houve necessidade de reexame obrigatório da sentença.

E, por fim, caberá ao colegiado, no exercício de sua jurisdição, se debruçar sobre as questões discutidas no processo e considerar apenas os capítulos impugnados pelo advogado público, pois, na instância superior, o acórdão revisor deve ter pertinência com os pedidos recursais, ressalvadas as matérias de ordem pública cognoscíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, a exemplo do § 3º do art. 485 do CPC/2015⁹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2017.
2. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 15ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
3. DIDIER JR., Fredie; PEDROSA, Pedro Henrique. Teoria dos fatos jurídicos processuais, 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
4. DIDIER JR., Fredie; Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 59-84, acesso em: mai. 2023.
5. MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil comentado / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 5ª ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
6. TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em: mai. 2023.

9 Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

IV verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

REFLEXÕES ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO CPC/15

Juvêncio Vasconcelos Viana

Advogado, Procurador do Estado do Ceará.

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFC.

Doutor em Direito pela USP.

Bruno Pimentel Feitoza

Mestrando em Direito pela UFC.

Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Processo cooperativo; 3. Negócios jurídicos processuais; 3.1. Classificações dos negócios jurídicos processuais; 3.1.1. Negócios *stricto sensu* ou convenções processuais; 3.1.2. Negócios unilaterais, bilaterais ou multilaterais; 3.1.3. Negócios estáticos, dinâmicos, antecedentes ou subsequentes; 3.1.4. Negócios típicos ou atípicos; 4. Os negócios jurídicos processuais atípicos; 4.1. Premissas dos acordos atípicos; 4.1.1 Princípio do respeito ao autorregramento da vontade; 4.1.2 Princípio da adequação; 4.1.3 Artigo 158 do CPC/73; 4.1.4 Artigo 190 do CPC/15; 5. Reflexões acerca dos negócios atípicos no CPC/15; 5.1. Os negócios processuais atípicos e o Código Civil; 5.2. O papel do Poder Legislativo; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a abordar a controversa temática dos negócios jurídicos processuais atípicos e a sua real efetividade no modelo cooperativo pátrio, haja vista que, na atual conjuntura processual brasileira, esse instituto ainda é alvo de intensos debates acerca do seu papel na resolução da lide. Nesse sentido, o objetivo principal dessa produção científica é apresentar novas perspectivas acerca das convenções atípicas, de modo a difundir o tema entre os operadores do Direito que não estão familiarizados com as peculiaridades de tais acordos, ao passo em que se busca expor alternativas viáveis aos processualistas mais céticos sobre o assunto.

Ao lado do desconhecimento, os estereótipos que foram atrelados aos negócios atípicos podem ser considerados como a principal causa de subutilização desse instrumento processual, percepção essa que acompanha parte da doutrina nacional desde o CPC/73. Esse padrão se repete ao longo de gerações no Processo Civil pátrio e remonta ao receio ou desinteresse que os pesquisadores de correntes processuais mais publicistas demonstravam perante a ideia das partes poderem adequar o procedimento às necessidades do caso concreto.

Nessa perspectiva, buscar-se-á introduzir alguns aspectos basilares das convenções atípicas, visando demonstrar as principais características que norteiam esses acordos e quais são os limites impostos pelo ordenamento jurídico para impedir o uso desmedido dessa ferramenta processual, apontando, por fim, duas breves reflexões acerca dos negócios atípicos, uma envolvendo aspectos jurídicos e outra pautada em políticas públicas que podem ser adotadas pelo Poder Legislativo.

Assim sendo, não se objetiva apontar soluções definitivas sobre a forma mais efetiva de aplicação das convenções atípicas, haja vista se tratar de um tema tão controverso e complexo. Esse trabalho não deve ser

encarado enquanto um fim em si mesmo, mas como um meio de se apresentar o tema àqueles que porventura não o conheciam e reascender o debate acerca de um instrumento que busca preservar o direito fundamental à liberdade no Processo Civil.

2. O PROCESSO COOPERATIVO

A legislação processual brasileira, apesar de ter sido estruturada em um modelo liberal, sofreu forte influência do publicismo europeu, o qual promovia a estatalidade como símbolo da atividade jurisdicional, defendendo o protagonismo do juiz e de seus poderes instrutórios¹. Tais argumentos, amplamente defendidos à época da vigência do CPC/73, enfatizavam que não haveria espaço para o autorregramento da vontade², uma vez que os efeitos decorrentes desse suposto exercício da autonomia já estariam previamente estipulados pelo ordenamento jurídico³.

A discussão acerca da existência de negócios jurídicos processuais somente foi superada com o advento do CPC/15, momento em que o direito pátrio adotou o modelo cooperativo de processo. A partir da leitura do art. 6º do CPC/15⁴, percebe-se o distanciamento da corrente excessivamente publicista, porquanto se passou a tratar os sujeitos processuais de maneira mais isonômica, favorecendo o diálogo aberto no contexto jurisdicional.

Contudo, mesmo após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, ainda se pode observar em parte da doutrina brasileira certa resistência no tocante aos negócios processuais, notadamente em relação à espécie negocial atípica. Retomando o viés publicista do Código de 1973, alguns autores contemporâneos apresentam linhas argumentativas contrárias aos acordos atípicos, mas sem efetivamente buscar alternativas de torna-los viáveis na prática forense.

É nesse meio termo que reside à ideia de um modelo colaborativo. Evitando os excessos das vertentes liberal e social, o processo pautado no princípio da cooperação mantém os poderes do juiz que, em contrapartida, está obrigado a seguir os deveres de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio face às partes. Deve-se buscar no equilíbrio do processo colaborativo um meio de se podar eventuais abusos do uso desmedido dos negócios processuais, ao passo que se potencialize o direito fundamental à liberdade no Processo Civil.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O princípio da cooperação passou a servir, portanto, como fundamento normativo para a criação de diversos instrumentos processuais que fomentam essa participação ativa das partes, dentre eles, o negócio jurídico processual foi um dos símbolos da concretização desse preceito no CPC/15. Aqui, pode-se defini-lo enquanto fato jurídico voluntário em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento⁵.

Faz-se necessário, contudo, apontar que tal instituto processual não foi pensado enquanto substituto à imperatividade do texto legal ou para subjugar o papel do magistrado no exercício de sua função jurisdicional,

1 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 3, p. 43-78.

2 Opondo-se a esse posicionamento, salienta Robson Godinho: “O amadurecimento da teoria processual deveria significar uma aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante naturalidade, a efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate”. (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. 2. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, cap. 13, p. 343).

3 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 5, p. 101-114.

4 Art. 6º do CPC/15: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

5 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 59-60.

mas como meio de adequação do procedimento às necessidades que se apresentam na prática⁶. Por isso, os negócios processuais são apontados como sendo subsidiários à lei, estando a sua utilização vinculada a demandas pontuais, ou seja, momentos específicos em que o dispositivo legal não consiga atender de maneira efetiva às peculiaridades do caso concreto.

3.1 Classificações dos negócios jurídicos processuais

A doutrina convencionou classificar os negócios jurídicos processuais em categorias, visando facilitar a sua compreensão, na medida em que delimita aspectos teleológicos acerca desse instrumento. Com intuito de favorecer o entendimento acerca dessa temática, serão elencadas, a seguir, algumas classificações usualmente utilizadas pela doutrina ao tratar sobre acordos no contexto processual.

3.1.1 Negócios *stricto sensu* ou convenções processuais

Os negócios jurídicos processuais, sob o aspecto dogmático, podem ser classificados como gênero, do qual se subdivide nas espécies: a) negócio jurídico processual (*stricto sensu*), aquele que tem por objeto o direito substancial; e b) convenção processual, que concerne a acordo entre as partes sobre matéria estritamente processual⁷.

Essa divisão implica na primeira relevante diferenciação a ser feita no âmbito dos negócios processuais, pois, por um lado, a negociação será considerada *stricto sensu* quando sua finalidade for modificar o objeto da lide propriamente dita. Por outro lado, nos momentos em que o negócio for tratado enquanto sinônimo de convenção, tal termo estará sendo empregado para qualificar um ato processual que vise modificar o procedimento, sem alterar o conteúdo do direito litigado⁸.

3.1.2 Negócios unilaterais, bilaterais ou multilaterais

Os negócios processuais também costumam ser divididos entre unilaterais, bilaterais ou multilaterais. Essa classificação remete à participação dos sujeitos no ato processual, sendo o negócio jurídico considerado unilateral quando apenas uma das partes o pratica, bilateral no momento em que o acordo é realizado por dois agentes e multilateral caso diversos sujeitos colaborem para a realização de um único ato.

Os negócios bilaterais, por sua vez, costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, caso as vontades se unam para um interesse comum⁹. Nota-se, novamente, o uso dos termos acordos e convenções enquanto espécies de negócios processuais, dessa vez para representar a negociação bilateral resultado da autocomposição das partes.

A desistência da penhora pela exequente (art. 775 do CPC/15) ou a renúncia ao recurso (art. 999 do CPC/15) são exemplos de negócios unilaterais tipificados na codificação processual brasileira, assim como a modificação do réu na nomeação à autoria (art. 338 do CPC/15) e a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 109, § 1º, do CPC/15) representam convenções plurilaterais. Ademais, a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC/15) e o acordo na fase de saneamento (art. 357, § 2º, do CPC/15) também podem ser citados enquanto exemplificações legais de negócios processuais, nesses últimos dois casos, classificados como bilaterais.

6 Nesse sentido, vale destacar o posicionamento de Raatz: “O modelo democrático-constitucional de processo é avesso ao protagonismo judicial. Ele impõe que seja encontrado um novo equilíbrio entre o juiz e as partes, mas isso não significa alçá-lo à condição de instrumento à disposição das partes e que essas possam utilizá-lo como bem entender, com desprezo aos direitos fundamentais que alicerçam a noção de devido processo”. RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático constitucional de processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, v. 26, n. 101, p. 177-200, 2018.

7 TUCCI, José Rogério Cruz. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 1, p. 30.

8 Conforme aduz Tucci: “As convenções almejam, pois, alterar a sequência programada dos atos processuais prevista em lei, mas desde que não interfiram em seus efeitos”. *Ibidem*.

9 CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., p. 60.

É interessante perceber que tais categorizações, assim como os próprios negócios jurídicos, dependem do caso concreto para serem plenamente avaliadas, pois podem variar conforme as peculiaridades de cada fato.

A desistência da ação, por exemplo, poderá ser um negócio processual unilateral ou uma convenção bilateral, a depender do momento em que ela seja protocolada. Caso o autor apresente a desistência antes da contestação, esse negócio será considerado unilateral, contudo, se essa mesma desistência somente for juntada aos autos após a contestação, esse ato necessitará do consentimento do réu (art. 485, § 4º, do CPC/15), sendo considerado, portanto, um negócio bilateral.

3.1.3 Negócios estáticos, dinâmicos, antecedentes ou subsequentes

Além disso, os acordos processuais também podem ser classificados como: a) estáticos ou dinâmicos; b) antecedentes ou subsequentes¹⁰, sendo a primeira categoria referente à possibilidade das partes adotarem um procedimento previamente previsto em lei e a segunda ao momento da celebração do acordo.

No caso das convenções estáticas, os demandantes escolhem um rito processual que já esteja previsto expressamente na ordem jurídica, optando por um procedimento ou pelo outro em sua totalidade, como nas causas cíveis em que o valor da causa não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (art. 3º, I da Lei 9.099/95) estando facultado ao autor submeter-se ao rito do Código de Processo Civil ou da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Por sua vez, as partes podem elaborar acordos dinâmicos sobre o procedimento, mediante limitações ou dilações de prazos, meios de prova e atos processuais, por exemplo, estando a sua validade vinculada a cláusula geral de negociação prevista pelo art. 190 do CPC/15, norma que será estudada posteriormente em maiores detalhes.

As convenções podem ser, também, antecedentes, quando acordadas antes do processo, especificando o rito previsto em lei ou as particularidades de eventual flexibilização procedimental. Os acordos subsequentes, em contrapartida, são aqueles que ocorrem no decorrer do processo, geralmente sendo pactuados durante a audiência de conciliação.

3.1.4 Negócios típicos ou atípicos

Por fim, provavelmente a classificação que encontra maior respaldo doutrinário, os negócios processuais podem ser classificados em típicos ou atípicos. Os negócios típicos são aqueles que encontram disposição expressa no ordenamento jurídico, em contrapartida, as convenções atípicas permitem que as partes pactuem sobre o rito processual sem a necessidade que o ato acordado esteja previsto pela lei, limitando-se aos requisitos legais mínimos para a sua validade.

4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Os negócios atípicos, conforme previamente mencionado, são espécies do gênero negócios jurídicos processuais, e têm como principal característica serem acordos realizados visando à alteração do procedimento, sem a necessidade de haver previsão expressa na legislação para tanto. Essa espécie de flexibilização procedimental voluntária¹¹, pautada nos princípios do autorregramento da vontade e da adequação, busca resguardar a efetiva participação dos sujeitos na construção da decisão judicial, preservando o direito fundamental à liberdade no processo.

Todavia, essa possibilidade não é absoluta, cabendo às partes observarem os critérios, ou premissas, previstos pelo ordenamento jurídico, caso contrário o negócio realizado poderá ser considerado inválido. Essas normas que limitam a área de atuação das convenções atípicas advêm tanto de princípios quanto de regras processuais, mandamentos esses que serão estudados com mais detalhes a seguir.

¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique, op. cit., p. 112-113.

¹¹ Para aprofundamento no tema: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

4.1 Premissas dos acordos atípicos

Doravante, serão analisadas quatro normas processuais, dois princípios e duas regras, que fundamentam e delimitam os planos de existência, validade e eficácia dos acordos atípicos, servindo como verdadeiros filtros que irão indicar se aquele ato poderá ou não prosperar.

4.1.1 Princípio do respeito ao autorregramento da vontade

O primeiro parâmetro a ser destacado diz respeito ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade. Esse preceito se coloca como uma manifestação do direito fundamental à liberdade, de modo que todo indivíduo tem a prerrogativa de exercer juridicamente seus interesses no processo da maneira como lhe reputa melhor e mais adequada, pois essa é uma garantia sua enquanto ser humano. Dada a sua importância para o direito processual contemporâneo, o respeito ao autorregramento chega a ser apontado por parte da doutrina como um dos princípios estruturantes do Processo Civil brasileiro¹².

Assim, esse sentido de autonomia das partes deve ser analisado dentro de uma perspectiva constitucional, pois não há mais espaço para aquele pensamento dicotômico de direito material *versus* direito processual fomentado pelo CPC/73. Deve-se buscar o processo efetivamente democrático, em que os poderes do juiz e a autonomia das partes possam coexistir, ambos vinculados pelos preceitos constitucionais fundamentais¹³.

4.1.2 Princípio da adequação

Por sua vez, o princípio da adequação merece ser especificamente destacado pelo papel que assumiu na moderna processualística, considerando que esse preceito busca assegurar a instrumentalidade do procedimento, resguardando o direito das partes em receber do Estado uma prestação jurisdicional compatível com as suas necessidades. Essa percepção guarda íntima conexão com a perspectiva moderna do princípio do acesso à justiça, haja vista a necessidade da ciência jurídica se preocupar, também, com as repercussões sociais do processo¹⁴.

Falar em instrumentalidade do processo significa compreender o procedimento enquanto uma ferramenta que foi colocada à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas¹⁵. Desta forma, pode-se observar a inclinação da moderna processualística pela adoção de perspectivas teleológicas ao definir o sucesso ou insucesso de uma prestação jurisdicional, considerando que a principal finalidade do rito processual é garantir o efetivo cumprimento dos ditames legais.

4.1.3 Artigo 158 do CPC/73

O art. 158 do CPC/73¹⁶ pode ser considerado como o precursor dos negócios jurídicos atípicos no direito processual pátrio. A opção por não especificar a necessidade dos atos praticados pelas partes estarem previstos no ordenamento jurídico resultou na possibilidade jurídica de serem praticados negócios atípicos ainda à época em que o CPC/73 vigorava.

Por mais que alguns elementos fossem posteriormente aproveitados, como é o caso do art. 200 do

12 Vide DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 2, p. 36.

13 GODINHO, Robson Renault, *op. cit.*, p. 344.

14 Nesse sentido, aponta Cappelletti: “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 434.

16 Art. 158 do CPC/73: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

CPC/15 que ratificou em seu texto as espécies de convenções previstas pelo art. 158 - as declarações unilaterais e bilaterais de vontade -, o modelo processual cooperativo e todos os institutos que dele advém não foram sistematicamente implementados no direito processual pátrio da época, razão pela qual não se teve o suporte necessário para a efetiva concretização dos acordos atípicos no ordenamento jurídico até o Código atual.

4.1.4 Artigo 190 do CPC/15

O art. 190 do CPC/15¹⁷ foi uma norma inovadora para o processo civil brasileiro, não somente por representar a posituação da cláusula geral de negociação no direito pátrio, mas também pela sua opção de intervir minimamente nos acordos firmados entre as partes, demonstrando sua intenção de permitir a ampla utilização das convenções atípicas pelos dos sujeitos processuais.

O caput do art. 190 determina duas condições principais para a realização do acordo atípico: a) o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; b) partes plenamente capazes¹⁸. Além disso, o parágrafo único desse mesmo artigo elenca a obrigação do juiz em controlar a validade do ato, recusando-lhes aplicação *apenas* nos casos de a) nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade - praticamente repetindo o disposto pelo caput.

5. Reflexões acerca dos negócios atípicos no CPC/15

Os negócios jurídicos processuais atípicos, conforme se pôde notar a partir dos apontamentos anteriormente realizados, devem ser analisados dentro de um contexto, de uma lógica procedimental. A partir das características e classificações pontuadas, surgem alguns aspectos que precisam ser levados em consideração no momento da celebração de negócios atípicos, para que não haja o uso abusivo e desmedido desse instrumento processual.

Por isso, serão apontadas duas reflexões acerca das convenções atípicas, com intuito de fomentar debates que possam resultar no aprimoramento desse mecanismo que detém grande potencial de resolução de conflitos, mas não vem sendo efetivamente aproveitado pelos operadores do processo por conta de inúmeras incertezas jurídicas que ainda pairam sobre esse tipo de negócio.

5.1 Os negócios processuais atípicos e o Código Civil

A primeira reflexão a ser abordada nesse trabalho diz respeito à possibilidade dos negócios jurídicos processuais serem analisados em conformidade com limites destacados pelo CC/02 (arts. 104¹⁹, 166²⁰, 167²¹, 171²² e 177²³), observando as diretrizes estipuladas pelo que se convencionou chamar de teoria dos negócios

17 Art. 190 do CPC/15: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Parágrafo único: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

18 Nesse sentido, aponta Didier que: “é a capacidade processual o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos (...). No caso, exige-se a capacidade processual negocial, que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial, como será visto adiante, que a princípio não atinge a capacidade processual geral – um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser um incapaz processual negocial”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 6, p. 124.

19 Art. 104 do CC/02: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

20 Art. 166 do CC/02. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

21 Art. 167 do CC/02: É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

22 Art. 171 do CC/02. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

23 Art. 177 do CC/02: A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar,

jurídicos²⁴ para estabelecer balizas à aplicação das convenções processuais.

Nesse sentido, surge a indagação: *o controle de validade previsto no parágrafo único do art. 190 do CPC/15 deve ser estendido aos parâmetros estipulados pelo Código Civil?* Por um lado, observa-se o teor taxativo do dispositivo legal ao optar pelo emprego do advérbio de exclusão “somente” na descrição dos poderes de controle do juiz, referindo-se à limitação de atuação do julgador aos casos expressos no parágrafo.

Por outro lado, não se pode afastar a interpretação sistêmica do Código de Processo Civil, sobretudo na atual conjuntura de constitucionalização dos ramos do Direito e aproximação das concepções públicas e privadas nas regras procedimentais.

Sobre o conteúdo do parágrafo único, vale observar o disposto pelo Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁵, posicionamento esse que coaduna com a perspectiva de flexibilização do rol elencado pelo art. 190 do CPC/15. Deve-se indagar, portanto, acerca da possibilidade do magistrado invalidar um negócio atípico que não necessariamente implique em nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade da parte, mas esteja em desacordo com um mandamento normativo estabelecido pelo CC/02.

O Código Civil de 2002 é muito mais amplo que o CPC/15 nesse sentido, prevendo, por exemplo, a nulidade de negócios processuais que envolvam objeto ilícito, indeterminável, simulado ou que não observe alguma solenidade normativa que seja fundamental para sua validade, além das possibilidades legais de anulabilidade dos negócios que são praticados por pessoa relativamente incapaz ou que sejam resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Dessa forma, acredita-se que o melhor entendimento seja no sentido de aceitar o caráter exemplificativo do parágrafo único do art. 190 do CPC/15, haja vista que a validade dos negócios atípicos está vinculada a diversas normas distintas²⁶ e que não englobam nenhum dos três requisitos apontados pela norma.

Suas condições de validade vão, na prática, muito além daquilo que está previsto no CPC/15, abrangendo incontáveis princípios e regras nas mais diversas normas do ordenamento jurídico pátrio - a depender do objeto em litígio e das particularidades subjetivas que se apresentarem -, sendo desarrazoado e desproporcional vincular o dever fiscalizatório do juiz a condições taxativas significativamente restritas, sobretudo quando se trata de uma cláusula negocial substancialmente ampla e permissiva.

5.2 O papel do Poder Legislativo

Os ideais de liberdade no processo não detinham, à época do CPC/73, a mesma conotação e amplitude que apresentam nos dias atuais. Elaborado e interpretado a partir de uma ideologia publicista de processo, o Diploma Processual Civil de 1973 convencionou o chamado dogma da irrelevância da vontade, destacando, no período, opiniões doutrinárias que não acreditavam sequer na possibilidade de existência dos

e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

24 Ataíde Júnior estratifica a teoria dos negócios jurídicos da seguinte forma: “(i) o art. 104 do CC/2002 prevê os requisitos gerais de validade do negócio jurídico; (ii) os arts. 166 e 167 especificam, casuisticamente, hipóteses de nulidade do negócio jurídico, todas derivadas da inobservância de algum dos requisitos gerais de validade e, (iii) o art. 171 especifica hipóteses de anulabilidade – incapacidade relativa; vícios de vontade (relacionados à perfeição da manifestação consciente de vontade, elemento nuclear do negócio jurídico) e fraude contra credores (relacionada à ilicitude do objeto)”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios processuais*. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 244, n.p.

25 Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

26 Sobre a aplicabilidade das normas do Código Civil aos negócios processuais: “Aplicam-se aos negócios jurídicos processuais também às disposições do Código Civil que disciplinam os negócios jurídicos, especialmente no tocante aos elementos de sua formação (objeto lícito, partes capazes e formas não vedadas em lei), interpretação (arts. 113, 114, 423 entre outros do Código Civil) e desfazimento”. SANTOS, Silas Silva et al. *Comentários ao Código de Processo Civil: Perspectivas da Magistratura*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-ao-codigo-de-processo-civil-perspectivas-da-magistratura/1314941656>. Acesso em: 14 jun. 2023; e “percebe-se, pois, que do regime geral do Código Civil decorrem relevantes normas relativas ao controle de formação do negócio jurídico processual, que devem ser consideradas para a adequada aplicação do art. 190 do CPC/2015”. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual*. **Revista de Direito Privado**, v. 63, p. 16, jun-set 2015.

negócios processuais, pois ainda havia uma forte tendência ao processo burocrático, propensão essa que foi organicamente cedendo lugar ao pensamento que permeia a moderna processualística.

A instrumentalidade se apresenta nessa circunstância como o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário, pois essa visão instrumental está arreigada no próprio espírito do processualista moderno²⁷. Essa corrente de pensamento voltada à adequação do procedimento permitiu que o ideal de cooperação germinasse no Direito Processual pátrio, de modo que métodos de flexibilização procedimental, como é o caso dos acordos atípicos, conseguiram ocupar um espaço de maior protagonismo na dinâmica do processo.

Não há direito absoluto, pois mesmo que esse esteja alicerçado em um dos preceitos basilares da sociedade moderna - a liberdade -, os juristas devem analisar as singularidades do caso concreto nos momentos em que se está decidindo acerca da aplicabilidade ou não de uma determinada norma jurídica.

Nesse sentido, o Poder Legislativo pode e deve exercer um papel de protagonismo no fomento ao uso dessa ferramenta processual, haja vista as convenções atípicas não terem efetivamente alcançado o seu propósito originário de facilitar a adequação procedimental, notadamente em razão de uma significativa parcela dos operadores do Direito ainda estar relutante em celebrar convenções atípicas na prática forense.

Talvez, a melhor maneira de resolver parte dessas incertezas atribuídas aos negócios atípicos seja precisamente partir dos problemas factuais para definir parâmetros abstratos sobre o tema. Assim como os métodos concretistas da nova hermenêutica, o Poder Legislativo poderia partir de negócios atípicos bem sucedidos para definir balizas legais abstratas que permitam uma melhor adaptação do procedimento.

Não para menos, os negócios processuais mais comumente utilizados são os típicos, precisamente pela segurança jurídica respaldada na literalidade do dispositivo legal, pois se sabe que aquele instituto foi pensado, debatido e aprovado em um procedimento legislativo complexo. Então, por que não aproveitar dessa legitimidade advinda da previsão normativa explícita para se fomentar o uso dos negócios atípicos?

A sociedade moderna é muito dinâmica e o Direito nunca conseguirá regula-la com a mesma velocidade em que ela muda, mas isso não significa que esse caminho legislativo não possa ser encurtado. Partindo dessa premissa, podem-se pensar as convenções atípicas enquanto normas jurídicas testadas na prática, permitindo ao legislador saber com relativa precisão quais seriam os seus impactos no caso concreto e, se bem sucedidas, poderiam passar a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio.

Assim como sucessivas decisões individuais sobre um mesmo tema podem ser uniformizadas pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), os incontáveis negócios atípicos que se constatarem no cotidiano processual também podem ser objeto de pautas legislativas que busquem maneiras de tipificá-los.

6. CONCLUSÃO

Os negócios jurídicos processuais atípicos ainda tratam de temática controversa no contexto processual brasileiro. Se, por um lado, pode-se dizer que a liberdade ganha uma nova perspectiva a partir do art. 190 do CPC/15, resguardando o autorregramento da vontade das partes ao longo do rito processual, por outro lado são apontados diversos argumentos que visam desencorajar a flexibilização do procedimento por meio de soluções que não foram expressamente positivadas no ordenamento jurídico como um meio efetivo de resolução dos litígios.

Dessa forma, vale ressaltar que os abusos ou ilegalidades porventura decorrentes de convenções atípicas remetem, necessariamente, ao mau uso da ferramenta processual, a qual teve sua finalidade maculada em prol de algum interesse de cunho anti-cooperativo. O problema não está no instrumento em si, mas em quem o usa para buscar resultados que contrariam os princípios basilares do Processo Civil pátrio. Cabe aos operadores do Direito, portanto, pensar em maneiras de coibir o seu uso abusivo e incentivar acordos que

27 DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 22-23.

estejam pautados nos preceitos que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Essas mudanças poderão ocorrer, em parte, mediante mudanças legislativas ou reinterpretações das normas em vigor - conforme destacado nos últimos tópicos desse trabalho -, mas a verdadeira transformação somente acontecerá no momento em que o estudo acerca dos negócios atípicos for efetivamente fomentado nas instituições de ensino, gerando debates sobre os seus limites e possibilidades, resultando na produção de trabalhos científicos que venham a agregar conhecimento acerca do tema.

Bibliografia

1. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 244, n.p.
2. BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.
3. BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.
4. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.
5. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 168p. CDU 340.114.
6. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 3, p. 43-78. ISBN 978-85-442-3026-8.
7. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 6, p. 115-135. ISBN 978-85-442-3026-8.
8. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 2, p. 35-41. ISBN 978-85-442-3026-8.
9. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 478 p. ISBN 85-203-0823-6.
11. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. **Revista de Direito Privado**, v. 63, p. 125-193, jun-set 2015
12. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
13. GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. 2. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, cap. 13, p. 343-368. ISBN 978-85-442-0743-7.
14. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 5, p. 101-114. ISBN 978-85-442-3026-8.
15. RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático constitucional de processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, v. 26, n. 101, p. 177-200, 2018.
16. SANTOS, Silas Silva et al. Comentários ao Código de Processo Civil: Perspectivas da Magistratura. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-ao-codigo-de-processo-civil-perspectivas-da-magistratura/1314941656>. Acesso em: 14 jun. 2023
17. TUCCI, José Rogério Cruz. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, cap. 1, p. 27-33. ISBN 978-85-442-3026-8.

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL

Rodrigo Damasceno Leitão

Advogado, Pós-graduado em Direito Tributário (UNIFOR), Mestrando em Direito (UFC)

Sumário: 1 Panorama da modulação de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro; 2 Análise do tema 69 da repercussão geral; 3 Uma defesa à segurança jurídica.

1. Panorama da modulação de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

A modulação de efeitos fora incorporada ao direito brasileiro pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), respectivamente em seus artigos 27¹ e 11².

Surge como uma limitação à eficácia temporal dessas decisões, que possuem efeitos vinculantes e *erga omnes*, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, de todos os entes federativos, decorrentes da nulidade da lei inconstitucional e conferidos pela própria Constituição Federal (art. 102, §2º)³, seja desde o texto originário, quanto à ADI, seja desde a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, quanto à ADC e à ADPF.

Conforme se observa, em um primeiro momento, tal instituto se restringia às hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, a ser exercido, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser aplicado quando a ruptura da presunção de constitucionalidade de uma norma, ao ser extirpada do mundo jurídico, tenha o condão de afetar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Emerge, em verdade, seguindo a experiência de outros países, pela convicção de que a irrestrita retroatividade dos efeitos das decisões judiciais em controle de constitucionalidade, em certos casos, poderia resultar em uma situação fática ainda mais inconstitucional do que aquela inconstitucionalidade afastada pelo Tribunal.

Nesse contexto, Peixoto (2019, p. 293) relembra o prejuízo prático decorrente da possibilidade de juízes ou tribunais serem forçados a manter precedentes incorretos, movidos por um ímpeto de justiça, na medida em que a superação e seus então necessários efeitos *ex tunc* poderiam trazer inúmeros prejuízos aos indivíduos, frustrando suas legítimas expectativas derivadas de um ato que gozava de certa estabilidade no ordenamento, por considerável período de tempo, em especial pela presunção de constitucionalidade que possuem as normas positivadas.

Exemplo clássico ocorrido na virada do século, logo após o início da vigência das leis acima referidas,

1 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

2 Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

3 Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

evidenciou-se no julgamento da ADI 2.240/BA, em que houve a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, sem pronúncia de nulidade. Em resumo, a Lei Estadual da Bahia criava o Município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrando-o do Município de Barreiras.

Na ADI, sob a relatoria do min. Eros Grau, entendeu o STF pela inconstitucionalidade da Lei, contudo, preservou a continuidade do município e os atos por ele praticados, levando em consideração as consequências práticas de eventual atribuição de efeitos *ex tunc*, pois o município já existia de fato há cerca de sete anos, contando com todas as características dos demais municípios existentes, como o fato de possuir lei orgânica e mais de duzentas leis municipais, Prefeito e Vice-Prefeito, Vereadores, prestação de serviços públicos, arrecadação de tributos *etc* (BRASIL, 2007, *online*).

Assim, como meio de mitigar os problemas que seriam advindos dos regulares efeitos das decisões de inconstitucionalidade, a mitigação da eficácia retroativa e a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* a decisões judiciais, que se popularizou sob o nome de modulação de efeitos, surge para apenas ser aplicada em caráter excepcionalíssimo, o que, inclusive, é corroborado pelo exigido quórum qualificado de concordância por dois terços dos membros da Corte⁴.

Ou seja, a excepcionalidade da medida deve ser vista porque importa em resguardar efeitos de uma norma inconstitucional no mundo jurídico, em detrimento de tutelar o direito do sujeito que fora alvo da norma violadora.

Mais recentemente, o Código de Processo Civil vigente positivou nova hipótese na qual seria cabível a utilização de efeitos prospectivos para decisões judiciais, qual seja, a alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou da jurisprudência oriunda de julgamento de recursos repetitivos (CPC, art. 927, §3º)⁵.

Tal dispositivo veio na mesma linha de uma série de normas de direito processual contida no CPC, mas que não encontram aplicação limitada ao âmbito cível, em que se destaca o dever de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, por todos os tribunais (CPC, art. 926, caput); o dever de observar precedentes e demais padrões decisórios (CPC, art. 927); o dever de fundamentação específica na aplicação, no afastamento ou na superação de tais padrões, sob pena de nulidade (CPC, art. 489, §1º, V e VI); entre outros.

No caso do art. §3º, do art. 927, passou-se, portanto, a também possibilitar a modulação de efeitos no controle difuso, estendendo o rol de legitimados aos demais tribunais superiores, não mais restringindo ao STF, novamente sob a exigência da constatação de alteração no interesse social⁶ e em prol da segurança jurídica.

Nesse contexto, apesar dos inúmeros relevantes estudos acerca dos dois requisitos supracitados, é inegável que os mesmos guardam certa subjetividade, de modo que coube ao Poder Judiciário não apenas defini-los, mas aplicá-los às mais variadas situações.

No âmbito tributário, a aplicação de efeitos prospectivos às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, seja concentrada ou difusa, encontrou campo fértil, notadamente pelo impacto econômico resultante da interrupção da cobrança de exações indevidas e da consequente obrigação em restituir os valores suportados pelos contribuintes ao longos dos anos.

É nesse cenário que se analisará o atual modo que o STF tem se utilizado da modulação de efeitos em

4 OSTF tem entendido que o quórum qualificado se aplica, exclusivamente, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, enquanto nos casos de modulação por mudança jurisprudencial, a maioria absoluta seria suficiente, ante o silêncio do §3º, do art. 927, do CPC (*vide* RE 638.115). Há de se mencionar, ainda, situação atípica na qual houve a aplicação da modulação de efeitos em sede de decisão monocrática (*vide* RE 870.947 e RE 38.115).

5 Art. 927, §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

6 Aqui, o legislador retirou o adjetivo “excepcional” que antecedia “interesse social”, que consta na Lei nº 9.868/1999 e na Lei nº 9.882/1999.

matéria tributária, à luz da segurança jurídica, utilizando-se como objeto de estudo o tema 69 da repercussão geral, que, pela sua relevância jurídica, econômica e social, popularizou-se como sendo a “tese do século”.

2. Análise do tema 69 da repercussão geral

No dia 13 de maio de 2021, julgando os embargos de declaração opostos pela União, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão firmada no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, fixando que a produção de efeitos apenas deveria iniciar a partir de 15 de março de 2017, data do julgamento do mérito, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão de julgamento⁷.

O *leading case* havia sido recepcionado pelo STF em dezembro de 2007 e teve sua repercussão geral conhecida em abril de 2008 (tema 69), de modo que sua conclusão meritória adveio quase uma década após, com a fixação da tese no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” (BRASIL, 2017, *online*).

Isso em um cenário no qual quase quatro anos antes o próprio STF já havia proferido decisão em igual sentido tratando do mesmo tema (RE 240.785/MG), mas sem repercussão geral conhecida, e uma ADC ainda pendente de julgamento de mérito (ADC 18/DF), mas com medida cautelar concedida em prol dos contribuintes.

Fato é que a mora do Judiciário em apreciar certos temas tem sido determinante para a utilização da modulação de efeitos em prol dos Entes Federativos, vez que o impacto econômico da contenda vai ganhando escopos bilionários, na medida em que milhares de contribuintes questionam os excessos das exações.

Ressalte-se que o RE 240.785/MG levou mais de 15 anos para ser concluído no Supremo; a ADC 18/DF levou 11 anos para, ao final, ser julgada prejudicada; e o RE 574.706/PR levou cerca de 14 anos, sendo 3 deles apenas para se julgar os embargos de declaração que concluíram pela modulação.

Inclusive, o pedido de modulação fora suscitado de forma inovadora, da tribuna, quando da realização de sustentação oral, ocasião em que o STF não o apreciou, por não constar nos autos, contudo, consignou ser possível a apresentação do argumento via embargos, o que fora realizado.

Analisando os supracitados embargos⁸, de 23 páginas, observa-se que a Fazenda Nacional fundamentou a modulação em matéria jornalística publicada no Valor Econômico, no impacto financeiro e orçamentário nas contas públicas, na transferência de recursos entre os cidadãos e na inexistência de normas que permitam a adoção imediata e retroativa.

Embora a peça recursal não faça menção expressa aos requisitos necessários – segurança jurídica ou relevante interesse social – é possível se extrair, da argumentação da União, mais facilmente este último. O que chama a atenção, todavia, é o fato de a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional afirmar, quanto ao argumento predominante de macroeconomia, ser extremamente difícil estimar os dados do impacto econômico da decisão com precisão e, ainda, que os números apontados foram baseados conjecturando que todos os interessados houvessem ingressado com a ação judicial para reaver o indébito, o que se presume não condizer com a realidade fática.

Por sua vez, de certo modo desalinhado com os embargos, o voto da Relatora, Min. Cármen Lúcia, fora no sentido de que a modulação era cabível, em defesa da segurança jurídica, pois havia recurso julgado

7 Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (BRASIL, 2021, *online*).

8 A análise se restringiu aos argumentos relativos à modulação, vez que os embargos também arguíram matéria de mérito.

sob o rito dos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.144.469/PR); porque o STF havia considerado ausente a matéria constitucional, nas primeiras decisões que proferiu sobre o tema; e, ainda, porque no RE 240.785/MG havia conferido, apenas, efeitos *inter partes*, não reconhecendo a repercussão geral, vez que tinha havido alteração nos membros da Corte. Em resumo, o voto da Relatora fora mais fundado em comprovar a modificação na jurisprudência, para fins de enquadramento no §3º, do art. 927, do CPC.

Já o Min. Nunes Marques focou sua argumentação nas consequências da ausência de modulação, defendendo que o impacto orçamentário – citado na monta de cerca de R\$ 250 bilhões, o que corresponderia à quase metade de todas as provisões para perdas judiciais e administrativas classificadas como de risco provável, referente às teses em que envolviam a União – desestabilizaria a própria estrutura estatal.

Em acréscimo, o min. Gilmar Mendes citou as Leis nºs 13.874 e 13.848, ambas de 2019, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 2000) e a própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei Nº 4.657, de 1942), demonstrando a necessidade de o Judiciário atentar às consequências econômicas e orçamentárias de suas decisões, repisando os impactos da ordem de R\$ 250 bilhões e arguindo que não caberia ao STF interferir na capacidade de custeio e investimento e aumentar déficit do Estado. Logo, igualmente votou em prol da modulação.

Abrindo a divergência, o min. Edson Fachin confrontou os argumentos da segurança jurídica e do impacto orçamentário. Em síntese, questionou a imprevisão do valor – admitido pela própria União – bem como o fato de o argumento não ser jurídico, mas sim econômico.

Segundo o ministro, a perda de arrecadação não permite a manutenção de cobranças inconstitucionais, vez que geraria um aumento sem causa da esfera econômica e financeira do Estado, em detrimento do contribuinte que pagou indevidamente, apenas por obedecer a legislação e/ou o vigente entendimento do fisco.

Ademais, destacou que a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (Lei 13.473, de 8 de agosto de 2017), previu o risco provável de perda quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo responsabilidade da União o provisionamento dos valores, não podendo “aproveitar-se de sua displicência e imputar aos contribuintes ônus de arcar com os valores indevidamente arrecadados”. (BRASIL, 2021, *online*)

Noutro lado, defendeu que não houve mudança brusca de jurisprudência, a gerar o efeito surpresa e violar o princípio da confiança legítima, pelo contrário, houve estabilidade de uma decisão já firmada, via RE 240.785/MG, que, embora encerrada em 2014, já contava com maioria na Corte desde 2006.

A min. Rosa Weber seguiu a divergência, acrescentando que, em 2008, o STF também havia entendido pela não incidência de PIS e COFINS sobre o ICMS, em julgamento da Medida Cautelar da ADC 18, de modo que não haveria alteração jurisprudencial a legitimar a modulação. Asseverou, ainda, que a segurança orçamentária, embora relevante, não alcançou o *status* de critério escolhido para a modulação de efeitos, o que, inclusive, faria com que a utilização do instituto em matéria tributária e financeira se transformassem na regra, não exceção, visto que sempre as causas possuirão escopos econômicos, muitas vezes, bastante expressivos. A ausência de modulação também fora acompanhada pelo min. Marco Aurélio.

Curioso que o próprio min. Luiz Fux, em seu voto, arguiu que “a modulação excessiva gera risco de estímulo à inconstitucionalidade conveniente e útil, pois se edita uma regra e, até que seja declarada inconstitucional, vai produzindo efeitos. Depois de produzir efeitos, modula-se; e o passado é absolutamente esquecido” (BRASIL, 2021, *online*), entretanto, no mesmo caso concreto, optou pela modulação.

Por fim, os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski compuseram a maioria pela modulação, conjugando argumentos similares aos que foram apresentados pelos demais formadores da maioria, min. Cármen Lúcia, Nunes Marques e Luiz Fux; vencidos, por conseguinte, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, formando o resultado de 8x3, pela modulação.

3. Uma defesa à segurança jurídica

A segurança é um valor intransponível aos seres humanos e recebe o adjetivo “jurídica” por encontrar

máxima proteção pelo Direito. Constitui, assim, um elemento essencial ao Direito, não havendo o que se falar neste, sem que haja segurança.

É nesse contexto que possui *status* constitucional, não como um mero dispositivo posto, mas como um pilar da base organizacional do Estado de Direito, juntamente com o ideal de Justiça, servindo de ponto comum entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Entre as mais variadas definições e classificações de segurança jurídica, importa destacar a exigência de que o direito, pela sua própria finalidade de regular condutas, seja compreensível, ou seja, positivado de modo claro e determinado, a ser entendido pelos jurisdicionados; estável, de modo que permaneça inalterado no mundo jurídico, por um razoável período, ou que, pelo menos, não seja alvo de mudanças abruptas; e previsível, a fim de que se saiba, exatamente, as consequências futuras de um ato praticado no presente (ÁVILA, 2016).

Em complemento, um sistema sem o pilar da estabilidade seria aquele em que há mudanças bruscas de entendimentos então consolidados, sem critério, justificativa ou sinalização prévia, o que vai de encontro ao princípio da confiança legítima, na medida em que infringe as justas expectativas dos jurisdicionados. Agir sem tal compromisso importa em conviver sob a égide de uma “jurisprudência lotérica”, conforme termo cunhado por Lopes Filho (2016, p. 285-286).

Paradoxalmente, um instituto criado para promover a segurança jurídica, como o é a modulação de efeitos, pode, ao revés, gerar um cenário de elevada insegurança, sempre que for utilizado sem fiel observância aos critérios para os quais fora criado.

No caso sob estudo, é indubitável que a alteração na composição de ministros do STF⁹ fora o argumento determinante para não se conferir repercussão geral ao RE 240.785/MG¹⁰. Com efeito, impediu-se a pacificação definitiva da matéria ainda em 2014, período no qual a multiplicidade de processos era menos expressiva, o impacto econômico do indébito a ser restituído idem e, provavelmente, impediria o STJ de ter firmado posicionamento em contrário no REsp Repetitivo 1.144.469/PR, datado de dezembro de 2016.

Independentemente da ausência de repercussão geral do RE 240.785/MG, de 2014, o mesmo figurava, no mínimo, como precedente persuasivo que deveria ter sido regularmente enfrentado pelo STJ, ou seja, não se poderia puramente afastar as razões que fizeram com que o STF já tivesse concluído pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, somente pelo fato de a decisão ter sido proferida em caráter *inter partes*. Apenas poderia fazê-lo, ressalte-se, em caso de *distinguishing*, o que não se evidenciava no caso concreto.

Percebe-se, assim, que se houve uma alteração jurisprudencial foi no julgado proferido pelo STJ, e uma modulação hipoteticamente aplicada em tal situação seria em prol dos contribuintes, que eventualmente deixaram de pagar o tributo pós RE 240.785/MG, mas retomaram o pagamento pós REsp 1.144.469/PR.

Ou seja, se instabilidade jurisprudencial fora dada causa pelo STJ, considerando que o posicionamento do STF já estava firmado há anos, não poderiam os contribuintes serem lesados por uma circunstância que não deram causa, em benefício da União, que nunca deixou de cobrar a exação nos moldes entendidos como inconstitucional, mesmo conhecendo o posicionamento do STF.

Considerando os múltiplos entendimentos, não se desconsidera que pairava certa instabilidade, presente, inclusive, pelo fato de que havia dois recursos sobre o mesmo tema, no qual em um fora atribuída a

9 Não haviam votado no primeiro julgamento os ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Luiz Fux, Roberto Barroso e a ministra Rosa Weber, ou seja, metade dos ministros que, em 2017, decidiram o *leading case*.

10 Veja-se trecho do voto do min. Gilmar Mendes: “[...] o julgamento começou com uma composição e agora o Tribunal tem outra composição. Esse é um dado fático que nós não podemos negar. E por isso, inclusive, já anteciparia a minha posição no sentido de que nós nos limitemos a julgar este Recurso Extraordinário sem lhe atribuir caráter de repercussão geral – ao contrário do manifestado pelo Ministro Celso -, porque, de fato, a composição mudou; três Ministros que participaram do julgamento não mais estão e hoje nós temos um RE com quatro Ministros”. (BRASIL, 2014, online).

repercussão geral (RE 574.706, ainda em 2008) e outro no qual tal sistemática fora rechaçada (RE 240.785).

Contudo, como visto, o retorno à estabilidade da jurisprudência consolidada pelo STF, pelo menos, desde 2006, não configura alteração jurisprudencial a conferir aplicabilidade à modulação. A excepcionalidade do instituto fora lembrado pelo min. Marco Aurélio, quando aduziu que a modulação faz com que o Tribunal afirme que a Constituição Federal apenas vigorará de determinada data em diante, como se não possuísse eficácia imediata (BRASIL, 2021, *online*).

Quanto ao argumento econômico-financeiro, a defesa orçamentária tornaria a modulação como regra em matéria tributária, afastando sua natural excepcionalidade. Segundo a min. Rosa Weber, o consequencialismo não pode fazer com que o Estado de Fato se sobreponha ao Estado de Direito. Indo além, questiona-se: o Estado de Direito deve se curvar ao Estado Econômico? Ou será que ao optar pela modulação de efeitos com base no dano às finanças públicas, estaria o Poder Judiciário fazendo as vezes de Poder Executivo?

O que se visa evitar é a chamada “inconstitucionalidade útil”, pela qual o ente criaria uma norma sabidamente inconstitucional, aproveitando-se dos benefícios de sua arrecadação por vasto período de tempo, até que a norma fosse afastada pela Suprema Corte e, ao o ser, seria o ente novamente beneficiado pela aplicação da modulação, pois seriam consideradas as consequências negativas da atribuição de efeitos *ex tunc*, notadamente o impacto econômico que adviria da restituição.

E pior: “quanto mais gravosa fosse a lei, e maior fosse a arrecadação dela resultante, maior seria a chance de ela ser mantida. Quanto mais inconstitucional ela fosse mais chance teria de ser declarada... constitucional! Seria a institucionalização do princípio do quanto pior, melhor” (ÁVILA, 2015).

Para além dos nefastos vícios sabidamente ocasionados em sistemas sem segurança jurídica, retomando ao tema 69, é inquestionável que os contribuintes possuem escasso acesso quanto aos dados de risco orçamentário apresentados pela União.

Tal fato gera um problema do ponto de vista processual, notadamente com violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois, na medida em que a apresentação dos cálculos ocorre via embargos ou memoriais já em recurso extraordinário, ou via arguição oral da tribuna, pouco espaço resta para o contribuinte, que não goza de prazo em dobro, para poder estudá-los, checá-los e confrontá-los.

Essa assimetria leva a tomadas de decisão com base em informações unilaterais, que serão consideradas corretas sem maiores debates, inegavelmente favorecendo uma das partes, normalmente, o Ente Público. Diversamente sucederia, diga-se de passagem, se o argumento da modulação, ainda que em caráter subsidiário, aparecesse desde as instâncias ordinárias, precisamente na primeira oportunidade que o interessado se manifestasse em juízo, em cumprimento ao art. 336, do CPC¹¹, caso compusesse o polo passivo.

Tratando especificamente do tema 69, relevante pesquisa utilizando a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº12.527/2011) e resposta à notificação enviada à Receita Federal do Brasil, constatou a imprevisão do propagado impacto de R\$ 250 bilhões, pela ausência de explicação da metodologia e dos critérios adotados de cálculo, como, por exemplo, pelo fato de o impacto corresponder de 2008 até 2014, considerando todas as empresas, ou seja, ignorando as que não ajuizaram ações, as que não são contribuintes de ICMS (prestadoras de serviços ou que exercem atividade de locação), as que ajuizaram, mas depositaram os valores controvertidos em juízo, não consideraram, ainda, a divergência de alíquota de PIS e COFINS quanto aos distintos regimes de tributação *etc.* (PISCITELLI *et al*, 2017).

São diversos os problemas listados acima (genéricos e específicos; teóricos e práticos) e as incertezas levam a crer que a modulação de efeitos fora impropriamente utilizada no RE 574.706/PR, que fixou o tema 69 da repercussão geral, indo de encontro à segurança jurídica, o que se mostra como prejudicial à tomada de decisão dos jurisdicionados em geral, além de reduzir a credibilidade do próprio Poder Judiciário pela sociedade.

11 Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Bibliografia

1. ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Malheiros, 2011.
2. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
3. ÁVILA, Humberto. A Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/COFINS. **Contribuições e Imposto sobre a Renda**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 27-28.
4. BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
5. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: DF, Senado, 1942.
6. BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Brasília: Senado, 1999.
7. BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Brasília: Senado, 1999.
8. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015.
9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2240/BA**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1830215>. Acesso em: 10 jun. 2023.
10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 69 da repercussão geral**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia-Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 21 abr. 2023.
11. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
12. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
13. PISCITELLI, Tathiane; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins; e MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona. ICMS na base do PIS/COFINS e a modulação de efeitos da decisão do STF: o risco fiscal e a reconstrução de um argumento. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. v. 9. São Paulo: RT, 2017.
14. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
15. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
16. TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**: Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
17. TORRES, Heleno Taveira. **Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em: 20 jul. 2022.
18. VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária “Modulação” dos Efeitos da Pronuncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 157, out. 2008.

PROVAS DIGITAIS

Naira Pinheiro Rabelo de Alencar

Juíza do Trabalho Substituta do TRT 7a Região

Mestranda em Direito pela UFC

Sumário: 1. Noções gerais sobre a prova; 1.1. Introdução; 1.2 Direito Constitucional à prova; 1.3 Limites; 1.4 Fontes e meios de prova; 1.5 Objeto e destinatário da prova; 2. Prova Digital; 2.1 Definição; 2.2 Fontes de prova digitais; 2.3 Pressupostos de utilidade e validade da prova digital: autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia; 2.4 Provas digitais específicas; 2.5 Produção Antecipada de Provas; 3. Considerações finais.

1. Noções gerais sobre a prova

1.1 Introdução

Toda pretensão deduzida em juízo funda-se em um fato cuja veracidade deverá ser demonstrada ao juiz através dos meios de prova admitidos em lei.

A prova é, portanto, todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém¹. Provar é demonstrar, no processo, a veracidade das afirmações de fatos relevantes para o julgamento².

A prova não objetiva constituir materialmente um fato, mas demonstrar ao juiz a veracidade de uma alegação.

Na sistemática processual, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual se julgará o feito. Essa representação é o conhecimento da realidade fática e esses meios, em conjunto, compõem a instrução probatória³.

São princípios norteadores da produção probatória, no direito pátrio, a vedação à prova ilícita, a liberdade probatória e o livre convencimento motivado.

1.2 Direito Constitucional à prova

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo⁴. Seguindo esta linha normativa, o ordenamento jurídico brasileiro, elevou à categoria de direito fundamental, o direito ao acesso à justiça⁵.

De certo, de nada adiantaria ter a constitucionalização de um direito sem a fixação de garantias para a efetividade do mesmo. Todo constitucionalismo traz consigo o garantismo, ou seja, meios de se garantir e assegurar o máximo de efetividade dos direitos fundamentais⁶.

1 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, 15a ed. São Paulo: Saraiva. p. 179

2 DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*, 33a ed. São Paulo: Malheiros. 2021. p. 435.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6a ed. Malheiros, São Paulo. 2009. p. 42.

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22a ed. Jus Podium. Salvador, 2020. p. 57.

5 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” - art. 5o. XXXV

6 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. Ltr, 2014. p.56

Um processo judicial também precisa ser efetivo, ou seja, deve alcançar os fins e resultados desejados, quais sejam: o alcance da pacificação da lide entre as partes, a asseguarção de direitos e liberdades e a concretização da vontade do direito⁷. Sem a produção probatória não teríamos a efetividade do processo e do direito ao acesso à justiça.

Para a efetivação e concretização do direito fundamental de acesso à justiça, o legislador constituinte previu como garantias fundamentais, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, garantindo, ainda, ao indivíduo o direito de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente, sendo vedado o tribunal de exceção⁸.

O direito ao contraditório garante, a todos os envolvidos em uma lide, o acesso aos atos do processo para que possam influir no convencimento do julgador e tenham a oportunidade de se manifestarem ou reagirem.

O direito à ampla defesa, por sua vez, garante a possibilidade de se trazer ao processo todos os elementos capazes de demonstrar a verdade (art. 5o. LV da CF/88).

É através dos princípios do contraditório e da ampla defesa que as partes têm assegurado o conhecimento de tudo quanto acontece no processo e lhes é garantido o direito de manifestação sobre esses fatos, além da apresentação de provas⁹.

Nesse contexto, tem-se que a prova é um direito das partes, que emana do princípio do contraditório (art. 5o. LV, da Constituição Federal) e do decorrente direito que estas possuem de influir no convencimento do juiz¹⁰.

1.3 Limites

O direito à prova não é absoluto, encontrando limites na própria Constituição e na legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 veda a prova obtida por meio ilícito (art. 5o., LVI, CF/88).

A legislação processual civil limita e disciplina a prova quanto ao período de produção da mesma, quanto à necessidade de requerimento pela parte (salvo nas hipóteses de produção *ex officio* pelo juiz), bem como sobre a necessidade de pertinência e relevância da prova.

Na esfera judicial civil, o juiz possui a prerrogativa de conduzir o processo, assegurando o isonômico exercício do direito de defesa, sendo-lhe permitido, contudo, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 139, III, CPC), bem como coibir a utilização de provas ilícitas.

1.4 Fontes e meios de prova

A realização da prova ocorre a partir das fontes de prova que, por sua vez, são levadas ao processo através dos meios de prova.

Fontes de prova são as pessoas ou as coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. Meios de prova são técnicas procedimentais destinadas à introdução da prova no processo¹¹.

Na seara processual civil, alguns meios de prova estão tipificados no CPC, permanecendo no rol

7 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. Dialética. São Paulo, 2003. p. 17.

8 Vide art. 5o. Incisos LIII, LIV, LV CF/88

9 MORAES, Camila Miranda de. *Processo judicial eletrônico e efetividade dos direitos trabalhistas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2019. p. 179.

10 ALVIM, Arruda. *Manual de direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 830

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 33a ed. Malheiros, São Paulo. 2021. p.439.

aqueles já referidos no CPC de 1973, como a prova testemunhal, documental, pericial e inspeção judicial, surgindo como novidade no CPC de 2015 a utilização de documentos eletrônicos em processos convencionais (art. 439, CPC).

1.5 Objeto e destinatário da prova

São objeto de prova, as alegações controvertidas das partes.

A lei processual civil exclui do objeto da prova os fatos incontroversos, em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade, os notórios e os impossíveis (arts. 374, II, III e IV do CPC).

O juiz é o destinatário da prova, aquele que apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver produzido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento (art. 371, CPC).

O sistema da persuasão racional, delineado no artigo supracitado, concede ao julgador a liberdade para analisar a prova colhida no processo, mas impõe-lhe o dever de demonstrar, através da fundamentação, a lógica do raciocínio que o levou ao julgamento.

Tudo como importante medida para o controle das decisões judiciais.

2. Prova digital

2.2 Definição

Vivemos atualmente inseridos em um mundo virtual onde, não falamos mais em átomos, mas sim em bits¹².

Com a evolução da tecnologia e a sua presença constante no cotidiano das pessoas, percebe-se que a prova digital passou a estar presente em inúmeros casos levados ao judiciário, mostrando-se essencial para demonstrar e fundamentar direitos e obrigações entre as partes envolvidas.

A prova digital consiste no instrumento jurídico capaz de demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para a sua demonstração¹³.

Pode ser conceituada, ainda, como todo tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digital de armazenamento, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital¹⁴.

A doutrina criminal americana define a prova digital (*digital evidence*) como todo e qualquer dado armazenado ou transmitido através do uso de um computador que venha a defender ou afastar uma teoria de como um crime aconteceu ou que abordam elementos críticos do crime, como intenção ou alibi¹⁵.

2.3 Fontes de provas digitais

No meio digital, existem dados e informações.

Os dados são os fatos ainda brutos que necessitam de lapidação e de interpretação para que se alcance

12 MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 94.

13 THAMAY, Rennan e TAMER, Mauricio. *Provas no Direito Digital. Conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2020. p. 33.

14 RODRIGUES, Benjamim Silva, *Direito Penal Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital, Contributo para a Fundamentação da sua Autonomia Dogmática e Científica à Luz do novo Paradigma de Investigação Criminal: a Ciência Forense Digital e a Prova Digital*, Coimbra Editora, Limitada, 2009, pág. 722.

15 CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic Science, computers and the internet*. 3a ed. Waltham: Elsevier. 2011. p. 07

a informação desejada. Esse processo de interpretação dos dados digitais é denominado pela doutrina de mineração.

A internet fornece tanto dados já organizados em informação, como dados brutos, os quais, após a devida análise e organização entregam ao intérprete a informação desejada.

As fontes de dados e de informação são classificadas em abertas e fechadas.

São abertas (*Open Source Intelligence – OSINT*) aquelas fontes de livre acesso aos usuários, que contém dados disponíveis de forma pública, com acesso a todos, indistintamente, sem a necessidade de cadastro, senha ou autorização prévia¹⁶, como por exemplo sites de notícias ou mídias sociais abertas ao público em geral.

São fechadas, as fontes de conteúdo sigiloso, somente acessíveis através de senha, biometria ou ordem judicial. São exemplos, os dados de contas bancárias, dados da Receita Federal, das companhias telefônicas, de e-mails, perfis das mídias sociais que não estejam no modo público, ou seja, todos aqueles que requerem autorização prévia de acesso de seu titular.

2.4 Pressupostos de utilidade e validade da prova digital: autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia

Para a sua utilização e deferimento pelo magistrado, a prova digital deverá atender aos pressupostos de validade e utilidade.

A utilidade da prova digital é verificada a partir de três caracteres essenciais: autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia. A ausência de algum deles tornará a prova frágil ou até mesmo inservível.

A *autenticidade* busca demonstrar a certeza quanto à autoria do fato digital. O elemento *integridade* permite a certeza quanto à sua inteireza e não adulteração.

Se houver dúvida quanto à autoria ou quanto à sua integridade, tal prova possivelmente será descartada, perdendo a sua utilidade. Diz-se aqui possivelmente, pois há a possibilidade de a autenticidade ou a integridade serem constatadas a partir da análise conjunta de outros meios de prova capazes de formar a convicção do destinatário da prova (princípio do livre convencimento motivado – art. 371, CPC)¹⁷.

Por fim, o terceiro elemento diz respeito à *cadeia de custódia*, sendo necessário preservar a autenticidade e integridade durante todo o processo de produção da prova, desde sua constatação, coleta até a sua apresentação ao processo, sob pena de a prova se tornar imprestável, nos moldes preconizados nos arts. 158-A a 158-F do CPP.

Nesse sentido, se a prova for obtida através de fontes abertas, devem ser descritos os cenários de pesquisa, como sites, redes sociais, plataformas digitais etc, o meio utilizado (pesquisa simples executada na própria plataforma ou via plataformas acessórias, ou ainda, com o uso de scripts com ou sem exploração das APIs), e a descrição pormenorizada de todos os elementos informativos arrecadados¹⁸.

Para fins de estudo do tema, cita-se a edição 763 do Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgado, em fevereiro de 2023, onde foi fixado, que “São inadmissíveis as provas digitais sem registro documental acerca dos procedimentos adotados pela polícia para a preservação da integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos”¹⁹.

16 CASELLI, Guilherme. *Manual de Investigação Digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 32 e 37.

17 Sobre este ponto, registram-se as previsões dos artigos 411, 412, 422, 429 do CPC, bem como a Medida Provisória que trata sobre as chaves públicas brasileiras, ICP – Brasil (MP 2.200-2/2001), instituída para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica (art. 1o).

18 CASELLI, Guilherme. *Manual de Investigação Digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p.27

19 Informativo de Jurisprudência do STJ No. 763, p. 26. *Tema: Inquérito policial. Busca e apreensão. Computadores apreendidos pela polícia. Quebra da cadeia de custódia. Ausência de registros documentais sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos. Violação à confiabilidade, integridade e autenticidade da prova digital. Inadmissibilidade da prova.* Disponível em <https://

2.5 Provas digitais específicas

Como então demonstrar fatos que ocorreram no meio digital ou fatos que ocorreram fora deste meio, mas estejam interligados a dados digitais?

A resposta está na utilização dos meios de prova adequados à transposição do que ocorreu no mundo dos fatos para o processo.

Nesse contexto, estão as provas digitais.

Não há vedação legal para o uso desse tipo de prova.

Pelo contrário, o art. 369 do CPC autoriza a utilização pelas partes de todos os meios legais de prova desde que lícitos e moralmente legítimos.

O art. 225 do Código Civil autoriza especificamente a utilização das provas eletrônicas.

Através delas, as partes podem levar ao processo informações relevantes e seguras que entregarão ao juiz dados precisos, proporcionando uma maior aproximação de conceitos como verdade real e segurança jurídica.

A partir do uso das provas digitais, os meios típicos de prova podem ser dispensados ou utilizados apenas para complementar a prova.

A tecnologia trouxe consigo ferramentas para validação jurídica das provas, podendo-se afirmar, inclusive, que há maior confiabilidade em uma prova eletrônica quando comparada à tradicional, como a prova testemunhal, por exemplo.

É bem verdade que a testemunha depõe sobre fatos que ela presenciou, mas sempre com as impressões de seu olhar e de sua experiência de mundo. Várias testemunhas podem ser ouvidas sobre um mesmo fato, apresentando, inclusive, testemunhos semelhantes, mas nunca exatamente idênticos, afinal, a fala reflete a percepção individual de cada um sobre determinado fato.

O mesmo não acontece com as provas digitais que são precisas e retas, não havendo “pontos de vista”.

Inserido nesse novo cenário, o operador do direito digital deve compreender como se dá a produção das referidas provas, o modo de investigação em fontes abertas da internet, a forma de extração de metadados e o procedimento de mineração dos mesmos.

Ao firmarem contratos eletrônicos em sites e aplicativos de compras, por exemplo, os usuários autorizam o compartilhamento de muitos dados na internet, seja através de e-mails, aplicativos de mensagens ou redes sociais. Como se estivessem a caminhar em solo físico, os usuários da internet deixam rastros digitais sem que eles percebam e, por meio desses rastros, pode-se chegar à prova do fato questionado.

A assinatura digital em documentos eletrônicos pode ser utilizada como prova digital, permitindo o reconhecimento da origem de um ato bem como a identificação do usuário em determinada transação. Esse tipo de assinatura confere ao documento presunção de autenticidade e integridade, através do uso da criptografia que nada mais é que uma ferramenta de codificação usada para envio de mensagens seguras em redes eletrônicas²⁰.

Para verificar se uma assinatura digital é verdadeira, basta acessar o site do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República. Neste site, deve-se buscar pelo Verificador de Conformidade do Padrão de Assinatura Digital. Através dele, é possível aferir a conformidade de assinaturas eletrônicas qualificadas e avançadas existentes em um arquivo assinado em relação à regulamentação da ICP-Brasil e às definições contidas na Medida Provisória nº 2.200-2, de 24

processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0763.pdf> Acesso em 20.04.2023.

20 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*, 5a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2013. p. 120.

de agosto de 2001, na Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020 e no Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020, ao Acordo de Reconhecimento Mútuo de Assinaturas Digitais do Mercosul²¹.

Dados de geolocalização e dados armazenados pelos provedores de conexão e de aplicação são outros exemplos de provas digitais.

Através da geolocalização é possível rastrear a localização de um aparelho celular, por GPS (*Global Positioning System*), com a identificação da latitude e longitude do local em que o dispositivo se encontra, com base nas conexões de rede ou conexão via satélite. A definição da geolocalização também é possível através da captação de sinais de radiofrequência pela triangularização das antenas de celulares.

Diversos provedores de aplicação, a exemplo do Uber, Ifood e Waze registram a localização dos usuários.

Os registros de logs do WhatsApp também são capazes de informar a geolocalização do usuário do dispositivo móvel no instante da mensagem, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, oficiar ao Provedor de Aplicação e requisitar os dados de qualificação e logs de conexão do usuário, com identificação dos IPs.

Com esse tipo de informação, pode-se provar, por exemplo, o local, o dia e a hora que uma pessoa estava, mesmo que ali não houvesse nenhuma testemunha ou câmera de segurança para provar o fato.

Estamos inseridos na era da testemunha virtual.

As fotos postadas nas redes sociais e as conversas em aplicativos de mensagem, a exemplo do WhatsApp, Twitter e Telegram podem igualmente ser utilizadas como prova de um fato. Todas elas contém dados que informam a localização e o momento do registro.

Para a aferição da autenticidade da foto, será necessária a quebra do sigilo da postagem, por via judicial ou a utilização de um leitor de metadados que levará ao juiz a informação sobre a localização e momento da realização da foto²².

A busca da geolocalização pode se dar através de meios simples como a extração de dados do Google Takeout, através do sistema operacional IOS, da Apple, pelas antenas das Operadoras de Celular²³.

Ressalte-se que aqui se defende que a requisição judicial de dados de geolocalização para fins de prova robustece a segurança da prestação jurisdicional, não gerando ofensa à garantia Constitucional de inviolabilidade das comunicações ou à Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (lei 13.709/18).

Os prints de WhatsApp têm sido frequentemente utilizados pelas partes em processos cíveis e trabalhistas.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁴ ainda não possui jurisprudência pacífica. Em março de 2021, o referido colegiado decidiu que capturas feitas através do WhatsApp Web não poderiam ser usadas em disputas judiciais, ante à dificuldade de provar quanto à sua autenticidade, pois as mensagens podem ser apagadas e excluídas sem deixar vestígios, alterando e desvirtuando completamente o contexto de uma conversa.

Nesta decisão tomada em processo penal e de caráter não vinculante, o STJ considerou, ainda, que a

21 Disponível em <<https://verificador.iti.br/>> Acesso em 13.05.2023.

22 São exemplos, os seguintes sites para a mineração dos dados das fotos digitais: <http://fotoforensics.com/>, <http://www.exif-viewer.com/e> <http://www.pic2map.com/>.

23 PIRES FERREIRA DE LIMA, A. C.; ALBINO, J. P. *Técnicas de captura de geolocalização para a produção de prova judicial*. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 216–233, 2022. DOI: 10.26843/relacoessociaistrabalhista.v8i1.409. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>. Acesso em: 25 maio. 2023

24 Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Sexta-Turma-reafirma-invalidez-de-prova-obtida-pelo-espelhamento-de-conversas-via-WhatsApp-Web.aspx>> Acesso em 24.05.2023.

criptografia de ponta a ponta utilizada pelo WhatsApp só exhibe as mensagens para as pessoas envolvidas na conversa, impedindo a Justiça de determinar que a plataforma forneça o conteúdo na íntegra.

Todos esses aspectos pontuados na decisão são extremamente relevantes no estudo da matéria, mas como a temática ainda não está pacificada, em janeiro de 2023, a 5ª Turma do STJ reconheceu, contrariamente à jurisprudência anterior, pela validade de reproduções de mensagens do WhatsApp como prova em processo penal²⁵.

Apesar de toda a complexidade da matéria, a prova obtida através de prints de WhatsApp, sem dúvida, é prova de extrema importância, principalmente quando da valoração do conjunto de provas pelo juízo.

Nesse contexto atual, caso a parte litigante deseje utilizar, em um processo, um *print* de WhatsApp deve estar ciente de que tal prova poderá ser impugnada pela parte contrária, ante a sua fragilidade e facilidade de manipulação.

Para manter a força probante, deverá a parte interessada demonstrar a autenticidade e a integridade da prova.

Para a verificação da integridade, o *print* da foto ou da conversa, pode o interessado providenciar a confecção de uma ata notarial (art. 384, CPC), onde o tabelião, dotado de fé-pública, pode atestar o acesso à página do perfil da rede social, bem como a existência da postagem e seu conteúdo, em uma determinada data.

Por meio da ata notarial, o tabelião registrará os fatos eletronicamente observados, conservando o teor do documento. Para tanto, o notário deverá ter acesso ao telefone celular, à senha do aparelho, à senha aplicativo, à conversa havida entre as partes, registrando detalhadamente todos os dados por ele verificados.

Ressalte-se que o fato narrado na ata, ainda assim, não restará em absoluto isento de questionamentos de autenticidade, pois os fatos eletronicamente apresentados ao notário já poderiam ter sido previamente manipulados pelo detentor da prova.

Pode e deve a parte interessada buscar, ainda, por empresas que prestam serviços de registro de provas digitais, com maiores garantias de que uma informação não foi manipulada e de que não houve quebra da cadeia de custódia²⁶.

Além das provas aqui citadas, várias outras podem ser utilizadas, não havendo aqui como se fechar um rol de provas digitais ante a amplitude da *Big Data* (grande massa de dados existente a partir da Internet), reafirmando-se que todas elas deverão atender ao quanto disposto no art. 369 do CPC.

2.6 Produção antecipada de provas

Em alguns casos, a produção antecipada de provas é medida necessária e urgente, ante a possibilidade de perda da prova, principalmente no que tange às provas digitais, dada a volatilidade que lhe é intrínseca.

Deletar algo, no mundo digital, é extremamente simples e rápido. Muitas vezes, não é possível aguardar o tempo razoável do processo para que tal prova seja produzida somente em instrução processual regular.

A Lei do Marco Civil da Internet (MCI - Lei 12.965/2014) dispõe, em seu art. 13, sobre o tempo mínimo de guarda das informações por provedores de aplicação (seis meses) e dos provedores de conexão (um ano). Assim, como esperar o curso normal de duração do processo civil, quando se sabe que as informações se perderão em seis meses?

A MCI dispõe no art. 22 as condições para a solicitação judicial de informações pelos provedores, podendo o magistrado requisitar judicialmente os registros e dados pessoais armazenados nas operadoras de telefonia, nos provedores de conexão e de aplicações de internet, para formar o conjunto probatório em

25 AgRg no HC 752.444

26 A título de exemplo, existe a plataforma Verifact já é utilizada por vários órgãos como polícia civil e Ministério Público. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/385369/verifact-firma-parceria-com-orgaos-publicos>>. Acesso em 24.05.2023.

processo cível ou penal (art. 22). O art. 21 prevê como crime a recusa em fornecer as informações necessárias às autoridades competentes.

O art. 10 da MCI assegura a disponibilização dos registros e dados pessoais armazenados nos provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet por ordem judicial (art. 10).

A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709/2018) não proíbe a requisição das provas digitais, permitindo o tratamento de dados pessoais, inclusive os denominados dados sensíveis, na hipótese de exercício de direitos em processo judicial (arts. 7º, VI, e 11, II, “a”). Garante-se, assim, o sigilo das informações e dos dados recebidos, preservando-se a intimidade da vida privada, da honra e da imagem do seu titular (art. 23 da Lei nº 12.965/2014 e art. 2º, I e III, da LGPD).

No processo civil, os procedimentos a serem utilizados para a obtenção desse tipo de informação são as tutelas provisórias de urgência e evidência (arts. 381 e ss, CPC), aptos a garantir a utilidade do processo, permitindo a produção antecipada de provas.

3. Considerações finais

A história da evolução da sociedade moderna demonstra que o desenvolvimento da humanidade caminha a passos dados com o avanço tecnológico.

Atualmente, toda a nossa vida está imersa em tecnologia. O uso em larga escala de smartphones e de inúmeros dispositivos conectados à internet fazem prova dessa realidade.

Cada uso e acesso às plataformas e sites disponibilizados pela internet é registrado e todos os dados armazenados na rede podem fazer prova de fatos ocorridos no meio digital ou físico. Daí surge o uso cada vez mais frequente de provas digitais.

Atento a todas as inovações tecnológicas vividas nas últimas décadas, o Judiciário tem utilizado cada vez mais a plataforma digital e as provas digitais, debruçando-se sobre o tema com projetos como o Justiça 4.0 e Programas de Provas Digitais²⁷, reconhecendo que o assunto requer constante atualização e aprofundamento, não só no aspecto processual, mas também no aspecto técnico científico.

Atualmente, a questão da prova eletrônica está presente em uma infinidade de casos, sendo crucial para demonstrar e fundamentar direitos e obrigações entre as partes envolvidas, pelo que se defende o seu uso correto e adequado, balizado pelas premissas do direito processual pátrio, em busca da verdade dos fatos e do alcance da justiça.

Referências bibliográficas

1. ALVIM, Arruda. *Manual de direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
2. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Serviços. Justiça 4.0. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em 13.05.2023.
3. BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Serviços. *Justiça 4.0. Provas digitais*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/justica-4-0/provas-digitais>. Acesso em 13.05.2023.
4. BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <https://verificador.iti.br/> Acesso em 13.05.2023.
5. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *Sexta Turma reafirma invalidade de prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Sexta-Turma-reafirma-invalidade-de-prova-obtida-pelo-espelhamento-de-conversas-via-WhatsApp-Web.aspx>.
6. CASELLI, Guilherme. *Manual de Investigação Digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

²⁷ Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>> e <<http://www.csjt.jus.br/web/csjt/justica-4-0/provas-digitais>>. Acesso em 13.05.2023.

7. CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic Science, computers and the internet*. 3a ed. Waltham: Elsevier. 2011.
8. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22ed. Jus Podium. Salvador, 2020.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahe e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*, 33a ed. São Paulo: Malheiros. 2021.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros, São Paulo, 2001.
11. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
12. MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
13. MIGALHAS. Verifact firma parceria com órgãos públicos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/385369/verifact-firma-parceria-com-orgaos-publicos>. Acesso em 24.05.2023.
14. MORAES, Camila Miranda de. *Processo judicial eletrônico e efetividade dos direitos trabalhistas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2019.
15. PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*, São Paulo: Saraiva Educação, 2013.
16. PIRES FERREIRA DE LIMA, A. C.; ALBINO, J. P. *Técnicas de captura de geolocalização para a produção de prova judicial*. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 216–233, 2022. DOI: 10.26843/relacoessociaistrabalhista.v8i1.409. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>. Acesso em: 25 maio. 2023.
17. RODRIGUES, Benjamim Silva, “*Direito Penal Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital, Contributo para a Fundamentação da sua Autonomia Dogmática e Científica à Luz do novo Paradigma de Investigação Criminal: a Ciência Forense Digital e a Prova Digital*”, Coimbra Editora, Limitada, 2009.
18. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. Ltr, 2014.
19. THAMAY, Rennan e TAMER, Mauricio. *Provas no Direito Digital. Conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2020.
20. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. Dialética. São Paulo, 2003.

O SUBMUNDO DOS CIBERCRIMES E SEUS TENTÁCULOS: UMA NARRATIVA DO DIREITO DIGITAL

Luís Augusto Correia Lima de Oliveira

Advogado Membro da Comissão de Estudos pelo Porte de Armas para Advogados da OAB/CE

Especialista em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus

Sumário: 1 Introdução; 2 Crimes Digitais; 2.1 Crimes comuns; 2.2 Ciberterrorismo; 2.3 Racismo e discriminação; 2.4 Crimes do ECA; 2.5 Violação de direitos autorais; 3. Conclusão.

1. Introdução

No Brasil, os crimes digitais são conhecidos como uma das modalidades criminosas mais perigosas da atualidade. A sociedade evidencia uma realidade de fragilidade e insegurança em relação à exposição de seus dados digitais, com a forte possibilidade de exposição de dados e informações.

No centro das discussões, estão os ataques cibernéticos a instituições bancárias, instituições governamentais, companhias de energia, servidores de acesso à rede e companhias telefônicas, entidades como Receita Federal, Secretarias da Fazenda estaduais, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, entre outros.

Na esfera governamental, os criminosos buscam informações cadastrais de sistemas como os de aposentadoria e seguro-desemprego.

Sabe-se que essas tentativas de ataque são regulares e periódicas, exigindo cada vez mais sistemas de segurança e *softwares* antivírus mais desenvolvidos.

Os dados cibernéticos são utilizados em golpes, como moeda comercial, como instrumento de troca virtual e finalmente podem servir de base para o terrorismo virtual.

Dessa forma a discussão central do presente artigo é analisar os cibercrimes, suas implicações jurídicas e sua relevância no submundo do crime.

No decorrer do artigo, responderemos a questionamentos acerca do papel do avanço tecnológico nos tempos hodiernos para o combate a essa espécie de crime e ainda verificaremos como os crimes digitais são perpetrados facilmente pelos criminosos em detrimento do cidadão, das empresas, da sociedade e do Estado.

Desta feita, temos por objetivo analisar o papel do Estado e das empresas tecnológicas no combate aos crimes digitais e as organizações criminosas cibernéticas.

A metodologia utilizada no presente artigo é um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica – através de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na internet – e documental – através de projetos, leis, normas, resoluções, pesquisas on-line, dentre outros, que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não sofreu tratamento analítico.

Assim, o debate vislumbra a imperiosa necessidade do avanço dos sistemas processuais e de investigação para averiguação e processamento dos crimes com a punição dos autores.

2. Crimes digitais

2.7 Crimes comuns.

Os crimes digitais em regra são objeto do procedimento ordinário-comum. Inicia-se a investigação por Auto de Prisão em Flagrante (APF), Inquérito Policial (IP) pela autoridade policial ou por Procedimento Investigatório Criminal (PIC) pelo Ministério Público, estadual ou federal.

A investigação dos crimes cibernéticos varia de acordo com a circunscrição em cada estado, tendo em vista a regulamentação própria para as diretrizes da polícia judiciária. Na maioria dos estados, existem delegacias especializadas para a persecução de tais crimes, mas, de acordo com a regulamentação, os referidos crimes podem ser investigados em distritos policiais onde reside a vítima ou onde foi concretizado o crime.

As organizações criminosas especializaram-se com tamanha velocidade tanto quanto o avanço da tecnologia. As quadrilhas, em boa parte, agem independente de outros grupos criminosos por entenderem que são criminosos modernos e de “colarinho branco – fraudes virtuais”, estando longe de se autointitular como delinquentes perigosos ou de pior estirpe. São os popularmente conhecidos como hackers ou antagonicamente como crackers.

Nesse sentido, são as lições de Grego (2017, p. 856):

Esse dispositivo informático alheio pode estar ou não conectado à rede de computadores, ou seja, a um conjunto de dois ou mais computadores autônomos e outros dispositivos, interligados entre si com a finalidade de compartilhar informações e equipamentos, a exemplo dos dados, impressoras, mensagens etc. Diz respeito, portanto, a estruturas físicas (equipamentos) e lógicas (programas, protocolos) que possibilitam que dois ou mais computadores possam compartilhar suas informações entre si. A internet, por ser considerada um amplo sistema de comunicação, conecta inúmeras redes de computadores. As quatro redes mais conhecidas, classificadas quanto ao tamanho, são: 1. LAN (Local Area Network) – redes locais, privadas, em que os computadores ficam localizados dentro de um mesmo espaço, como, por exemplo, uma residência, uma sala comercial, um prédio etc.; 2. MAN (MetropolitanArea Network) – redes metropolitanas, em que os computadores estão ligados remotamente, a distâncias pequenas, podendo se localizar na mesma cidade ou entre duas cidades próximas; 3. WAN (WideArea Network) – são redes extensas, ligadas, normalmente, entre diferentes estados, países ou continentes, a exemplo do que ocorre com o sistema bancário internacional; 4. PAN (PersonalArea Network) – são redes pessoais, presentes em regiões delimitadas, próximas umas das outras.

Por outro lado, há um segmento de criminosos digitais que integram facções criminosas e usam sua expertise tecnológica para servir de financiamento ou substrato para prática de crimes comuns, como extorsões, homicídios, tráfico de drogas, sequestros, terrorismo, dentre outros.

A definição de crimes cibernéticos envolve inicialmente a percepção da espécie de criminoso que é autor do crime, como apresentado acima. Cumulativamente, percebe-se a noção dos crimes que são típicos a esta espécie (crimes realizados tão somente na internet) e crimes tradicionais (contra o patrimônio, moeda virtual ou contra a honra).

Conforme debate Aras (2001, p. 60) os crimes digitais, vejamos:

Uma primeira, onde estão substancialmente unidos pela circunstância que o computador constitui a necessária ferramenta de realização pela qual o agente alcança o resultado legal; b) a segunda categoria de crimes do computador poderia incluir todos aqueles comportamentos ilegítimos que contestam os computadores, ou mais precisamente, seus programas; c) a última categoria deveria juntar todas as possíveis violações da reserva sobre a máquina. Aqui entram em consideração as habilidades de colheita e elaboração de todo tipo de dados.

Dessa forma, por tais crimes ostentarem impactos imediatos, longos e duradouros, viu-se a efetiva necessidade do fortalecimento do Direito Digital.

No centro das investigações policiais, estão delegados, agentes, escrivães e peritos, que procedem com a identificação da autoria e da materialidade atribuída a cada caso. Em contrapartida, os números de servidores públicos para participarem das investigações é diminuto, e a demanda apenas aumenta a cada dia. Por mais que

o Estado tenha buscado aparelhar-se para atender à demanda das vítimas, ainda há uma deficiência estrutural enorme, o que impossibilita o sucesso das investigações policiais. Assim, na maioria dos casos, o registro da ocorrência tem apenas a finalidade de estatística.

Outra nuance a ser observada na fase inquisitorial é o receio e o constrangimento da vítima em registrar a ocorrência, o que torna mais distante a apuração dos fatos. Outro detalhe que torna mais difícil a apuração dos crimes é que na maioria dos casos são envolvidas empresas internacionais.

Assim, a maioria dos crimes de computador ou crimes de tecnologias estão previstos no Código Penal Brasil. Os crimes restantes foram tipificados em leis especiais que alteram o *codex*, como a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e a Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021.

Vejam os ensinamentos de Cassanti (2014, p. 24):

Para o Judiciário, 95% dos delitos cometidos eletronicamente já estão tipificados no Código Penal brasileiro por caracterizarem crimes comuns praticados através da Internet. Os outros 5% para os quais faltaria o enquadramento jurídico abrangem transgressões que só existem no mundo virtual, a exemplo da distribuição de vírus eletrônico e dos ataques DDoS.

Houve modificações significativas na esfera legislativa para apuração dos ciberdelitos notadamente incluídos pelo pacote anticrime, com modificações na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (Lei das Interceptações). Tal medida objetivou rejeitar interceptações ilegais, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Deve-se constar ainda que, quando o crime ainda está em curso, não há necessidade de autorização judicial em virtude do estado de flagrância do criminoso.

Os aspectos processuais e institutos penais nos crimes comuns são em regra originários do inquérito policial (Polícia Civil) ou do procedimento investigatório criminal (Ministério Público), cabendo fiança, prisão em flagrante e prisão temporária (dentro do rol taxativo legal). Ainda permite interceptação telefônica, interceptação telemática e extradição; a ação penal é pública incondicionada e finalmente é cabível acordo de não persecução penal. Deve-se constar que não é admitida a aplicação de institutos como a transação penal, suspensão condicional do processo.

Computadores, telefones e qualquer outro aparelho eletrônico com acesso à internet são alvos fáceis dos criminosos. O papel do Estado é combater as diversas tentativas de violação dos sistemas de tecnologia da informação.

Corroborando os ensinamentos de Nucci (2014, p. 579):

Invadir (violar, transgredir) é um verbo de conteúdo normativo, significando algo ilícito, pois representa a entrada à força em lugar alheio. O objeto da conduta é o dispositivo informático (qualquer mecanismo apto a concentrar informação por meio de computador ou equipamento similar). São dispositivos informáticos: computador de mesa, notebook, laptop, *ultrabook*, *tablet*, *ipad*, *smartphone* etc. Não se exige, para a configuração do crime, conexão com rede, inclusive internet. No entanto, o tipo penal indica a necessidade do dispositivo informático possuir algum mecanismo de segurança, sob pena de ser considerado desprotegido penalmente. Outra forma de praticar o delito é instalar (preparar para funcionar) vulnerabilidade (mecanismo apto a gerar abertura ou flanco em qualquer sistema) no dispositivo informático, com a intenção de obter vantagem ilícita.

2.8 Ciberterrorismo

No crime específico de ciberterrorismo, constata-se um ataque direto, atentado ou ameaça contra a paz pública, por meio de armas de destruição em massa (químicas, biológicas, radiológicas e nucleares), como também ataques a infraestrutura crítica como usinas hidrelétricas, termelétricas, nucleares, aeroportos e portos através do uso da internet ou de programas/software de computador, com a finalidade de provocar o caos social.

Vejam os ensinamentos do artigo 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por

razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

- usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

- (VETADO);

- (VETADO);

- sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

- atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Os aspectos processuais da investigação criminal do ciberterrorismo são o inquérito policial (Polícia Civil) e o procedimento investigatório criminal (Ministério Público), sendo possível a prisão em flagrante, temporária e preventiva; a extradição é prevista legalmente. Pode-se ainda utilizar a interceptação telefônica e telemática. Não cabe transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal. A ação penal é pública incondicionada. Notadamente, nesse tipo penal, verifica-se para sua concretização a associação a um discurso de ódio, marcado pelo racismo e discriminação pela internet.

2.9 Racismo e discriminação

Vivemos em um mundo pós-moderno, globalizado, no qual as distâncias e as fronteiras entre os indivíduos foram diminuídas ou eliminadas. Quase todos os indivíduos têm acesso à tecnologia e à educação. O papel do Estado em ofertar uma educação pública de qualidade ao cidadão é cada vez mais concreta, em contrapartida ao empenho do indivíduo em contribuir com aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) do que produz (trabalho e renda) na forma de tributos. Ocorre que, mesmo com uma nova geração de cidadãos esclarecidos e bem-educados, o discurso de ódio continua a ser perpetrado na sociedade. E agora é feito com uma rapidez e replicação célere e ácida.

Os meios de comunicação como rádio, televisão e internet são utilizados para propagar racismo e discriminação. Por mais eficiente que sejam a polícia judiciária e o próprio Poder Judiciário, não há como acompanhar uma reação em cadeia de crimes virtuais que acontecem diariamente por todo o país. O bloqueio de páginas de internet ou o bloqueio de mensagem é algo tardio: quando excepcionalmente tal ação acontece, já se proliferaram pela rede todas as informações maliciosas que buscavam atingir determinado cidadão ou empresa.

Os aspectos processuais dos referidos crimes podem ser identificados por sua imprescritibilidade. A investigação criminal é realizada por inquérito policial (Polícia Civil) ou por procedimento investigatório criminal (Ministério Público). É inafiançável na forma do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988. É cabível a prisão em flagrante e preventiva, não cabendo a prisão temporária, uma vez que não há previsão legal do rol taxativo da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Podem-se utilizar instrumentos como a interceptação telefônica, telemática e ambiental. Não é pertinente a transação penal e a suspensão condicional do processo. É possível o acordo de não persecução penal em caso onde a pena máxima em abstrato seja de 4 (quatro) anos. A ação penal é pública incondicionada e não cabe extradição.

2.10 Crimes do ECA

Os crimes virtuais que envolvem o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) têm como sujeitos (autores ou vítimas) as crianças (zero a doze anos) e os adolescentes (doze a

dezoito anos). Quando os autores são destes dois últimos grupos, o termo legal adequado não é crime e sim ato infracional.

Notadamente, essa espécie criminal, na maioria dos casos, envolve material pornográfico e pedofilia.

A produção de material pornográfico, como fotografias, vídeos, entre outros, tem despontado como um desafio para instituições policiais, para o Ministério Público e para o Poder Judiciário. São atos vilipendiosos que ofendem a família e a pátria. No submundo do crime, seja na internet aberta (*deep web*) ou na chamada *dark web*, constata-se a propagação dos referidos crimes de forma avassaladora. Em contrário, as prisões e operações policiais são pontuais devido à falta de recursos públicos, infraestrutura e pessoal.

Vejamos o que dispõem os artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

– no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

– prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

– prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– agente público no exercício de suas funções; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica

por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

– pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003) (Lei n. 8.609, de 13 de julho de 1990. 2023. Grifo do original).

Essa questão é apresentada e discutida por Calderon (2017, p. 6), vejamos:

O estudo dirigido por Michael Bergman [...] descobriu que a Deep Web era cerca de 500 vezes maior que a internet comum que todos conhecemos. [...] Dentro dessa região que não pode ser ‘vista’ por navegadores comuns, existe uma comunidade ativa de indivíduos que está desafiando a autoridade do Estado: a Dark Web, que serve como um poderoso instrumento de indivíduos da sociedade civil para atingir determinados objetivos —que não conseguiriam atingir utilizando-se de outros meios. Digo ‘indivíduos’ no plural tanto por ser um grupo de indivíduos juntos a perpetrar tais ações, como por ser um grupo de indivíduos separados que, juntos, se tornam nós essenciais em um determinado acontecimento. [...] De forma bastante resumida, a Deep Web é toda a região da World Wide Web que simplesmente não aparece nos resultados de mecanismos de busca, como Google, Bing ou Yahoo!. Existe todo um conteúdo que sequer chega a ser listado nesses resultados. Nós nunca o vemos, pelo menos não com os navegadores normais que usamos [...] A Dark Web é uma porção da Deep Web que propositalmente se mantém alheia a esses mecanismos de busca e ainda procura a segurança de que as comunicações não serão violadas por terceiros. Traduzindo em miúdos: é uma parte da World Wide Web que propositalmente não deseja ser encontrada e nem ter suas mensagens lidas, inspecionadas, vigiadas e controladas por quaisquer entidades que circundam a rede mundial de computadores.

A investigação criminal aponta a possibilidade de prisão em flagrante e prisão preventiva, não cabendo prisão temporária, em virtude da ausência de previsão legal. Teoricamente, é cabível fiança em alguns casos, mas na prática forense é raro a aplicação. Pode-se fazer uso de interceptação telefônica, telemática e ambiental. Não cabe transação penal e suspensão condicional do processo. A ação penal é pública incondicionada e é cabível a extradição.

2.11 Violação de Direito Autoral

Essa modalidade de crime virtual é corriqueira entre os internautas e ocorre sem que muitos deles sequer saibam ou tenham noções jurídicas de que estão cometendo ou praticando um ato ilícito quando baixam ou compartilham livros, músicas, filmes, entre outros. Sabe-se, no entanto, por uma previsão legal, que o desconhecimento da ilicitude de um crime não isenta o agente de ser processado e condenado.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe o artigo 184 do Código Penal:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os

represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

(Decreto-Lei nº 11.829, de 7 de dezembro de 1940. Grifo do original).

Nesse liame, são as lições de Aras (2001, p .7):

Qualquer comportamento ilegal, aético ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados, podendo implicar a manipulação de dados ou informações, a falsificação de programas, a sabotagem eletrônica, a espionagem virtual, a pirataria de programas, o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes.

Os aspectos processuais do crime de violação de direito autoral no tocante à investigação criminal deve ser realizada por inquérito policial (Polícia Civil). É cabível fiança, prisão em flagrante, interceptações telefônicas e telemáticas. Não há possibilidade de prisão temporária ou prisão preventiva, cabendo esta última somente em situações excepcionais. Não é possível transação penal, suspensão condicional do processo. É pertinente a extradição. O procedimento é especial. A ação penal pode ser intentada por queixa-crime (artigo 184, caput, do Código Penal). Quando a vítima for entidade de Direito Público, a ação penal é pública incondicionada

3. Conclusão

Mundo pós-moderno, avanço tecnológico de ponta, estreitamento das fronteiras pelo processo de globalização, acesso à educação básica e a serviços públicos; em contrário senso, a sociedade enfrenta um caos social digital, onde um emaranhado de leis e normas regulam a rede mundial de computadores, enquanto criminosos virtuais fazem do mundo virtual um palco de toda estirpe de crimes, dos mais brandos aos mais repudiáveis.

O Estado, detentor da obrigação, do dever legal e dos recursos públicos, busca acompanhar vertiginosamente o desenvolvimento acelerado dos crimes virtuais. Novas legislações, políticas públicas temáticas, concursos públicos para a contratação de servidores especializados são algumas das ações para combater e coibir a prática criminosa.

O mundo virtual nefasto (*dark web*) está longe de ser visto pelo cidadão. Apenas os mais aprofundados em conhecimento tecnológico têm acesso a tal universo. Crimes comuns tipificados pelo Código Penal, como ciberterrorismo, racismo, discriminação, pedofilia, violação de direitos autorais são espécies de crimes praticados rotineiramente e que foram discutidos no decorrer desse artigo.

Desse modo, foi objeto de discussão da presente pesquisa os cibercrimes e seus aspectos jurídicos. Pode-se constatar que o submundo dos crimes virtuais apresenta uma série de tentáculos sem fronteiras. Os crimes podem ser originários em um país, transitar por outro e serem concluídos em um terceiro. Evidencia-se que em apenas um crime possa atingir a territorialidade de diversos países, onde há um debate jurídico acerca da competência para apuração e julgamento do fato delitivo.

Constatou-se ainda que os processos criminais que envolvem crimes digitais podem tornar-se mais lentos e demorados, pois em muitos casos há o envolvimento de empresas internacionais com a necessidade de

expedição de cartas rogatórias.

Averiguou-se ainda o aperfeiçoamento da atividade policial com a infiltração de agentes de polícia na internet com a finalidade de apurar crimes.

Por outro lado, pode-se observar que as organizações criminosas cibernéticas ou facções criminosas virtuais (aparentemente invisíveis) têm aperfeiçoado sua forma de existir e de agir. A lavagem de dinheiro torna-se cada vez mais imperceptível para a Receita Federal do Brasil, para o Ministério Público, para o Departamento de Polícia Federal e para as polícias civis estaduais.

As organizações criminosas cibernéticas puras têm atuado clandestinamente no mundo virtual com o objetivo de levantar cifras milionárias. Já as organizações criminosas cibernéticas mistas têm agido em conjunto com criminosos que atuam como traficantes de drogas, pistoleiros, roubo a bancos e nas portas dos bancos (delitos comumente chamados de saidinhas bancárias).

Trata-se do neocangaço virtual.

Aludidas organizações agem em um sistema de bidirecionamento. As facções criminosas que têm seus líderes presos e recolhidos no sistema prisional brasileiro emitem suas ordens e ações de dentro da unidade prisional para que os faccionados que estejam em liberdade executem seus planos e crimes. De outra sorte, quando o líder da quadrilha encontra-se solto e os demais membros estão presos, este tem que buscar soltar seus comparsas para que voltem a delinquir em bando. Quando isso é impossível, por questões legais, a quadrilha passa a captar e recrutar novos integrantes para atuarem criminosamente, nas mais variadas expertises.

Nominar referidas organizações criminosas é prestar um desfavor ao mundo jurídico, é dar importância ao crime organizado, é navegar na contramão da lei. No crime, não existem mentes brilhantes, existe apenas os que vivem à margem da sociedade. Afirmção não coerente à política criminal de ressocialização.

Temos o cidadão, dividido entre seu guardião (o Estado) e seu algoz (organizações criminosas). Não se trata de brincadeira de polícia e bandido. Trata-se na realidade de uma cadeia de crimes que atingem o cidadão, a família e as instituições pátrias.

Bibliografia

1. ARAS, Vladimir. Crimes de informática: uma nova criminalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5,
2. n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>. Acesso em: 19 mai. 2023.
3. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.
4. __. Decreto-Lei nº 11.829, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em
5. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
6. __. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em
7. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
8. __. Lei nº 8.069, de 16 de março de 1990. Disponível em
9. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
10. __. Lei nº Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 Disponível em
11. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
12. __. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Disponível em
13. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
14. __. Lei nº Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em
15. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
16. __. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em

17. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
18. __. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em
19. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 22 Mai. 2023.
20. CALDERON, Bárbara. **Deep & Dark Web: a internet que você conhece é apenas a ponta do iceberg**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.
21. CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.
22. CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet, reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**; 1ª ed. Editora Zahar, 2003;
23. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
24. _____. **Invasão de dispositivo informático art. 154 -a do código penal**. 13 Jan 2013. Seção Artigos. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819872/invasao-de-dispositivo-informatico-art-154-a-do-codigo-penal>. Acesso em: 22 Mai. 2023.
25. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONLINE DIPUTE RESOLUTION COMO FERRAMENTA DE EFICIÊNCIA NO PROCESSO TECNOLÓGICO

Aline Evaristo Brígido Baima

Assessora Jurídica – Instituto de Cultura, Arte, Ciência e Esporte
Mestranda em Direito – Centro Universitário Christus

Sumário: 1. O Processo no Limiar da Revolução Digital; 2. Processo Tecnológico e Eficiência; 3. Utilização de ODR enquanto ferramenta de Eficiência Processual; Conclusão.

1. O Processo no Limiar da Revolução Digital

A invenção dos computadores e da internet proporcionou impactos em todas as áreas do cotidiano humano, pessoal e profissional, diante da sua intensa relevância e utilização. A revolução digital já se ambientava à época da terceira etapa da revolução industrial. Não satisfeito, Klaus Schwab, seguindo a evolução tecnológica, estabelece seu posicionamento no sentido de que atualmente vive-se uma quarta revolução propriamente dita. Não sendo apenas mais uma etapa de desenvolvimento da terceira. O entendimento é fundamentado em três argumentos essenciais:

Três razões, no entanto, sustentam minha convicção da ocorrência de uma quarta — e distinta — revolução: — Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas. — Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos. — Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade¹.

A quarta revolução industrial impõe um ritmo frenético de evoluções e mudanças. Propondo cenário inovador, por meio de novas oportunidades e desafios à sociedade da informação, que impulsionam a evolução do Direito e dos seus profissionais. Assim, o contexto digital confere provocações que estimulam a prática jurídica ao movimento e a pesquisa acadêmica no sentido de investigar diante de quais caminhos o Direito Processual brasileiro evoluirá para se adequar às inovações tecnológicas, conduzindo, dessa forma, o Processo no limiar da Revolução Digital.

Ao final do Século XX, no contexto pós-moderno, foi desenvolvido o conceito de sociedade da informação, em face do progresso das telecomunicações e informática, originados nos avanços da microeletrônica, optoeletrônica e multimídia. “Tendo como objetivo promover a inovação tecnológica, a sociedade da informação visa tornar os processos de comunicação mais ágeis e eficientes para auxiliar no desenvolvimento das organizações e instituições de ensino unindo pesquisa e informação²”. Sendo possível, neste período, a produção e utilização, com menor custo, de tecnologias de armazenamento, transmissão de dados e informações. Adquirir, armazenar, processar e disseminar informações foram estabelecidas como novas metas para o seu processamento.

Atualmente, o contexto da revolução digital, viabilizado pelas inovações tecnológicas e impulsionado pelo período de isolamento social causado pela pandemia da Covid 19, identifica-se um expoente universo jurídico digital. Logo, determina-se a inevitabilidade da atualização da prática e do sistema jurídico, incitado

1 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15-16

2 NOVO, Benigno Núñez. *A sociedade da informação*. Meu Artigo, Brasil Escola, [s.d.]. Disponível em: <https://meuartigo.br/educacao/a-sociedade-da-informacao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2023, *online*.

pela necessidade de concepção de outros meios a viabilizar um processo mais eficiente e, reflexamente, ampliar o acesso à justiça. No âmbito da digitalização de espaços e processos eletrônicos, sendo as tecnologias desenvolvidas e usadas no intuito de atender às necessidades individuais humanas, passa a ser sensível a preocupação com a questão da exclusão, agora também digital.

Os efeitos da inteligência artificial podem ser categorizados em torno de três impactos: apoio aos envolvidos no sistema; substituição de elementos do sistema que antes eram conduzidos por humanos e transformação do sistema³. Os reflexos das aplicações de inteligência artificial em âmbito jurídico são determinantes nas transformações em atividades que envolvem a prática, a atuação e o exercício de profissionais do sistema de justiça. Ainda mais expressivos nas atividades repetitivas e mecânicas que serão mais facilmente substituídas por ferramentas tecnológicas, como identificadas em pesquisas realizadas por instituições que analisam perspectivas e projeções do mercado de trabalho, tais quais o Fórum Mundial Econômico e o McKinsey Global Institute,

Ciente disso e alinhado a esse entendimento, o TJDFT também vem investindo em iniciativas de inteligência artificial, com a finalidade de auxiliar o dia a dia dos servidores e magistrados - reduzindo atividades repetitivas e agregando agilidade e precisão na entrega de resultados à sociedade⁴.

Compreende-se que a aceleração na virtualização da Justiça, precisa ser acompanhada de inovação também nos sistemas de resolução de disputas, sendo uma tendência mundial. O professor Richard Susskind, ao tratar do futuro dos sistemas judiciais, afirma que a justiça não pode mais ser um lugar, ela é um serviço⁵. As pessoas não desejam estar presentes fisicamente nos Tribunais para resolver um conflito. Elas desejam o resultado que os Tribunais trazem, seja ele disponibilizado num ambiente físico ou virtual. “É preciso pensar, portanto, em como oferecer melhor resposta aos conflitos e assegurar o uso adequado e responsável dos serviços do Poder Judiciário, sem diminuir o acesso à justiça”⁶.

Inovações tecnológicas impõem a necessidade de adaptação do sistema de justiça judicial e de resolução de conflitos às ferramentas disponíveis que possibilitam o aprimoramento das atividades de gestão de conflitos já desenvolvidas. Criam-se, então, as chamadas *Online Dispute Resolution* (ODR), exemplificadas como plataformas que se dispõem a solucionar contendas de forma virtual. O estudo do ODR é o recorte desta pesquisa que tem por intuito desenvolver o pensamento de que ODR podem ser utilizados como ferramentas de eficiência no processo tecnológico.

Sendo possível, portanto, inferir que inovações tecnológicas permitem novas formas de oferta de serviços, alinhados aos desafios de proporcionarem agilidade, produtividade e eficiência processual enquanto promovem o respeito aos direitos processuais já tutelados quando da resolução de conflitos, seja judicial ou extrajudicial.

2. Processo Tecnológico e Eficiência

Este tópico de desenvolvimento tem por intento esclarecer como a virada tecnológica do direito processual impacta intensamente a utilização de tecnologias no âmbito do processo, para além da informatização, automação judicial, bem como, do emprego das inovações no exercício das profissões jurídicas, enquanto instrumento de promoção da eficiência processual democrática diante do dever de gestão processual.

A inteligência artificial, internet das coisas e *blockchain*, por exemplo, são consideradas tecnologias

3 SOURDIN, Tania; LI, Bin; MCNAMARA, Donna Marie. Court innovations and access to justice in times of crisis. *Health Policy and Technology*, v. 9, ed. 4, p. 447-453, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7456584/>. Acesso em 23 mai. 2023, tradução livre.

4 MELO, Jairo. *Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 27 mai.2023, online.

5 SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019.

6 TAUKE, Caroline Somesom; TAUKE, Clarissa Somesom. *A eficiência da mediação online no Judiciário. Por que as plataformas online podem ter maior adesão dos litigantes?* Jota, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/coluna-da-abde/eficiencia-mediacao-online-judiciario-23032021>. Acesso em: 20 mai. 2023, online.

disruptivas ao acarretar verdadeiro processo de releitura dos institutos processuais clássicos, proporcionando as novas bases teóricas do direito processual, de forma que se chega a propor uma nova teoria geral do processo tecnológico. Neste cenário, a implementação da inteligência artificial proporciona a criação de novos e a alteração de institutos jurídicos existentes, permitindo a concepção de práticas jurídicas inovadoras. Pensamento que se alinha a Dierle Nunes quando prevê: “A coleta e análise automáticas de dados de disputas afetarão conceitos, tradições e valores, além dos próprios processos”⁷.

Pode-se mencionar alguns dos principais impactos sensíveis de se identificar na prática jurídica processual: técnicas processuais de gerenciamento e formação de precedentes (já presente esse impacto com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015 e a criação do Microsistema de Precedentes no Processo Civil brasileiro, nos artigos 926, 927); análise de dados e previsibilidade de julgamento (jurimetria), entre outros. A utilização da tecnologia na automação de funções jurídicas, possibilita a inserção de inovações tecnológicas à remotas práticas de trabalho no âmbito jurídico. Permitindo-se, assim, a naturalização de novas tecnologias em antigas práticas.

Se constata a importância da captação e análise de dados estruturados parametrizados por inteligência artificial na gestão da condução das etapas procedimentais, especificamente, na construção da decisão. Quando seus resultados podem ser utilizados em pareceres jurimétricos de dados, viabilizando subsídios para que tocados pela decisão, independente do seu tamanho, possam solicitar a afetação de recurso mais abrangente que permita real influência. Permitindo-se melhor aproveitamento dos atos e etapas procedimentais, realizados de forma mais assertiva, possibilitando reflexos positivos na eficiência processual.

Logo, percebe-se o forte efeito das novas tecnológicas em âmbito da eficiência processual e o inovador processo tecnológico. Iniciativas serão exemplificadas a seguir junto aos seus principais reflexos. A utilização de Online Dispute Resolution possibilita a movimentação do direito processual no sentido de tornar os cidadãos que movimentam o Judiciário, protagonistas desta relação. Inclusive, as ferramentas podem ser utilizadas para a verificar os níveis de satisfação do usuário com o serviço público prestado, garantindo ao Estado dados sensíveis quanto a qualidade e eficácia da prestação do serviço judiciário. Os dados apurados possibilitam maior controle e previsibilidade nas atividades judiciais, permitindo, assim, uma gestão eficiente dos processos. Objeto central desta pesquisa, o estudo do sistema de ODR será aprofundado no próximo tópico.

Algoritmos inteligentes, aprendizes (*machine learning*) estão sendo desenvolvidos para receber *feedbacks* dos resultados dos serviços jurídicos prestados. Feito que pode viabilizar o melhoramento dos algoritmos utilizados originariamente quando, diante de um caso concreto, podem analisar a temática envolvida e propor possíveis soluções para o caso. Ressalva-se entender necessário que “os bancos de dados sobre leis, precedentes e outras decisões judiciais devem ser enorme, a ponto de permitir uma comparação de uma massa de dados que faça possível aos sistemas extrair padrões a serem replicados em casos similares”⁸.

Para tanto, reforça-se que a evolução tecnológica, oriunda da digitalização dos processos físicos e a implementação dos processos eletrônicos, permite o desenvolvimento de inteligências artificiais cada vez mais assertivas na elaboração de decisões. Assim, computadores identificam normas aplicáveis e minutam decisões para assinatura dos juízes, as quais podem promover eficiência ao processo, quando se desenvolve de forma mais célere e, ao mesmo tempo, origina decisões, possivelmente, em maior consonância com o interesse das partes e ao posicionamento da instituição. No Brasil, já existem sistemas de inteligência artificial sendo utilizados,

7 NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* In: NUNES, Dierle; et al (orgs). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 19.

8 CABRAL, Antonio do Passo. *Processo e tecnologia: novas tendências*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 85, jul./set. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3481505/Antonio_do_Passo_Cabral_RMP85.pdf. Acesso em: 20 mai.2023, p. 21.

Iniciado em 2019, o STJ implementou o Projeto Sócrates que faz análise semântica das peças processuais, identificando casos com matérias semelhantes e pesquisando julgamentos no tribunal que possam servir de precedente para o julgamento do processo em questão. Posteriormente surgiu o Sócrates 2.0, que tem a capacidade de apontar a autorização constitucional invocada para a interposição de recurso especial, os dispositivos de lei apontados como violados ou objeto de divergência jurisprudencial, bem como os paradigmas citados para justificar a divergência. No tocante ao STF, a ferramenta de IA, VICTOR, é fruto de uma parceria do STF com a Universidade de Brasília (UnB), que tem a capacidade de identificar os principais temas de repercussão geral e a identificação e separação das principais peças do processo. Segundo Brito (2020), a agilidade do VICTOR é impressionante, tomando apenas 5 segundos para realizar esta função que antes demorava 30 minutos. Ou seja, evidente que se fossem realizadas por humanos estas tarefas despenderiam mais tempo e mais verba do Judiciário⁹.

Apesar das benesses proporcionadas no contexto do processo tecnológico, ressalta-se o dever de cuidado junto aos pontos sensíveis que devem ser considerados no desenvolvimento dos algoritmos, de forma que estes não sejam enviesados por contextos discriminatórios. Tendo assim por consequência erros judiciais, realização de atos discriminatórios ou desconsideração de pontos importantes e mais “humanos” do conflito. Ademais, existe constante preocupação com a qualidade do conteúdo dessas decisões e como também as estratégias que podem reduzir a existência de vieses discriminatórios em julgados.

Rafael Leite, juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressalta que o reconhecimento de padrões de julgamento enviesados, que podem ser produzidos com soluções de inteligência artificial, trará benefícios à qualidade da Justiça. “Isso dá uma base crítica para fazer análise objetiva e crítica do processo de decidir e dá indicações de como aprimorá-lo. Pela primeira vez, temos a capacidade de reconhecer e criticar os vieses, usando critérios objetivos e estatísticos.”¹⁰. Assim, soluções de inteligência artificial podem ser utilizadas no processo tecnológico de forma eficiente para identificar vieses em decisões proferidas e poupar a reprodução de julgamentos potencialmente conflitantes aos direitos humanos.

A gestão processual eficiente pode ser diretamente impulsionada pela utilização de inteligência artificial de quando permite que o juiz e seus auxiliares possam se concentrar em demandas que exijam trabalho reflexivo e crítico. O caso é exemplificado pelo Juiz Alexandre Moraes da Rosa, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), quando utilizou inteligência artificial em experimento para julgamentos de guarda de filhos. Por meio de algoritmos aprendizes a máquina foi ensinada a decidir casos com “complexidade nula”:

Se a petição inicial contivesse pedido de guarda, documentação pertinente, parecer do serviço social, parecer do Ministério Público, com a manifestação de acordo por todos os envolvidos, o resultado era pré-determinado. Se todo mundo está de acordo, qual a dificuldade? Sem IA, eu sou obrigado a alocar 15 minutos do meu dia que vão me tirar de casos importantes que necessitam de reflexão para decidir uma coisa que está dada. Busquei todos os indicadores, todos estão de acordo, portanto, não tem controvérsia. É nisso que estamos buscando fazer com que haja possibilidade de execução¹¹.

Seguindo os impactos tecnológicos que contribuem para a eficiência processual, certamente a instrução probatória é um dos aspectos processuais que está sendo afetada de forma mais intensa. Neste âmbito, verifica-se forte tendência à utilização de provas atípicas com maior frequência, um dos exemplos é a implementação de *E-Discovery* “quando as partes, ao revelarem as provas de que dispõem, remetem aos adversários uma quantidade gigantesca de dados, *terabytes* de documentos em formato de arquivos de computador, que devem ser processados e analisados em pouco espaço de tempo”¹².

9 SOUZA, Beatriz Lopes de. O Judiciário do Brasil está caminhando na mesma direção que a maioria dos países desenvolvidos, considerando as novas revoluções tecnológicas. *Migalhas*, 03 de março de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382372/a-inteligencia-artificial-e-o-poder-judiciario>. Acesso em: 20 mai.2023, *online*.

10 MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Juízes apontam como algoritmos podem ajudar Justiça a melhorar julgamentos*. Agência CNJ de Notícias, 16 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-apontam-como-algoritmos-podem-ajudar-justica-a-melhorar-julgamentos/>. Acesso em: 26 mai.2023, *online*.

11 MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Juízes apontam como algoritmos podem ajudar Justiça a melhorar julgamentos*. Agência CNJ de Notícias, 16 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-apontam-como-algoritmos-podem-ajudar-justica-a-melhorar-julgamentos/>. Acesso em: 26 mai.2023, *online*.

12 CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n° 85, jul./set. 2022*. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3481505/Antonio_do_Passo_Cabral_RMP85.pdf. Acesso em: 20 mai.2023, p. 26.

Também se vislumbram impactos da superdocumentação de provas e do questionamento da utilização da prova testemunhal, anteriormente, tida como uma das mais importantes e seguras. Todavia, após o desenvolvimento da tecnologia e neurociência, demonstra-se a falibilidade da memória humana. Ainda deve ser considerada a metaprova e a cadeia de custódia da prova, analisando todo o procedimento instrutório, desde a obtenção da prova e à sua juntada em juízo. Quando neste contexto tecnológico, deve-se garantir instrumentos para garantir a lisura da produção, armazenamento e integridade dos registros eletrônicos¹³.

Através da inovação do *legal design* e do *visual law*, o design das peças processuais já está sendo sofisticado com a maior utilização de imagens, gráficos, *qr codes*, entre outros artifícios que conferem maior eficiência na gestão processual, quando da utilização de peças escritas e desenhadas de forma mais estratégica para a sociedade hiperoral atual. Diante da realização de audiências virtuais, síncronas e assíncronas, essas ferramentas são utilizadas como estratégias para possibilitar maior compreensão dos textos e peças jurídicas, enquanto captam maior atenção ao que está sendo falado ou escrito.

A implementação da tecnologia ainda impacta diretamente a gestão dos processos em relação a distribuição das funções e as atividades das partes, servidores da justiça e advogados. Por conseguinte, é imprescindível que ocorram adaptações funcionais, bem como qualificação e atualização dos profissionais, para que estejam aptos e sejam úteis no desenvolvimento do processo nestes novos contornos. Permitindo-se, assim, a fluidez do processo tecnológico de forma eficiente, respeitando o dever de gestão processual, inerente ao princípio da eficiência, ao passo que sejam considerados e garantidos os direitos processuais tutelados.

Não obstante, é de extrema importância para o desenvolvimento desse trabalho o aprofundamento acerca da reflexão sobre a eficiência processual enquanto princípio, havendo efetivo dever normativo de promoção deste, através da imposição de deveres de gestão processual e passíveis de consequências jurídicas. Portanto, não sendo caracterizada como mera recomendação, mas integrada ao devido processo legal e exigência do processo democrático, seguindo o entendimento de Eduardo Luiz Cavalcanti Campos¹⁴.

Compreende-se, então, que os avanços tecnológicos devem ser amplamente aproveitados e tem por objetivo proporcionar facilidades, aumento de produtividade e eficiência na gestão dos processos. Devem promover a proteção e o exercício dos direitos dos envolvidos, sem comprometer a efetividade das garantias processuais. Alinhando-se à compreensão de eficiência processual democrática, não se entende o dever de eficiência restritivamente, como garantia de celeridade, de desenvolvimento do processo no tempo mais rápido possível¹⁵.

3. Utilização de ODR enquanto ferramenta de Eficiência Processual

No âmbito do direito processual tecnológico, identifica-se a necessidade da releitura dos institutos tradicionais do processo, ao mesmo tempo que as inovações tecnológicas oportunizam a criação de instrumentos que possibilitam concretização da eficiência processual. Como tal, no recorte desta pesquisa, será aprofundado o estudo da utilização de Online Dispute Resolution.

Nesse sentido, ODR pode ser utilizada como uma das ferramentas tecnológicas postas à disposição das partes, do juiz e dos demais sujeitos processuais a fim de que possam atuar de acordo com os ditames do Código de Processo Civil em busca de uma tutela jurisdicional que seja não apenas efetiva, mas, sobretudo promova uma gestão processual eficiente, com redução dos custos econômicos, pessoais e temporais do processo. Não obstante, cumpre-nos agregar a noção do processo tecnológico democrático, no qual para se atingir tais resultados não se pode relevar a observância dos direitos fundamentais processuais juridicamente tutelados.

13 CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 85, jul./set. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3481505/Antonio_do_Passo_Cabral_RMP85.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

14 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Universidade Federal de Pernambuco: Dissertação de Mestrado, 2017.

15 MARDEN, Carlos. *A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.

O Código Processual permite a realização de negócios jurídicos processuais como estratégia de conferir eficiência processual por meio de um enunciado geral. Que possibilita aos sujeitos convencionar sobre situações jurídicas processuais no âmbito da eficácia de um negócio jurídico processual no artigo 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”¹⁶.

Repercussão da necessidade de adaptação do sistema de justiça e de prevenção e resolução de conflitos às ferramentas tecnológicas disponíveis, que possibilitam o aprimoramento das atividades de gestão de contro-
vérias, conceitua-se ODR nos seguintes termos:

ODR é espécie do gênero ADR, que consiste na “utilização dos recursos da tecnologia para a Resolução Alternativa de Litígios (ADR), quer sejam estes decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originários de relações jurídicas constituídas no mundo dito ‘físico’¹⁷.

A inovação do parâmetro consensual proposto no Código de Processo Civil¹⁸, no artigo 3º e seus parágrafos combinados com o artigo 334, pode ser considerado reflexo da ampliação do conceito do direito ao acesso à justiça, não sendo compreendido restritivamente como acesso ao Poder Judiciário ou direito de ação. Vislumbra-se, então, a possibilidade conferida aos litigantes da escolha do método que entendem adequado para resolver sua contenda. Ideia alinhada ao perfil do Código de viabilizar a eficiência processual por meio da adaptabilidade procedimental e negócios jurídicos processuais, poupando as partes do embate contencioso e reduzindo a quantidade de etapas procedimentais que se sujeitam ao longo desenrolar do trâmite processual.

Diante de uma conceituação simplista, compreende-se ODR como ferramenta tecnológica de solução *online* de conflitos. Seguindo o consensualismo recomendado, o Conselho Nacional de Justiça, em 02 de dezembro de 2020, editou a Resolução nº 358¹⁹. Quando determina o implemento de sistemas informatizados de resolução de conflitos, que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Referida Resolução estabeleceu o prazo de até dezoito meses, a contar da entrada em vigor, para que os Tribunais tornem disponíveis sistemas informatizados para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação, todavia,

Até a presente data, não conseguimos apurar se algum Tribunal pátrio conseguiu efetivar a implementação de um sistema totalmente integrado como prevê a resolução do CNJ, mas alguns trazem informações sobre estudos para tanto, como é o caso do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) que celebrou Termo de Cooperação Técnica para utilização da plataforma Mediação On-line (MOL), que permite a realização das audiências de mediação e conciliação da Justiça Federal da 5ª Região, por meio de um ambiente virtual, com o intuito de auxiliar na resolução dos conflitos²⁰.

Identifica-se o surgimento da ODR na plataforma eletrônica de compras americana *eBay* no final dos anos 1990²¹. Criada com a intenção de estabelecer melhor relacionamento com o cliente, por meio de negociação automatizada de conflitos específicos, a partir da implementação no sistema interno MODRIA. A ferramenta mostra-se bem-sucedida quando possibilita a captação de novos consumidores enquanto viabiliza

16 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm . Acesso em: 20 mai. 2023.

17 AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397>. Acesso em: 20 mai. 2023, p. 515.

18 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm . Acesso em: 20 mai. 2023.

19 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução no 358/20*. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>. Acesso em: 20 mai. 2023.

20 AFFONSO, Angelica Giorgia; DURAN, Rosemeire. *Resolução online de conflitos e negociação processual e sua contribuição para a eficiência processual*. Disponível em: <https://prolegis.com.br/resolucao-online-de-conflitos-e-negociacao-processual/>. Prolegis, 28 de fevereiro de 2023. Acesso em: 23 mai. 2023, *online*.

21 *Online Dispute Resolution: Companies Implementing ODR*. School of Law University of Missouri. Disponível em: <https://libraryguides.missouri.edu/c.php?g=557240&p=3832247>. Acesso em: 26 ma.2023, *online*.

a redução do descontentamento diante da qualidade do serviço prestado. Dá-se, então, relevância ao uso de ODR quando para a gestão de conflito identifica-se a distância espacial entre as partes, a limitação de recursos financeiros dos conflitantes e preza-se por celeridade, ao passo que promove a proteção de seus direitos. Por estas vantagens,

Os mecanismos de resolução de disputas pela internet, denominados ODR – ‘Online Dispute Resolution’, têm sido cada vez mais utilizados e incentivados no Brasil. [...] tais soluções extrajudiciais encontram apoio e estão em linha com recomendações internacionais previstas nas Diretrizes da Organização das Nações Unidas sobre a Proteção dos Consumidores, que incentivam a implementação, pelas empresas, de mecanismos que facilitem o atendimento das reclamações dos consumidores, garantindo-se meios céleres, justos, transparentes, baratos, acessíveis, ágeis e eficientes na resolução de disputas, sem custos ou encargos desnecessários²².

A união entre juristas e profissionais da tecnologia, possibilita a criação de novos caminhos para resolução de conflitos não abrangidas pelo modelo de processo jurisdicional clássico ou de resolução de conflitos já existentes. Assim, é viável a construção de sistemas de Resolução de Conflitos (Dispute Systems Design – DSD) que “giram em torno da comunicação, processamento e gerenciamento de informações, o emprego da tecnologia se alia de modo natural um processo intensivo de debate”²³. Logo, permitindo, a incorporação da tecnologia ao procedimento como meio de adequação procedimental.

Seguindo a evolução e incentivo na utilização prática de ODR, inclusive em causas judicializadas, identifica-se o Projeto de Lei 89/2022²⁴, que se propõe a “regulamentar o uso das práticas colaborativas como método extrajudicial de solução de conflitos entre pessoas ou empresas”. O texto tramita na Câmara dos Deputados”. O artigo 5º, § 1º, prevê expressamente a aplicação do procedimento colaborativo em conflitos já judicializados, mediante convenção das partes e suspensão do processo judicial, nos termos do artigo 313, II, do Código de Processo Civil; ou tramitando em órgãos arbitrais, observada a convenção de arbitragem, nos termos do art. 21, da Lei 9.307 de 1996.

Infere-se, portanto, que devem ser incentivados o desenvolvimento de estratégias de gestão de conflitos, judicializados ou não, diante de plataformas digitais, públicas ou privadas. As ferramentas tecnológicas são capazes de promover a solução de contendas ao passo que também permitem a constituição de bancos de dados relevantes para possibilitar sua prevenção. Aspecto relevantíssimo para implementação da eficiência no processo tecnológico tão almejada atualmente, resguardando ainda sua feição democrática ao proporcionar o respeito a essência dos direitos fundamentais processuais já tutelados.

Quanto aos aspectos mais técnicos, os instrumentos de ODR podem ser classificados em gerações, de acordo com o nível de interferência humana. Sendo a primeira caracterizada pela atuação do homem de forma ativa e principal. Não se identifica aqui independência do sistema na solução dos conflitos, sendo a tecnologia utilizada apenas como instrumento de suporte à decisão. Por exemplo, ferramenta de comunicação entre litigantes ou automatização de tarefas menos complexas. Evoluindo, a segunda geração de ODR tem por objeto proporcionar a redução da intervenção humana. Propondo-se a resolver os impasses de forma autônoma, efetivando análises de casos, proposição de estratégias e soluções com mínima interferência dos homens, assim, não mais entendidos como simples ferramentas.

Não obstante, a partir da caracterização de ODR de segunda geração, Ethan Katsh e Janet Rifkin, ressaltam e reforçam a relevância da tecnologia no processo e a enxergam como quarta parte da relação processual, que deve ser somada aos demais sujeitos, vez que “o sistema de ODR incorporado ao processo eletrônico tem

22 MARQUES, Ricardo Dalmaso. *A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf. Acesso em: 20 de mai. 2023, p. 9.

23 NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* In: NUNES, Dierle; et al (orgs). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 28.

24 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 89/2022*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/867296-projeto-regulamenta-ouso-de-praticas-colaborativas-na-solucao-de-conflitos/>. Acesso em: 22 mai.2023.

um impacto de transformação no escopo e na natureza da abordagem do processo e do tribunal à resolução de disputas e em sua própria interação com as partes²⁵. A combinação das atividades humanas junto à tecnologia permite a melhor configuração para a resolução de conflitos e favorece mais vantagens para os sujeitos. A tecnologia passa a ser utilizada como uma espécie de auxiliar do juízo. Não havendo, por enquanto, o intuito de mudança completa do terceiro neutro por ferramentas tecnológicas ou inteligência artificial,

A partir da análise dos diplomas legislativos atualmente existentes, podemos concluir que não há como aplicá-la de forma totalmente automatizada, uma vez que o CPC determina a participação obrigatória do Juiz, dos conciliadores/mediadores e dos advogados, especialmente no que tange o ao cumprimento do artigo 334 do CPC, cuja análise em especial compete à figura do Juiz de Direito²⁶.

É indispensável destacar a contextualização do período vivenciado recentemente nesta pesquisa diante da avassaladora COVID-19. A pandemia impôs o isolamento social como forma de contenção à disseminação do vírus e demandou o implemento de mecanismos inovadores de resolução de controvérsias. Determinando a necessidade de rápida adaptação do sistema de justiça ao ambiente digital aliado às novas tecnologias de informação e comunicação. Logo, vislumbra-se a otimização do sistema judiciário com a efetivação de ODR em seu âmbito, tendo por escopo o direcionamento de forma prática e eficiente de um caminho virtual para a solução de conflitos.

O uso das ODRs quando já incorporadas aos Tribunais, impactam na necessidade de proposição de novas perspectivas quando devem adotar estratégias de transparência e participação informada. Permitindo a possibilidade de exclusão da fase da ODR em hipóteses específicas quando solicitado, bem como a garantia de participação de facilitadores humanos para fornecer assistência síncrona quando solicitado pelas partes²⁷.

Exemplifica-se a importância da utilização de ODR no processo tecnológico como ferramenta de eficiência na gestão de processos quando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) disponibiliza de canal virtual de conciliação pré-processual. Neste caso, ainda mais relevante, visto que, quando realizado em momento pré-processual oferta ferramenta que também fomenta a cultura da não judicialização, conforme depreende-se:

O Tribunal de Justiça do Rio disponibiliza para os consumidores um e-mail como canal virtual facilitador da conciliação, oferecendo solução acessível e rápida para os problemas e insatisfações decorrentes das relações de consumo frustradas, meio mais rápido e econômico, já que prescinde da contratação de advogado, dispensa a elaboração de petição inicial, antecipa a solução negociada que não será alvo de judicialização, não haverá distribuição, nem será contabilizada para efeito de estatística na lista TOP 30 dos maiores litigantes, já que será formalizado o acordo como título executivo extrajudicial. Não interessa a ninguém perpetuar um processo, por isso cresce a adesão a todas as formas de solução alternativa dos conflitos de consumo²⁸.

Outra utilização relevante de ODR, foi sua implementação no processo de recuperação judicial da empresa OI S/A. Diante de um ecossistema informatizado criado e operado por um indivíduo externo, supervisionado pelos sujeitos processuais, possibilitou-se a realização de uma etapa prévia de gestão do conflito creditório, garantindo a realização de mais de quarenta e seis mil acordos²⁹.

25 KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001, p. 31, tradução livre.

26 AFFONSO, Angelica Giorgia; DURAN, Rosemeire. *Resolução online de conflitos e negociação processual e sua contribuição para a eficiência processual*. Disponível em: <https://prolegis.com.br/resolucao-online-de-conflitos-e-negociacao-processual/>. Prolegis, 28 de fevereiro de 2023. Acesso em: 23 mai. 2023, online.

27 NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* In: NUNES, Dierle; et al (orgs). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

28 Projeto de Solução Alternativa de Conflitos - Conciliação Pré-Processual. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual>. Acesso em: 26 mai.2023.

29 NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* In: NUNES, Dierle; et al (orgs). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

Relevante, ainda, expor a experiência da plataforma Consumidor.gov.br³⁰. Serviço público prestado e mantido pelo Estado, tendo por escopo promover a interatividade e contato direto entre consumidores e fornecedores, visando a redução de conflitos de consumo. O site disponibiliza infográfico no qual se identifica o total de 428.214 (quatrocentos e vinte e oito mil, duzentas e catorze) reclamações finalizadas; índice médio de 76,91% (setenta e seis vírgula noventa e um por cento) das demandas registradas na plataforma solucionadas pelas empresas participantes, que respondem às demandas dos consumidores em um prazo médio de sete dias.

Novo nicho no mercado está sendo criado de Legaltechs. Iniciativas privadas estão desenvolvendo plataformas digitais tendo por finalidade a resolução e prevenção de conflitos por meio da mediação digital, como a Plataforma Mediação Online (MOL)³¹ e a Leegol³². A plataforma MOL, autointitulada pioneira, se destaca no mercado brasileiro. Criada com objetivo de promover a desjudicialização de conflitos, na medida em que também garante eficiência para o mercado jurídico. Propõe-se ao atendimento de particulares conveniados, empresas, escritórios de advocacia, bem como poder público e instituições. Em seu *site*, descreve como resultados duzentos e cinquenta mil casos tratados, nos quais, há o elevado percentual de oitenta por cento de aceite. Diante do sucesso dos resultados, em 2019, venceu o prêmio “Conciliar é Legal” do CNJ.

Os efeitos advindos da utilização de ODR são benéficos e eficientes tanto para o Poder Judiciário como para os litigantes. Cita-se como vantagem a menor onerosidade, seja financeira, temporal e/ou emocional, dispendidas na situação conflituosa, considerando a ausência de condenação em honorários de sucumbência, havendo apenas a cobrança por algumas plataformas de valor para a realização do serviço. Dentre as benesses identifica-se, ainda, não haver a necessidade de locomoção para a realização das etapas da gestão dos conflitos realizadas virtualmente.

Este trabalho, busca esclarecer como a adequação da ODR à legislação processual e à infraestrutura judicial, intenta alcançar o objetivo de otimizar o dever de eficiência processo tecnológico valendo-se das ODR como ferramentas de gestão, resolução e prevenção de conflitos. Verifica-se, por fim, a necessidade de estímulo à ampliação das experiências já desenvolvidas atualmente, diante dos fundamentos expostos nesta pesquisa que, por vezes, demonstram as razões pelas quais ferramentas tecnológicas de ODR constituem métodos que possuem relevância para a concretização do princípio da eficiência processual democrática.

Conclusão

O ritmo acelerado em que as novas tecnologias são desenvolvidas, impõem a evolução do Direito e de seus profissionais. Sendo o Direito, em essência, utilizado como forma de regular as interações entre indivíduos, as alterações nas formas com as quais as pessoas interagem, impulsionam diretamente a atualização da prática jurídica, dos sistemas de justiça, das resoluções de disputas e o desenvolvimento de novas formas de oferta de serviços, que devem estar alinhados aos desafios de proporcionar agilidade, produtividade e eficiência, enquanto respeitam os direitos processuais.

Seguindo uma tendência mundial, verifica-se as pessoas tentam a solução do conflito, independente da sua resolução se dar judicial ou extrajudicialmente, em ambiente físico ou virtual. Assim, identifica-se uma nova compreensão acerca da justiça, sendo esta considerada um serviço e não mais um lugar, conforme Susskind. O processo encontra-se, então, no limiar da Revolução Digital. A virada tecnológica do direito processual permite a criação de novos institutos jurídicos e a alteração dos existentes, possibilitando a concepção das novas bases teóricas do direito processual.

Tecnologias disruptivas determinam a adaptação dos sistemas de resolução de conflitos às ferramentas disponíveis. Que permitem o aperfeiçoamento das atividades de gestão de conflitos já desenvolvidas. Contexto em que surge o ODR, como instrumento de promoção do princípio da eficiência processual democrática diante do dever de gestão processual. A inovação do parâmetro consensual proposto no Código de Processo

30 CONSUMIDOR.GOV.BR, 2023. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1673295806759>. Acesso em: 20 mai. 2023.

31 MEDIAÇÃO ONLINE, 2023. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/>. Acesso em: 20 mai. 2023.

32 LEEGOL, 2023. Disponível em: <https://www.leegol.com/>. Acesso em: 20 mai. 2023.

Civil, torna ainda mais relevante a utilização de ODR para resolução de contendas. Quando se infere o alinhamento ao perfil do Código de viabilizar a eficiência processual por meio da adaptabilidade procedimental e dos negócios jurídicos processuais.

Do uso de ODR advém efeitos benéficos e eficientes tanto para o Poder Judiciário como para os litigantes, como a menor onerosidade, financeira, temporal e/ou emocional, empregados; a possibilidade de realização das etapas da gestão dos conflitos virtualmente; a constituição de bancos de dados relevantes para a sua prevenção, ao passo que também se resguarda sua feição democrática, ao proporcionar o respeito a essência dos direitos fundamentais processuais já tutelados.

Portanto, diante das inúmeras benesses oriundas da utilização de ODR, compreende-se que deve ser incentivado o desenvolvimento de estratégias de gestão de conflitos, judicializados ou não, diante de plataformas digitais, públicas ou privadas, poupando as partes do embate contencioso e reduzindo a quantidade de etapas procedimentais que se sujeitam ao longo desenrolar do trâmite processual. Ao mesmo tempo que se identifica a adequação da ODR à legislação processual e à infraestrutura judicial, ao concretizar o princípio da eficiência processual democrática no processo tecnológico como ferramenta de gestão, resolução e prevenção de conflitos.

Bibliografia

1. AFFONSO, Angelica Giorgia; DURAN, Rosemeire. *Resolução online de conflitos e negociação processual e sua contribuição para a eficiência processual*. Disponível em: <https://prolegis.com.br/resolucao-online-de-conflitos-e-negociacao-processual/>. Prolegis, 28 de fevereiro de 2023. Acesso em: 23 mai. 2023.
2. AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397>. Acesso em: 20 mai. 2023.
3. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 89/2022*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/867296-projeto-regulamenta-o-uso-de-praticas-colaborativas-na-solucao-de-conflitos/>. Acesso em: 22 mai. 2023.
4. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução no 358/20*. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>. Acesso em: 20 mai. 2023.
5. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.
6. CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 85, jul./set. 2022*. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3481505/Antonio_do_Passo_Cabral_RMP85.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.
7. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Universidade Federal de Pernambuco: Dissertação de Mestrado, 2017.
8. *CONSUMIDOR.GOV.BR*, 2023. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1673295806759>. Acesso em: 20 mai. 2023.
9. KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.
10. *LEEGOL*, 2023. Disponível em: <https://www.leegol.com/>. Acesso em: 20 mai. 2023.
11. MARDEN, Carlos. *A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.
12. MARQUES, Ricardo Dalmaso. *A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20re%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf. Acesso em: 20 de mai. 2023.
13. *MEDIAÇÃO ONLINE*, 2023. Disponível em: <https://www.mediacaoonline.com/>. Acesso em: 20 mai. 2023.
14. MELO, Jairo. *Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e>

[entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial](#). Acesso em: 27 mai. 2023.

15. MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Juízes apontam como algoritmos podem ajudar Justiça a melhorar julgamentos*. Agência CNJ de Notícias, 16 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-apontam-como-algoritmos-podem-ajudar-justica-a-melhorar-julgamentos/>. Acesso em: 26 mai.2023.
16. NOVO, Benigno Núñez. *A sociedade da informação*. Meu Artigo, Brasil Escola, [s.d.]. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-sociedade-da-informacao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2023.
17. NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* In: NUNES, Dierle; et al (orgs). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.
18. *Online Dispute Resolution: Companies Implementing ODR*. School of Law University of Missouri. Disponível em: <https://libraryguides.missouri.edu/c.php?g=557240&p=3832247>. Acesso em: 26 mai. 2023.
19. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
20. SOURDIN, Tania; LI, Bin; MCNAMARA, Donna Marie. *Court innovations and access to justice in times of crisis. Health Policy and Technology*, v. 9, ed. 4, p. 447-453, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7456584/>. Acesso em 23 mai. 2023.
21. SOUZA, Beatriz Lopes de. *O Judiciário do Brasil está caminhando na mesma direção que a maioria dos países desenvolvidos, considerando as novas revoluções tecnológicas. Migalhas*, 03 de março de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382372/a-inteligencia-artificial-e-o-poder-judiciario>. Acesso em: 20 mai.2023.
22. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019.
23. TAUKE, Caroline Somesom; TAUKE, Clarissa Somesom. *A eficiência da mediação online no Judiciário. Por que as plataformas online podem ter maior adesão dos litigantes?* Jota, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/eficiencia-mediacao-online-judiciario-23032021>. Acesso em: 20 mai. 2023.
24. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Projeto de Solução Alternativa de Conflitos - Conciliação Pré-Processual*. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual>. Acesso em: 26 mai. 2023.

AS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS APLICADAS À ADVOCACIA E AOS PROCESSOS JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA

Carla Renata Barbosa Araújo

Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Mestranda em Direito pela Unichristus.

Resumo: Apesar de ainda ser considerado um ambiente tradicional, o uso das tecnologias disruptivas tornou-se uma demanda cada vez mais urgente no dia-a-dia da advocacia. As tecnologias estão presentes em nosso cotidiano e são capazes de executar – com excelência – muitas atividades que antes eram realizadas por Operadores do Direito. O artigo baseou-se em pesquisa qualitativa, com teor bibliográfico e documental, com o objetivo de apresentar reflexões sobre o uso da Inteligência Artificial e suas potencialidades associadas ao âmbito jurídico, dando ênfase em sua aplicação nos processos judiciais, com foco na eficiência dos procedimentos jurídicos, apresentando, ainda, a figura da advocacia 4.0.

Palavras-chave: Tecnologias jurídicas disruptivas. Novas tecnologias. Inteligência artificial. Advocacia 4.0. Eficiência.

Sumário: 1 Tecnologia Disruptiva e Inteligência Artificial: breves reflexões; 2 Aplicação da IA na advocacia e nos processos judiciais; 2.1 Advocacia 4.0 sob a perspectiva da eficiência.

1. Tecnologia Disruptiva e Inteligente Artificial: breves reflexões

Atualmente, de forma frequente se utiliza o termo “*tecnologia*” como sinônimo de ambiente digital, ainda que conectado a outras áreas da sociedade. Contudo, a abrangência do seu uso torna polêmica a sua conceituação.

Para Corrêa (2003, p. 47) “tecnologia é, pois, o conhecimento científico transformado em técnica que, por sua vez, irá ampliar a possibilidade de produção de novos conhecimentos científicos.” Válido salientar a própria etimologia da palavra tecnologia, que vem de *tekhne*, que no grego significa técnica. Portanto, a tecnologia é um modo de fazer, um saber fazer algo de alguma maneira.

Para Alberto Cupani (2016), as tecnologias que se referem a processos de inovação digital correspondem às “tecnologias da informação e comunicação”, que são desenvolvidas através de sistemas responsáveis por produzir conhecimento em larga escala. Neste cenário de constante progresso social, surgiu a indispensabilidade de adaptação a essas novas tecnologias, inclusive trazendo a possibilidade de aprendizado automático ou também conhecido como aprendizado de máquinas (*machine learning*).

Como tecnologias disruptivas – termo popularizado por Clayton Christensen, professor de Harvard, em seu livro “The Innovator’s Dilemma” (1997) – pode-se entender por aquelas inovações que quebram paradigmas tradicionais anteriores de um mercado, causando, assim, rupturas nas estruturas sociais em vigor. Nas palavras de Serrano e Baldanza (2017, p. 40), “o conceito de tecnologias disruptivas estaria mais associado a um processo de inovação revolucionária, pela introdução no mercado de novos produtos ou serviços com melhores características ou menor custo para o consumidor”. Portanto, também correlacionada à eficiência para tomada de decisões e maior produtividade.

Na obra “Capitalismo, Socialismo e Democracia”, Schumpeter (2017) apresenta o entendimento da necessidade de visualização do capitalismo como um processo histórico-evolutivo, capaz de se destruir e se reinventar, criando novas formas mais racionais, mais produtivas e mais evolutivas, sendo, portanto, um eixo estrutural do sistema em um constante processo dinâmico – e incessante – de mudanças, podendo, dessa

forma, a partir de tal entendimento, compreender a importância da revolução digital, por exemplo. Qual seria, então, a capacidade da sociedade se reinventar?

Nota-se, contudo, que a era digital fez apenas uma reinterpretação das atividades que já eram comuns na era analógica.

Nesta mesma conjuntura, urge a obrigatoriedade dessa inovação e recriação também no âmbito jurídico. Assim, é intrínseca a importância de implementação de tais recursos nesta seara, ainda que se entenda o Direito como uma ciência ortodoxa¹ e tradicional. Portanto, o uso das novas tecnologias tornou-se uma demanda cada vez mais urgente no cotidiano da advocacia, em razão, principalmente, do crescimento das diligências judiciais e da necessidade de uma prestação jurisdicional célere e eficaz, criando desafios e uma disrupção – para melhor – do mercado jurídico.

Desta forma, não se trata especificamente de redução de custos ou apenas economia de tempo com a automatização das tarefas, mas também da possibilidade de solução de disputas mais complexas e a consequente prestação de um serviço jurídico mais especializado, em prol da resolução de conflitos com mais eficiência. Nesta ótica, as inovações disruptivas passam a fazer parte também do âmbito jurídico através de contratos inteligentes, Big Data, Blockchain e Inteligências Artificiais, por exemplo.

Assim como a concepção de tecnologia, caminha no mesmo sentido a conceituação de Inteligência Artificial (IA), principalmente em razão de sua ampla aplicação. O que seria, então, a “Inteligência Artificial”?

Não trará este artigo um conceito taxativo de Inteligência Artificial. Também não serão abordados, de forma específica, acepções sobre *python*, robótica, *machine learning* ou programação, por exemplo. Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2009) pode-se entender inteligência artificial como o ramo da informática dedicado a simular nos computadores, aspectos da inteligência humana, sendo responsável por conhecer, compreender e aprender.

No entanto, é preciso dissociar o entendimento de inteligência como consciência, tendo em vista que as máquinas – *ainda* – não possuem esta. Harari (2016, p. 313), afirma que “até onde sabemos, computadores não são, em 2016, mais conscientes do que seus protótipos na década de 1950. No entanto, estamos à beira de uma grave revolução. Humanos correm o perigo de perder seu valor porque a inteligência está se desacoplando da consciência.” Portanto, para o autor, atualmente a consciência é opcional, não sendo mais um fator relevante a inteligência não ter consciência².

Em verdade, o que se pretende, neste momento, é demonstrar o impacto da IA na advocacia e, para isso, utilizará tal termo como sinônimo de sistemas de algoritmos que aprendem com eles próprios, com base em dados que vão sendo inseridos (e não estáticos), que ensinam e aprendem a executar tarefas por si mesmo.

2. Aplicação da Inteligência Artificial na advocacia e nos processos judiciais

O mercado da advocacia está em transformação. Apesar de a área jurídica ainda ser um ramo tradicional, sem muito estímulo à criatividade, está se criando um novo modelo de negócios, no qual, a modernização já é realidade. A necessidade de se resolver o máximo de problemas com a otimização de recursos, a automatização de processos, a maior produtividade e a tentativa de resolução de conflitos com mais eficiência, estão marcando a obsolescência do advogado sem qualificação. Nasce então a figura de um novo profissional jurídico. Para Manuel Castells (2017, p. 88):

[...] diferentemente de qualquer outra revolução, o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação. A tecnologia da

1 Refiro-me aqui à palavra “ortodoxa” no sentido de conjunto de princípios e práticas tidos como verdadeiros; ideias padrões e dogmáticas; um ambiente autoritário. Contudo, discorda esta autora da aplicação de tal termo ao Direito, eis que corrobora com o entendimento de que são inconciliáveis a ciência e uma autoridade dogmática, em razão da necessidade de falseamento.

2 Para Harari (2016, p. 315), “Alguns economistas predizem que, cedo ou tarde, humanos não melhorados serão completamente inúteis”. Mas necessário se faz repensar se, de fato, há a necessidade de automatizar todas as atividades. A noção de contexto, o senso crítico e a sensibilidade, por exemplo, ainda fazem do ser humano, insubstituível.

informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear, visto que a geração e distribuição de energia foi o elemento principal na base da sociedade industrial.”

O direito como área multidisciplinar está em constante interface e interlocução com outras áreas. A utilização de inteligência artificial na advocacia veio para trazer mais eficiência à prestação jurisdicional. Indaga-se, assim, sobre a necessidade de utilização da mão-de-obra de um profissional jurídico para o desenvolvimento de atividades burocráticas, simples e repetitivas, as quais podem ser desempenhadas por máquinas, com ainda mais exatidão e celeridade. Portanto, é crescente o volume de investimento em tecnologia jurídica.

Contrapondo-se a indagação supra, surgem outros questionamentos: Quais são as tarefas que ainda precisam ser desenvolvidas por humanos? O quanto é eficaz e eficiente mecanizar determinadas diligências?

Os processos judiciais, em sua maioria, eletrônicos, encontram-se em transição para o espaço digital. Reuniões, audiências, sustentações orais e despachos com Magistrados ocorrem, majoritariamente, de forma virtual. Sistemas jurídicos de Inteligência Artificial já foram treinados para controlar prazos, produzir conteúdo, redigir peças e revisar contratos, por exemplo. Em pesquisa realizada pela empresa israelense, LawGeex (2018), a qual consistia em analisar os riscos de contratos de confidencialidade, comparando operadores jurídicos e máquinas, a IA alcançou 94% de acurácia, enquanto os advogados obtiveram a média de 85%, sobrepondo-se, também, com relação a celeridade, tendo aquela concluído sua tarefa em apenas 26 segundos contra 92 minutos dos advogados.

Os órgãos judiciais brasileiros também se apresentam favoráveis a utilização da Inteligência Artificial no exercício de suas atividades. A exemplo, destaca-se o sistema Victor, do Supremo Tribunal Federal, o qual “busca a aplicação dos mais novos conceitos e técnicas de Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina para necessidades relevantes em termos de processamento, classificação de peças e classificação de temas na gestão da Repercussão Geral no STF” (INAZAWA et al., 2019, p. 20).

Assim como a utilização de inovação no judiciário em âmbito nacional, na esfera estadual temos o exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que, na busca pela modernização e inserção de novas tecnologias em seus serviços, através do Programa de Modernização do Poder Judiciário (Promojud), desenvolveu o projeto “Inteligência Artificial na Prestação Jurisdicional”, que “contempla dois eixos principais: transformação digital no aprimoramento dos serviços ao cidadão e fortalecimento da governança e da gestão.”

Outra ferramenta tecnológica desenvolvida e em crescente utilização no ambiente jurídico é o *chatbot*, que consiste em um software multidisciplinar “tira-dúvidas”, o qual é responsável por responder indagações (humanas) que são feitas de forma corriqueira, criar um relacionamento e entregar possíveis resultados, através da verificação da viabilidade do seu direito, por exemplo, descentralizando a necessidade de deslocar um profissional jurídico para fazê-lo, evitando, desta forma, o desperdício de tempo em atividades básicas.

Cita-se também a aplicação da Jurimetria na prestação de serviços advocatícios, através da aplicação da IA, a qual consiste, resumidamente, na análise de dados dos resultados das decisões do Poder Judiciário, de forma a conseguir visualizar uma possível *tendência* dos Magistrados, proporcionando maior eficiência e segurança para a solução do litígio. Em pesquisa publicada na revista científica Plos One (2017), a IA conseguiu “prever” a solução de 70,2% do total de 28.000 decisões analisadas de casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos entre os anos de 1816 a 2015.

Em contrapartida à utilização da IA na advocacia, a Assembleia Nacional da França, em março de 2019 publicou a Lei 2019-222 que trata da programação e reforma judiciária no país até 2022, a qual trouxe em seu artigo 33⁴ a proibição da existência e utilização de aplicativos de Jurimetria, portanto, tendo sido vedado o uso,

3 Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-cria-grupos-de-trabalho-para-atuar-em-projetos-digitais-com-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 23/05/2023.

4 Texto original: “Article 33: II.-Le titre préliminaire du code de justice administrative est ainsi modifié : « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées.

ainda que para fins de estáticas, para predizer possíveis decisões dos juízes, sob pena de punição prevista no Código Penal e outras medidas disciplinares. Almada (2019) afirma que alguns pesquisadores acreditam que a intenção do legislador francês foi a tentativa de assegurar a independência funcional dos magistrados, de modo que a predição de decisões poderia prejudicar o funcionamento dos órgãos judiciais, limitando seu livre arbítrio.

Na União Europeia, também em 2019, houve publicação, através da Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa (CEPEJ) sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente (European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment), oportunidade na qual, admitiu a cada vez maior relevância da inteligência artificial nas sociedades atuais, assim como os proveitos decorrentes de sua aplicação em prol da eficiência e da excelência na justiça.

Popularmente conhecida como “*juridiquês*”, a linguagem utilizada no ambiente forense ainda é obstáculo ao acesso à justiça para aqueles que não detém do conhecimento de tal dialeto. Em contraposição ao uso do vocabulário hermético, surge assim o *Legal Design*, podendo ser entendido como a união entre Direito, Tecnologia e Design, através da qual há a implementação de elementos visuais capazes de auxiliar os leitores (leigos, em geral) e melhorar suas experiências, tornando os documentos mais simples e de mais fácil compreensão para aqueles que não pertencem a este ramo.

Para Coelho e Holtz (2020, *online*), esta *triade* poderia ser explicada como “o Direito ditando a correção e a justiça, a tecnologia aumentando a eficácia das ações e o Design criando coisas desejadas e úteis às pessoas.”. As mudanças viabilizadas pelo *Legal Design* têm como foco o usuário, sendo assim, também conhecida como “UX Design” (*User Experience Design*).

A análise das capacidades e dos desafios apresentados pelo uso da tecnologia no sistema de justiça está sendo conduzida em múltiplos enfoques. Importante destacar também as startups de inovações jurídicas, *legaltechs* e *lawtechs*, as quais vêm ganhando força entre os profissionais de direito. Em 2017, criou-se a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), que tem como objetivo⁵:

“Apoiar o desenvolvimento de empresas que ofereçam produtos ou serviços inovadores por meio do uso de recursos tecnológicos para a área jurídica (denominadas *lawtechs/legaltechs*). Fomentar o crescimento deste setor e estimular as melhores práticas profissionais, de modo a alcançar novas soluções para questões de diferentes áreas da sociedade. Democratizar o conhecimento jurídico e ampliar o acesso à justiça, sempre em concordância com a Constituição Federal e o Estatuto da OAB, por meio do uso da tecnologia.”

Portanto, busca-se estruturar o fomento de uma comunidade de inovação na seara forense, demonstrando, mais uma vez, a disruptura do modelo tradicional do mercado jurídico.

2.12 Advocacia 4.0 sob a perspectiva da eficiência

Nos termos do art. 8º do CPC/2015:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A partir da leitura do referido artigo, compreende-se a inserção da necessidade do agir dos sujeitos processuais com eficiência. Para Campos (2017, p. 108) “agir com eficiência é um conceito jurídico indeterminado, pois não seria possível ao legislador arrolar todas as condutas e valorá-las previamente como

La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038261631>. Acesso em 27/05/2023. Tradução própria: “Os dados de identidade dos magistrados e dos membros do registo não podem ser reutilizados para efeitos ou efeitos de avaliação, análise, comparação ou previsão das suas reais ou supostas práticas profissionais. A violação desta proibição é punida com as penas previstas nos artigos 226.º-18.º, 226.º-24.º e 226.º-31.º do Código Penal, sem prejuízo das medidas e penalidades previstas na Lei n.º 78-17, de 6 de janeiro de 1978 relativas ao processamento de dados, aos arquivos e às liberdades.”

5 Disponível em: <https://ab2l.org.br/ecossistema/missao-e-objetivos/>. Acesso em 21/05/2023.

eficientes ou ineficientes, (...).” Tratando, pois, de um conceito indeterminado, estamos diante da imprecisão de seu significado, principalmente em razão da ampla possibilidade de sua utilização. Neste sentido, o autor acima referenciado afirma que (2017, p. 33) “o termo carrega consigo, ainda, as ideias de otimização de resultados, eliminação dos desperdícios, realização das finalidades, mais e melhores resultados com menos custos e em menor tempo”.

Logo, apesar de ser comum a utilização do termo eficiência associado à celeridade, em jurisprudências, não se deve entender como sinônimos, tendo em vista que este princípio se relaciona não apenas com a rapidez na solução do litígio, mas também com a melhor finalidade alcançada. Didier (2016, p. 103) afirma que tal princípio “trata-se da busca por uma gestão processual eficiente que assegure ao jurisdicionado uma resposta estatal razoavelmente célere e com qualidade.” Portanto, busca-se salvaguardar o direito das partes com melhores resultados.

Nesta busca por mais eficiência e melhor solução do litígio, surge a chamada advocacia 4.0, em analogia à expressão “Indústria 4.0”, referindo-se à utilização da tecnologia para o desempenho das atividades profissionais, de forma multidisciplinar e através de novos métodos de trabalho, requisitando bacharéis em direito com formação correlacionada com a inovação. Assim, requer o diálogo entre o direito com outros ramos, tais como negócios, engenharias, programação e inovação, por exemplo, sempre através do desenvolvimento de criatividade e cultura digital, associando algoritmos à profissão do advogado. Para Bragança (2019, p. 65), entende-se por advocacia 4.0 que:

Na advocacia 4.0, é primordial entender que a tecnologia age como uma aliada do profissional e não como seu substituto. Isto significa que as ferramentas digitais servem para facilitar seu trabalho. Automatizando tarefas burocráticas e deixando o profissional com a parte intelectual e estratégica sobre o conhecimento jurídico. Além de otimizar o tempo, isso traz muito mais qualidade nos serviços e redução de custos.

Desta forma, segundo o entendimento acima, não se trata de substituir o profissional jurídico por IA, mas sim, aprimorar suas atividades, para que este execute tarefas que, de fato, necessitem ser desenvolvidas por humanos, as quais demandam a utilização de um senso crítico, desenvolvendo novas habilidades e aproveitando o tempo, antes desperdiçado em funções elementares, em demandas que precisem de intelecto.

Portanto, a automatização de tarefas veio para facilitar e auxiliar o profissional jurídico, de forma que o tempo economizado não virará ócio, mas sim, será preenchido por novas atividades, aquelas que requeiram uma interação humana.

Nasce, então, a necessidade de mudança da composição dos escritórios, com o conseqüente surgimento de um novo modelo de profissional jurídico, multidisciplinar, mais complexo e mais completo. Pesquisa feita pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Faculdade de Direito Getúlio Vargas de São Paulo, aponta as expectativas para as profissões jurídicas em face das novas tecnologias, através da qual orienta que:

A preparação profissional para as tendências de transformação no mercado jurídico evidenciadas pela pesquisa passa pelo enfrentamento de três desafios. Em primeiro lugar, profissionais da área jurídica frequentemente deverão trabalhar em equipes multidisciplinares (e.g. engenheiros, cientistas da computação, administradores, etc.). Em segundo lugar, o serviço jurídico não deve se limitar apenas ao seu conteúdo jurídico, mas também aos seus componentes tecnológicos (e.g. plataforma, sistemas, aplicações, etc.). Por fim, deve tornar-se necessário repensar a estrutura das organizações jurídicas, em especial escritórios de advocacia, de modo a torná-los mais receptivos à experimentação de produtos e adaptação de serviços. (CEPI, 2018a, p. 33)

Diante desta perspectiva, quem fica no atual modelo mercado da advocacia? O novo profissional jurídico, aquele que consiga desenvolver habilidades multidisciplinares, aliando o raciocínio jurídico com tecnologia e inovação, entendendo e dialogando com outras áreas, que possa “ser ponte” profissional para os clientes, aprimorando a capacidade e o senso crítico, a criatividade, a colaboração e, também, a consciência social.

Conclusão

Nota-se que a inserção de tecnologias disruptivas e a modificação do cenário jurídico caminham para um ambiente mais inovador, buscando a maior eficiência para tomada de decisões, com mais produtividade, acurácia e economia, devendo ser considerada uma aliada ao direito – e não uma inimiga.

Desta forma, fica evidente que a integração da inteligência artificial nos processos judiciais e na advocacia está promovendo uma transformação significativa. A advocacia 4.0, impulsionada pela eficiência, surge como um paradigma inovador, estabelecendo uma nova dinâmica no cenário jurídico. Assim, as ferramentas de pesquisa e análise jurídica baseadas em IA permitem um acesso mais ágil e preciso às informações relevantes, tornando o processo de pesquisa jurídica mais eficiente e eficaz. Essa capacidade de processamento de dados em larga escala também possibilita uma análise mais precisa e preditiva de casos, auxiliando na tomada de decisões mais embasadas.

Conclui-se, portanto, que a adoção de tecnologias disruptivas e a transformação do ambiente jurídico caminham em direção a uma advocacia mais inovadora, através da qual apresenta a necessidade de criação de um novo profissional jurídico, multidisciplinar e com novas habilidades.

BIBLIOGRAFIA

1. ALMADA, Marco. **Reforma judiciária francesa proíbe a construção de perfis estatísticos dos juízes**. Blog Lawgorithm, 4 de junho de 2019. Disponível em < <http://www.lawgorithm.com.br/2019-06-04-reforma-judiciaria-francesa-jurimetria/>> Acesso em 28 mai. 2023.
2. AZEVEDO, Bernardo de. **MPRJ adota elementos visuais em ações civis públicas**. 4 de agosto de 2020. <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/mprj-adota-elementos-visuais-em-acoes-civis-publicas/>. Acesso em 28 mai. 2023.
3. BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 23, n. 46, p. 65-76, 2019.
4. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.
5. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. – Recife: O Autor, 2017.
6. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Disponível em: https://perguntasapo.files.wordpress.com/2011/02/castells_1999_parte1_cap1.pdf. Acesso em: 19 mai. 2023.
7. CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO (CEPI) (FGV DIREITO SP). **O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@?** Sumário executivo da pesquisa qualitativa “Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico”. São Paulo: FGV, 2018a. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi_futuro_profissoes_juridic_cas_quali_v4.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.
8. CEPEJ. **European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment**. Fev. 2019. Disponível em: <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 28 mai. 2023.
9. CHRISTENSEN, Clayton M. **The Innovator’s Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail**. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1997. 225 p. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/ca36/98315441292596205d44d1a775d9cfc3fe37.pdf?_ga=2.48546342.1208181122.1597529951-1113823939.1597529951. Acesso em: 21 mai. 2023.
10. COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. **Legal Design / Visual Law**: comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade [ebook]. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
11. CORRÊA, Maíra Baumgarten. **O BRASIL NA ERA DO CONHECIMENTO**: Políticas de ciência e tecnologia e desenvolvimento sustentado. Porto Alegre. 2003.
12. CUPANI, Alberto. **Filosofia da tecnologia**: um convite. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187613/Filosofia%20da%20Tecnologia%20um%20convite%20e-book.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2023.

15. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18ª ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2016.
16. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Breve História do Amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
17. INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; SILVA, Nilton; BRAZ, Fabricio. **Projeto Victor: como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos Processos julgados**. Revista da Sociedade Brasileira de Computação, v. 39, p. 19-24, 2019. Disponível em: [https://www.sbc.org.br/images/flippingbook/computacaobrasil/computa_39/pdf/Comp Brasil_39_180.pdf](https://www.sbc.org.br/images/flippingbook/computacaobrasil/computa_39/pdf/Comp%20Brasil_39_180.pdf). Acesso em: 19 mai. 2023.
18. Katz DM, Bommarito MJ II, Blackman J (2017) A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. **PLoS ONE** 12(4): e0174698. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>.
19. LAWGEEX. **Comparing the Performance of Artificial Intelligence to Human Lawyers in the Review of Standard Business Contracts**. Fev. 2018. Disponível em: <http://ai.lawgeex.com/rs/345-WGV-842/images/LawGeex%20eBook%20AI%20vs%20Lawyers%202018.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2023.
20. SERRANO, Paulo Henrique Souto Maior; BALDANZA, Renata Francisco. **Tecnologias disruptivas: o caso Uber**. Pensamento Contemporâneo em Administração, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 37-48, out. 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4417/441753779011.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2023.
21. SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.

DIREITO À DESCONEXÃO: ASPECTOS PROCESSUAIS

Hélio Barbosa Hissa Filho

Analista Judiciário do TRT da 7ª Região (CE) Mestrando em Direito pela UFC

Sumário: 1 Considerações sobre a desconexão como direito no Brasil; 2 A inversão do ônus da prova como meio para garantir o direito de desligar, nos termos da Resolução 21, de 21/01/2021, do Parlamento Europeu; 3 (In)Compatibilidade entre a Resolução 21 do Parlamento Europeu e o ordenamento jurídico brasileiro quanto à inversão do encargo probatório. 4 Considerações finais.

1. Considerações sobre a desconexão como direito fundamental no Brasil

Na sociedade atual observa-se que, principalmente em razão do uso das novas tecnologias da informação e da comunicação, o trabalho e a vida pessoal estão confundindo-se, com prejuízo desta. Cardim¹ assevera que surgiu uma tendência social de as pessoas manterem-se conectadas 24 horas por dia às ferramentas de trabalho, durante toda a semana, seja onde estiverem, havendo vigilância, cobrança e pressão constantes para que o empregado esteja, a qualquer tempo, disponível.

Ocorre que o Estado brasileiro tem por fundamento, de acordo com o artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Este, de acordo com Sena², impõe que o trabalhador não seja considerado como um mero fator de produção, descartável, mas como ser humano, ao qual é assegurado um patamar civilizatório mínimo nas relações laborais, que por sua vez é composto por direitos que estão previstos, dentre outros, nos artigos 7º a 11 da Lei Maior.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que a pausa dos obreiros integra o mínimo existencial que deve ser assegurado a todos, pois decorre da limitação de jornada, das férias, do repouso semanal remunerado e das licenças maternidade e paternidade, todos garantidos no citado artigo 7º, bem como está atrelado ao lazer, que assim como o próprio trabalho, foi expressamente reconhecido como direito social no artigo 6º da Constituição Federal.

Os tempos de descanso, conforme leciona Souto Maior³, expressam a desconexão, que se caracteriza, essencialmente, segundo Braga⁴, como um direito ao não-trabalho, de deixar de prestar serviços nos momentos que não são destinados à atividade profissional. Assim, fica claro que o desligamento do labor está em consonância com os fundamentos constitucionais da ordem econômica, que nos termos do artigo 170, *caput*, da Lei Maior, devem pautar-se pela valorização do trabalho humano para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

É importante ressaltar que, atualmente, a desconexão é objeto dos Projetos de Lei nºs. 4.044/2020 e 4.567/2021, que tramitam perante o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, respectivamente, não estando prevista

1 CARDIM, Talita Corrêa Gomes. Novas tecnologias e saúde do trabalhador: riscos psicossociais e o direito à desconexão digital. **e-Revista Internacional de la Protección Social**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 312–334, 2021. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/19747>. Acesso em: 18.abr.2023.

2 SENA, Max Emiliano da Silva. **A Força Normativa do Valor Social do Trabalho**. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2019, p. 149 e 150.

3 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à Desconexão do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas (SP)**, n. 23, p. 310, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>. Acesso em: 17.abr.2023.

4 BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015, p. 122. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/136054>. Acesso em: 11.abr.2023.

expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, está vinculada aos direitos fundamentais⁵, de maneira que é impossível negar sua existência, a qual encontra amparo também em normas internacionais que asseguram o direito ao repouso, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 24) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XV), que devem ser observadas porque o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, da Lei Maior).

Destaque-se que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já reconheceu a existência da desconexão, como se verifica, exemplificativamente, nos acórdãos concernentes ao Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) nº. 2058-43.2012.5.02.04646 e ao AIRR nº. nº. 196300-81.2012.5.17.01417. Já o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região (SP)⁸, por sua vez, foi explícito ao afirmar que o desligamento é um direito fundamental, posto que a disponibilização constante para o trabalho malfez a convivência familiar, o lazer e a educação.

Isso posto e tendo em vista que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, preceitua que os direitos e garantias que estabelece não exclui outros, é possível afirmar que a desconexão, mesmo não estando prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, é direito fundamental dos trabalhadores, posto que decorre do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, bem como dos tratados internacionais de que Estado brasileiro é signatário.

Reconhece-se, porém, que no Brasil é importante a positivação do desligamento por norma legal expressa, uma vez que paira sobre o tema insegurança jurídica, pois como pontuam Almeida e Silva⁹, enquanto parte da doutrina reconhece que se trata de um direito fundamental próprio, outros defendem que necessita ser regulamentado. Contudo, enquanto não sanada a inércia do legislador, faz-se necessário buscar meios para a efetivação do direito sob comento, dentre os quais a inversão do ônus da prova, como será exposto a seguir.

2. A inversão do ônus da prova como meio para garantir o direito de desligar, nos termos da Resolução 21, de 21/01/2021, do Parlamento Europeu

A União Europeia (UE), de acordo com os artigos 13º e 14º do Tratado que a instituiu, é composta por várias instituições, dentre as quais estão o Parlamento Europeu (PE) e o Conselho, os quais exercem, juntos, as funções legislativa e orçamentária. Aquele também possui atribuições de controle político e consultivas, sendo composto por cidadãos da UE eleitos por sufrágio universal, direto, livre e secreto, para um mandato de cinco anos¹⁰.

Atualmente inexistente, na UE, legislação específica sobre a desconexão, embora esta já tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico de alguns países europeus, quais sejam: França, Espanha, Bélgica, Eslováquia, Grécia e Itália¹¹, além de Portugal. Contudo, em 21 de janeiro de 2021, foi aprovada uma Resolução pelo PE, que contém

5 ALMEIDA, Saulo Carvalho; SILVA, Ticianne Lourenço. Tecnologia e o Novo Mundo do Trabalho: A Síndrome de Burnout e o Necessário Reconhecimento de um Direito à Desconexão Laboral. **Teoria Jurídica Contemporânea. Periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Vol. 6, 2021, p. 14. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/43315/27497>. Acesso em: 17.abr.2023.

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em **Recurso de Revista nº. 2058-43.2012.5.02.0464**. [...]. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514456120/agravo-de-instrumento-em-recurso-derevista-airr-20584320125020464/inteiro-teor-514456145>. Acesso em: 17.abr.2023.

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em **Recurso de Revista nº. 196300-81.2012.5.17.0141**. [...]. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882448256/agravo-de-instrumento-em-recurso-derevista-airr-1963008120125170141/inteiro-teor-882448456>. Acesso em: 17.abr.2023.

8 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP). [...]. **Recurso Ordinário nº. 1000244-43.2014.5.02.0614**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1119965689>. Acesso em: 15.abr.2023.

9 ALMEIDA, Saulo Carvalho; SILVA, Ticianne Lourenço. op. cit. p. 14.

10 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 18.abr.2023.

11 EUROFOUND (2021), **Right to disconnect: Exploring company practices**, Publications Office of the European Union, Luxembourg. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/pt/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices#tab-01>. Acesso em: 20.abr.2023.

recomendações à Comissão sobre o direito sob comento. Este foi reconhecido como de natureza fundamental da nova organização na era digital, devendo ser visto como instrumento de política social para proteger os direitos de todos os trabalhadores e particularmente importante para os mais vulneráveis, bem como para os que têm responsabilidades de prestação de cuidados¹².

A Comissão, por sua vez, de acordo com o Plano de Ação sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais, está empenhada em dar resposta, por meio de ato legislativo, à Resolução do PE, bem como se comprometeu a assegurar o seguimento adequado a esta e a encorajar medidas que visem a garantir que os trabalhadores possam usufruir, de forma efetiva, do direito de desligar. Além disso, convidou os parceiros sociais para, de maneira comum, acordarem soluções que tragam respostas aos desafios trazidos pelo direito de desligar¹³.

Brizzi, Felker e Nascimento asseveram que os parâmetros mínimos a serem considerados pelos legisladores dos países acerca do desligamento dos empregados estão contidos na proposta de diretiva anexa à mencionada Resolução¹⁴. De acordo com o artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁵, diretiva trata-se de ato jurídico que vincula os Estados-Membros aos quais se destina, quanto ao resultado a ser atingido. Entretanto, as formas e meios para que isso aconteça ficam sob a competência das instâncias nacionais.

Os Estados-Membros da UE, nos termos da proposta de diretiva, artigos 2º e 3º, deverão garantir que sejam tomadas, pelos empregadores, as medidas necessárias para que os trabalhadores tenham meios para exercer a desconexão (chamada de desligamento), que corresponde ao direito de não realizar atividades ou manter comunicações inerentes ao trabalho, fora da jornada laboral, direta ou indiretamente, por meio de ferramentas digitais.

Lozano afirma que o conteúdo da proposta de diretiva é muito ambicioso, pois estabelece uma regulação concreta que envolve uma série de obrigações para os países, as quais têm por finalidade gerar maior segurança jurídica quando o direito à desconexão for colocado em prática¹⁶. De fato, são 14 artigos que dispõem acerca de vários aspectos, como: a própria conceituação do direito sob análise; medidas que devem ser executadas para assegurá-lo; defesa contra tratamento desfavorável; recurso; dever de informação; sanções; nível de proteção e dados pessoais.

Conforme o artigo 5.3, os países devem assegurar também que, caso um empregado alegue judicialmente que foi demitido, ou que sofreu tratamento desfavorável, por ter utilizado o seu direito à desconexão, cabe ao empregador provar que agiu por outros motivos. A inversão do ônus probatório, contudo, somente ocorrerá se o trabalhador conseguir estabelecer fatos que levem à presunção de que a conduta patronal foi motivada pelo exercício do desligamento.

É importante ressaltar que o disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos penais, salvo disposição em contrário na legislação nacional, bem como não se trata de procedimento obrigatório nas ações em que incumbe ao próprio tribunal, ou à instância competente, averiguar os fatos. Por outro lado, independentemente da possibilidade já explicitada de inverter o ônus da prova em favor do empregado, os Estados-Membros também podem instituir um regime probatório mais favorável aos trabalhadores. É o que se depreende dos itens quatro, cinco e seis, do citado artigo 5º.

12 UNIÃO EUROPEIA. **Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o direito de desligar, 21 jan. 2021.** Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_PT.html. Acesso em: 17.abr.2023.

13 **Plano de Ação sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais.** Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 19.abr.2023.

14 BRIZZI, Arthur; FELKER, Maitê Caurio; NASCIMENTO, Valéria Ribas do: **Direito à Desconexão na Sociedade em Rede: Análise dos Projetos de Lei Brasileiros à Luz da Resolução do Parlamento Europeu.** [...], p. 9. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2022/11/1.2.pdf>, p. 9. Acesso em: 18.abr.2023.

15 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.** Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 18.abr.2023.

16 LOZANO, Velasco Javier. Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva el Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho. **Revista de Derecho Laboral vLex**, n. 2, 2021, p. 52. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8626033>. Acesso em: 19.abr.2023.

A distribuição do encargo probatório, tal como estabelecido na Resolução nº 21, visa à efetividade do direito, mas sua aplicação requer parcimônia, haja vista que embora o trabalhador, em regra, seja hipossuficiente, não é possível exigir que o empregador prove um fato negativo¹⁷. Nesse contexto, será analisada a sua compatibilidade, ou não, com o ordenamento jurídico brasileiro.

3. (In)Compatibilidade entre a Resolução nº. 21 do Parlamento Europeu e o ordenamento jurídico brasileiro quanto à inversão do ônus da prova

O artigo 5.1, da proposta diretiva contida na Resolução nº. 21, do PE, ao dispor que os Estados-Membros devem assegurar que sejam proibidos a discriminação, o tratamento menos favorável ao empregado e a própria demissão pelo fato de este ter exercido a desconexão, está em consonância com a Constituição Federal do Brasil, que como já exposto assegura a limitação de jornada, o lazer e períodos de descanso. Destaque-se, nesse contexto, o artigo 3º, IV, que estabelece como objetivo da República promover o bem todos, sem qualquer forma de discriminação. Ademais, a rescisão por conta do exercício de um direito é claramente arbitrária, sendo, assim, vedada pelo artigo 7º, I, da Lei Maior.

Já o artigo 5.2 da mencionada proposta de diretiva preceitua que os Estados-Membros asseguram a proteção dos trabalhadores e de seus representantes contra qualquer tratamento desfavorável, ou consequências adversas oriundas de eventual queixa junto do obreiro junto ao empregador, ou de possíveis ações, para fazer respeitar o desligamento. Também aqui não há qualquer incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual se norteia pelo princípio da Proteção do empregado.

Em relação ao artigo 5.3 da proposta de diretiva, aduz, como já exposto no capítulo anterior, que se um empregado alegar em juízo que foi demitido ou que foi tratado desfavoravelmente por ter exercido seu direito à desconexão, os países devem assegurar que cabe ao empregador comprovar que sua conduta decorreu de outras razões, mas desde que o trabalhador consiga estabelecer fatos que gerem presunção de que o comportamento do patrão foi motivado pelo exercício do desligamento. Trata-se, portanto, de uma hipótese de inversão do ônus probatório.

Isso posto, tem-se que um trabalhador que venha a ser ofendido em seu direito à desconexão poderá recorrer ao Judiciário para requerer que cesse a lesão e, se for o caso, pleitear a reparação por perdas e danos que entender devida, o que fará por meio de um processo. Este, segundo Viana¹⁸, trata-se de instrumento complexo, formado por atos que se projetam no tempo e pelos quais se realiza a jurisdição. Nesta está inserida a dilação probante.

O direito fundamental à prova extrai-se, em primeiro lugar, de acordo com Cesário¹⁹, do devido processo legal (previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal) e, em um segundo momento, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a esta inerentes (artigo 5º, LV), dentre os quais está a extensa produção probatória, que é indispensável para que se materialize o verdadeiro Estado Democrático fundamentado na dignidade da pessoa humana, que está prevista no artigo 1º, III, da Lei Maior.

No ordenamento jurídico brasileiro, o ônus da prova é distribuído, em princípio, da seguinte forma: ao autor incumbe provar os elementos constitutivos do seu direito, ao passo que ao réu cabe demonstrar as circunstâncias modificativas, impeditivas ou extintivas do direito do promovente/reclamante. É o que se depreende dos artigos 373, I e II, do Código de Processo Civil (CPC) e 818, I e II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

17 BRIZZI, Arthur; FELKER, Maitê Caurio; NASCIMENTO, Valéria Ribas do, op. cit. p. 14.

18 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Do Processo Cautelar. São Paulo: Dialética, 2014, p. 11.

19 CESÁRIO, João Humberto. **Provas no Processo do Trabalho de acordo com o Novo Código de Processo Civil**. Cuiabá (MT): Instituto JHC, 2015, p. 51.

Segundo Marinoni²⁰, essa regra serve de indicativo para afastar a dúvida do juiz, iluminando-o quando chega ao final do processo sem formar seu convencimento acerca de como tudo se passou. Ademais, não faz sentido exigir que o requerente seja obrigado a aludir ao que impede o reconhecimento do que pleiteia. Tal referência deve ser feita por quem busca que a pretensão autoral não seja declarada, isto é, pelo requerido.

Entretanto, em atenção ao devido processo legal, o artigo 373, § 1º, do CPC, dispõe que o juiz poderá, em decisão fundamentada, inverter o ônus da prova, quando: previsto em lei; nos casos em que seja impossível ou excessivamente difícil à parte desincumbir-se do seu encargo probatório; ou quando houver maior facilidade do outro litigante comprovar o fato contrário. Nessas situações deverá ser assegurada a oportunidade de o autor ou promovido cumprir a obrigação que lhe foi atribuída pelo magistrado.

Consagrou-se, assim, um sistema misto de distribuição do ônus da prova, em que há o modelo rígido e também o flexível, dinâmico, segundo o qual o encargo probatório deve recair sobre quem tem maior facilidade de provar o fato, o que poderá ser determinado pelo juiz, diante do caso concreto²¹. Ressalte-se, contudo, que de acordo com o § 2º, o magistrado não poderá inverter o ônus quando gerar situação em que a desincumbência seja excessivamente difícil ou mesmo impossível.

Essa distribuição do encargo probatório de maneira dinâmica foi estabelecida também no processo do trabalho, por meio da Lei nº. 13.467/2017, popularmente conhecida como reforma trabalhista, e consta no artigo 818, §§ 1º e 3º, da CLT, em termos praticamente idênticos aos que foram expostos acima. O § 2º, entretanto, inova ao dispor que a inversão do ônus deve ocorrer antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, será postergada a audiência, sendo possível comprovar os fatos por qualquer meio admitido em direito.

Isso posto, tem-se que o artigo 5.3 da proposta de diretiva anexa à Resolução nº. 21, do PE, ao estabelecer a inversão do ônus da prova quando o empregado considerar que foi demitido ou tratado desfavoravelmente por ter se valido da desconexão, é compatível, em regra, com o artigo 818 da CLT, e sequer é necessário que o trabalhador construa uma presunção de que foi prejudicado pelo exercício do seu direito.

No Brasil, é suficiente que o magistrado, com base no seu convencimento livre, considere, fundamentadamente, que é impossível ou extremamente difícil ao empregado comprovar que foi prejudicado por conta do desligamento, situação bastante plausível, já que, ante a falta de regulamentação, por lei complementar, do artigo 7º, I, da Constituição Federal, o empregador pode demitir sem justa causa, sem dar qualquer explicação ao trabalhador, sendo obrigado apenas ao pagamento de multa de 40% sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além das demais verbas rescisórias.

É certo que o artigo 818, § 1º, consolidado, aduz que o magistrado “poderá” inverter o ônus da prova, enquanto o artigo 5.3 da proposta de diretiva obriga a inversão se, pelos fatos trazidos pelo empregado, ficar presumido que este foi prejudicado pelo exercício do desligamento. Mesmo assim, não há incompatibilidade. Em sendo aprovada uma norma legal brasileira nos termos do artigo 5.3 da proposta de diretiva, estará de acordo com a regra celetista, pois esta também autoriza a modificação do encargo probatório nos casos expressos em lei, o que, por certo, não será uma faculdade do juiz.

O próprio TST reconhece situações de inversão do encargo probatório como regra e, não, a depender do exame do magistrado no caso concreto. É o que se verifica, por exemplo, nas demissões de pessoas que são portadoras do vírus HIV ou de outras doenças que geram estigma ou preconceito, quando cabe ao empregador demonstrar as razões da dispensa, que é presumidamente discriminatória, nos termos da súmula nº. 443²².

20 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista Opinião Jurídica**. Vol. 3, n. 5, 2005, p. 189. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 20.abr.2023.

21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Inovações, Alterações e Supressões Comentadas**. 2 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 269.

22 **SUM-443 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

É importante relembrar, contudo, que por força do § 3º, do artigo 818, consolidado, a inversão do ônus da prova não pode ocorrer quando também for impossível ou muito difícil, para o patrão, comprovar que demitiu o funcionário, ou que o preteriu de alguma forma, por motivo diverso do alegado por este. Assim, nessa situação a mudança do encargo probatório não seria possível, sob pena de violação da ampla defesa, que restaria comprometida ante a impossibilidade de o empregador provar os fatos que alega.

O artigo 5.4 da proposta de diretiva, por sua vez, assevera que os Estados-Membros poderão estabelecer regime probatório mais favorável aos trabalhadores, o que também é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, posto que este norteia-se, como já exposto, pelo princípio da Proteção do empregado. Assim, não haveria qualquer ilegalidade em eventual alteração da CLT que estabelecesse a inversão do ônus da prova, como regra, sempre que se alegasse ofensa à desconexão e, não, apenas quando as circunstâncias fáticas apresentadas gerassem a presunção de que o empregado foi prejudicado por ter exercido o desligamento, como preceitua o artigo 5.3.

Por fim, no que tange ao artigo 5.5 da proposta de diretiva, consta que os países não serão obrigados a inverter o ônus da prova quando a averiguação dos fatos incumbir ao tribunal ou à instância competente. No Brasil, esses casos aproximam-se dos que o juiz pode conhecer de ofício e, realmente, não há motivo para que se inverta obrigatoriamente o encargo probatório, o que, contudo, poderá acontecer se a diligência determinada pelo magistrado restar frustrada e a prova for muito difícil ou impossível de ser produzida por quem detinha o ônus inicialmente, aplicando-se a faculdade prevista no artigo 818, § 1º, da CLT, com o qual, portanto, o dispositivo estrangeiro sob análise é compatível.

4. Considerações finais

A desconexão do trabalho após encerrada a jornada laboral e nos períodos de descanso, tais como férias, repouso semanal remunerado e feriados, dentre outros, é um direito fundamental dos empregados, pois apesar de não estar prevista expressamente no ordenamento jurídico, fundamenta-se na dignidade humana ao colocar a pessoa do trabalhador como ente central a ser tutelado, bem como deriva do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal e, inclusive, já foi reconhecida pela jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do país.

Nesse contexto, a Resolução nº. 21 do PE traz significativo progresso ao reconhecer a desconexão como direito fundamental dos trabalhadores. Já a Comissão falha ao não ter apresentado ato legislativo, nos termos das recomendações do Parlamento Europeu, até a presente data. De qualquer forma, as diretrizes propostas servem de inspiração e modelo ao legislador do Brasil, que a despeito dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, mantém-se inerte em positivar o desligamento expressamente e, assim, posterga a oportunidade de reduzir a insegurança jurídica que paira sobre o tema.

Em relação ao ônus da prova, o artigo 5.3, da proposta de diretiva anexa à Resolução nº. 21 do PE adota a teoria dinâmica ao estabelecer a inversão quando o empregado construir uma presunção de que foi demitido ou tratado desfavoravelmente por ter exercido o desligamento. Apesar de o artigo 8º, *caput*, da CLT, autorizar o uso do direito comparado para suprir lacunas do ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que tal procedimento não é a solução adequada, posto que a CLT possui regras expressas sobre a distribuição do encargo probatório, inexistindo omissão legal.

Poderia, contudo, o legislador pátrio, criar norma com idêntico teor do artigo 5.3, instituindo hipótese de inversão obrigatória do ônus da prova, haja vista que estaria em consonância com o artigo 818, § 1º, da CLT, o qual também adota o sistema flexível de modificação do encargo probatório e autoriza-o nos casos previstos em lei. Tal iniciativa dos parlamentares representaria verdadeiro avanço na concretização do direito sob comento.

Apenas se a atribuição do ônus da prova ao empregador tornasse impossível ou muito difícil que este demonstrasse que ou preteriu o empregado, ou não o dispensou, em virtude do exercício do desligamento, é que seria inaplicável a regra do artigo 5.3 da proposta diretiva, por ofensa ao mandamento constitucional da ampla defesa.

Por fim, é desnecessária a obrigatoriedade de modificação do encargo probatório nas matérias que o juiz pode conhecer de ofício. Ademais, a criação de um regime probatório mais favorável aos empregados, quanto à desconexão, do que o estabelecido no artigo 818 da CLT e no próprio artigo 5.3 da proposta de diretiva, é medida totalmente compatível com a efetivação do direito e, por consequência, com o ordenamento jurídico brasileiro, pois soluciona entraves que, por vezes, impedem o trabalhador de demonstrar em juízo o que de fato aconteceu e comprometem a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Saulo Carvalho; SILVA, Ticianne Lourenço. Tecnologia e o Novo Mundo do Trabalho: A Síndrome de Burnout e o Necessário Reconhecimento de um Direito à Desconexão Laboral. **Teoria Jurídica Contemporânea. Periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Vol. 6, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/43315/27497>. Acesso em: 17.abr.2023.
2. BRAGA, Eduardo Souza. Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador. 2015. 163 f. **Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**, 2015, p. 122. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/136054>. Acesso em: 11.abr.2023.
3. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.567 de 2021**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, para instituir o direito à desconexão do trabalhador e do funcionário público, para regular o uso de ferramentas digitais após a jornada diária e após os dias úteis. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificada=true&filtros=%5B%7B%22numero%22%3A%224567%22%7D,%7B%22ano%22%3A%222021%22%7D%5D>. Acesso em: 18.abr.2023.
4. _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.
5. _____. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm#art400. Acesso em: 20.abr.2023.
6. _____. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20.abr.2023.
7. _____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº. 4.044 de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Brasília, Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8871666&ts=1598305429608&disposition=inline>. Acesso em: 17.abr.2023.
8. _____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP). [...]. **Recurso Ordinário nº. 1000244-43.2014.5.02.0614**. Fábio Lopes da Silva. Nestle Brasil LTDA. Relator: Marcos Neves Fava. 14ª Turma. Data de julgamento: 5.fev.2015. Data de publicação: 11.fev.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1119965689>. Acesso em: 15.abr.2023.
9. _____. Tribunal Superior do Trabalho. [...]. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 196300-81.2012.5.17.0141**. FRISA – Frigorífico Rio Doce S/A. Rogério Dallapicola. Relator: Desembargador convocado Américo Bedê Freire. 6ª Turma. Data de Julgamento: 26.ago.2015. Data de publicação: DEJT 28.ago.2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882448256/agravo-de-instrumento-em-recurso-derevista-airr-1963008120125170141/inteiro-teor-882448456>. Acesso em: 17.abr.2023.
10. _____. [...]. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 2058-43.2012.5.02.0464**. Hewlett-Packard Brasil LTDA. Ramiro de Freitas Diz. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. 7ª Turma. Data de Julgamento: 18.out.2017. Data de publicação: DEJT 27.out.2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514456120/agravo-de-instrumento-em-recurso-derevista-airr-20584320125020464/inteiro-teor-514456145>. Acesso em: 17.abr.2023.
11. _____. Súmula nº. 443. In: Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>. Acesso em: 2.maio.2023.
12. BRIZZI, Arthur; FELKER, Maitê Caurio; NASCIMENTO, Valéria Ribas do: **Direito à Desconexão na Sociedade em Rede: Análise dos Projetos de Lei Brasileiros à Luz da Resolução do Parlamento Europeu**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 6. 2022, Santa Maria (RS). Anais. Santa Maria (RS): Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2022/11/1.2.pdf>. Acesso em: 18.abr.2023.
13. CARDIM, Talita Corrêa Gomes. Novas tecnologias e saúde do trabalhador: riscos psicossociais e o direito à desconexão

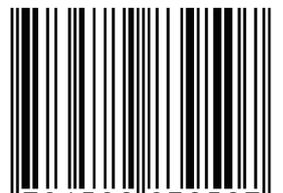
digital. **e-Revista Internacional de la Protección Social**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 312–334, 2021. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/19747>. Acesso em: 18.abr.2023.

14. CESÁRIO, João Humberto. **Provas no Processo do Trabalho de Acordo com o Novo Código de Processo Civil**. Cuiabá (MT): Instituto JHC, 2015.
15. EUROFOUND (2021), Right to disconnect: **Exploring company practices**, Publications Office of the European Union, Luxembourg. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/pt/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices#tab-01>. Acesso em: 20.abr.2023.
16. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Dialética, 2014.
17. LOZANO, Velasco Javier. Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho. **Revista de Derecho Laboral vLex**, n. 2, p. 47-59, 2021. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8626033>. Acesso em: 19.abr.2023.
18. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista Opinião Jurídica**. Vol. 3, n. 5, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853/898>. Acesso em: 20.abr.2023.
19. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Inovações, Alterações e Supressões Comentadas**. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.
20. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/humanrights/universaldeclaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 17.abr.2023.
21. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 17.abr.2023.
22. SENA, Max Emiliano da Silva. **A Força Normativa do Valor Social do Trabalho**. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2019, p. 141, 149 e 150.
23. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à Desconexão do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas**, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>. Acesso em: 17.abr.2023.
24. _____. **Plano de Ação sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 19.abr.2023.
25. _____. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o direito de desligar, 21 jan. 2021**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_PT.html. Acesso em: 17.abr.2023.
26. _____. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 18.abr.2023.
27. _____. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 18.abr.2023.



ISBN: 978-65-89839-50-7

CB



9 786589 839507