NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l´echange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2024

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 44.2 — Jul./Dez. 2024

Editora Chefe
Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial
Ana Maria D'Ávila Lopes
António José Avelãs Nunes
Carmen Lopez-Rendo Rodriguez
Denise Lucena Cavalcante
Elizabeth Salmón
Eros Grau
Eric Canal-Forgues
Federico Di Bernardi
Fernando Araújo
Fernando Facury Scaff
Francisco Queiroz Cavalcanti
Frédérique Coulée
Giovanni Luchetti
Giovanni Moschetti
Hugo de Brito Machado
Jefrrey Owens
João Luís Nogueira Matias
Jorge Miranda
José Luís Caballero
Juarez Freitas
Júlia Motte-Baumvol
Luís M. Alonso Gonzáles
Paulo Bonavides
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Willis Santiago Guerra Filho
Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.
V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.
ISSN — 1807-3840
1 — Direito-periódico.
1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

SOBRE OS AUTORES – ARTIGOS

Betieli da Rosa Sauzem Machado

Pós-doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2025-2026). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I (2021-2025), com doutorado-sanduíche na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. Advogada (OAB/RS 107.194).

Daniel Calil

Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006). Assessor Jurídico da Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Felipe Dutra Asensi

Professor de Mestrado/Doutorado da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e Universidade Santa Úrsula (USU), no Brasil, e da Ambra University, nos Estados Unidos. Foi Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).

Giovanna Martins Sampaio

Doutoranda em Ciência da Propriedade Intelectual pela UFS. Bacharela em Direito pela UFBA (com intercâmbio na Universidade de Coimbra) e em Administração pela UFBA. Mestra pelo PROFNIT/UFBA. Atua nas áreas de Propriedade Intelectual, Inovação, Tecnologia e Direito Internacional dos Negócios. Participa de grupos de pesquisa em Propriedade Intelectual, AED, Direito Empresarial, Relações Trabalhistas, Direitos Humanos e História do Direito. Avaliadora Ad Hoc em periódicos acadêmicos nas áreas de Humanidades, Educação, Saúde Pública e IA.

Gustavo César Machado Cabral

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), atuando na Graduação e na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Cientista Chefe de Secretaria dos Direitos Humanos do Estado do Ceará. Doutor (com louvor) em História do Direito e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pelo Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Alemanha).

Henrique Avelino Lana

Pós-Doutor em Direito Empresarial. Doutor e Mestre pela PUC-MG em Direito Privado. Especialista e Graduado em Direito pela PUC/MG. Cursou o Mestrado e o Doutorado como bolsista CAPES/PROSUP. Foi professor nos cursos de graduação em direito, administração, economia e contabilidade da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e na Pós-Graduação da PUC MINAS.

Joana Aymée Nogueira de Freitas

Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual do Trabalho Aplicado pela Faculdade Legale. Possui curso-técnico-profissionalizante em Mecânica pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte.

Lucas Vinicios Cruz

Mestre em Direito Empresarial pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA. Foi membro pesquisador e bolsista do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA.

Maria João Palma

Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Especialista em Artes Visuais e graduada em Comunicação Social - Jornalismo pela Faculdade de Filosofia de Campos. Possui capacitação em Metodologias Ativas por Havard. É professora do Centro Universitário Augusto Motta nos cursos de jornalismo, publicidade e design gráfico.

Melissa Jentchmin Gordon

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP.

Nancy dos Santos Casagrande

Pós- Doutora em Formação de Professores pela Universidade do Porto. Mestrado e doutorado em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora associada do departamento de Ciências da Linguagem. Professora nos cursos de Direito e Pedagogia da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Neila Pereira

Professora Adjunta do Departamento Interdisciplinar, UFRGS. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências, ICBS, UFRGS e do Programa de Pós-Graduação em Ensino de Física, Sociedade Brasileira de Física, Campus Litoral Norte, UFRGS. Doutora em Educação em Ciências pelo PPG Educação em Ciências: Química da Vida e Saúde (ICBS/ UFRGS, 2013) e Mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação (2007).

Ricardo Hermany

Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do

grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas –UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios.

Tamar Herzog

Doutora em Sócio-Economie du développement pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (1994). Professora de História Espanhola e Portuguesa da Harvard University.

Valter Shuenquener de Araujo

Doutor em Direito Público pela UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conferencista da EMERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ (PPGD). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

ARTIGOS

A IMPORTÂNCIA DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE SOCIAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
Betieli da Rosa Sauzem Machado, Ricardo Hermany 13

OS USOS E ABUSOS DO PLURALISMO JURÍDICO: UMA VISÃO CRÍTICA
Gustavo César Machado Cabral, Tamar Herzog, Joana Aymée Nogueira de Freitas 41

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS PATENTES: ANÁLISE DAS DECORRÊNCIAS JURÍDICAS
Giovanna Martins Sampaio, Neila Pereira 59

RETÓRICA EM FOCO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-DISCURSIVA DOS VOTOS REFERENTES AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252
Nancy dos Santos Casagrande, Melissa Jentchmin Gordon 83

DIÁLOGO INSTITUCIONAL E ACESSO À JUSTIÇA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM ESTUDO DE CASO DO PROJETO "FALANDO SÉRIO"
Felipe Dutra Asensi 93

FINTECHS, TECNOLOGIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AUMENTO DA EFICIÊNCIA
Lucas Vinicios Cruz, Henrique Avelino Lana 115

DISRUPTIVE INNOVATIONS AND PERSONAL DATA PROTECTION: NEW CHALLENGES FOR THE LAW
Valter Shuenquener de Araujo, Daniel Calil 139

A REFORMA DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO – À PROCURA DO EQUILÍBRIO ENTRE A DEFESA DOS INTERESSES OFENSIVOS E OS INTERESSES DEFENSIVOS
Maria João Palma 157

ARTIGOS

A IMPORTÂNCIA DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE SOCIAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Betieli da Rosa Sauzem Machado [1],
Ricardo Hermany [2]

RESUMO

A pesquisa está centrada nas ferramentas impulsionadoras do controle social na esfera local a partir do Portal Nacional de Contratações Públicas e dos sistemas de controle de licitações e contratos dos Tribunais de Contas. O problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: quais ferramentas existentes nos Tribunais de Contas para o controle de licitações e contratos podem ser utilizadas pelo Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como modelo para o aprimoramento do controle social e como viabilizadora do direito à transparência e publicidade, oportunizando a boa gestão pública no âmbito local? A pesquisa utiliza os métodos de procedimento hermenêutico e de abordagem dedutivo, e aplica a técnica de pesquisa bibliográfica. A investigação parte de três objetivos específicos: primeiro, analisar o controle e empoderamento social sob a ótica do direito social condensado de Gurvitch e do direito à informação; segundo, examinar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas para o controle e publicização de licitações e contratos na esfera local; terceiro, comparar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas e identificar possíveis modelos que permitam aprimorar o Portal Nacional de Contratações Públicas, tendo em vista que este seja utilizado como uma ferramenta auxiliar do controle social e para a boa gestão pública. A partir dessas premissas conclui-se que o Farol (TCE-SC), o Radar de Controle Público (TCE-MT); e o Licitacon Cidadão (TCE-RS) são ferramentas que podem auxiliar no aprimoramento do PNCP, estimulando o controle social e a transparência dos atos administrativos no tocante às licitações e contratos públicos, resultando em um melhoramento na gestão dos recursos públicos.

[1] Pós-doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2025-2026). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I (2021-2025), com doutorado-sanduíche na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. Advogada (OAB/RS 107.194).

[2] Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas –UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de licitações e contratos. Controle Social. Nova Lei de licitações e contratos. Portal Nacional de Contratações Públicas. Tribunal de Contas.

THE IMPORTANCE OF THE NATIONAL PUBLIC PROCUREMENT PORTAL AND THE COURTS OF AUDITORS IN THE SOCIAL CONTROL OF THE NEW BIDDING AND CONTRACTS LAW

ABSTRACT

The research is focused on the tools that drive social control at the local level from the National Public Procurement Portal and the control systems of bids and contracts of the Courts of Auditors. The research problem consists of the following question: what tools exist in the Courts of Auditors for the control of bids and contracts can be used by the National Public Procurement Portal (PNCP) as a model for the improvement of social control and as a facilitator of the right to transparency and publicity, providing opportunities for good public management at the local level? The research uses the methods of hermeneutic procedure and deductive approach, and applies the technique of bibliographic research. The investigation starts from three specific objectives: first, to analyze the control and social empowerment from the perspective of the condensed social right of Gurvitch and the right to information; second, to examine the existing systems in the Courts of Auditors for the control and publicization of bids and contracts at the local level; third, to compare the existing systems in the Courts of Auditors and identify possible models that allow to improve the National Public Procurement Portal, Considering that this is used as an auxiliary tool of social control and for good public management. From these premises it is concluded that the Lighthouse (TCE-SC), the Public Control Radar (TCE-MT); and the Citizen Bidding (TCE-RS) are tools that can assist in the improvement of the PNCP, stimulating social control and transparency of administrative acts regarding bids and public contracts, resulting in an improvement in the management of public resources.

KEYWORDS: *Control of bids and contracts. Court of Auditors. National Portal of Public Procurement. New Law on Bids and Contracts. Social Control.*

INTRODUÇÃO

A Lei 14.133/2021 – conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos – estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas no âmbito da Administração Pública. Entrou em vigor em 1º de abril de 2021, com um prazo de *vacatio legis* de dois anos, permitindo que os entes públicos realizassem as adaptações e regulamentações necessárias antes de sua implementação definitiva em abril de 2023.

Entretanto, no dia 31 de março de 2023, foi publicada a Medida Provisória 1.167/2023[3], que prorrogou o prazo de adaptação até 30 de dezembro de 2023 para estados-membros, municípios e o Distrito Federal. Para a União, no entanto, a nova lei passou a ser obrigatória a partir de 3 de abril de 2023. Com essa prorrogação, os entes federativos puderam continuar utilizando os formatos antigos de licitações e contratos por mais alguns meses.

Salienta-se como inovação originada pela Lei 14.133/2021 o Portal Nacional de Contratações Públicas, um sistema eletrônico centralizado e integrado, denominado Sistema Nacional de Contratações Públicas (SNCP). Esse sistema tem como objetivo reunir e disponibilizar informações sobre licitações, contratos, compras e outros atos

[3] A prorrogação do prazo de *vacatio legis* da Lei 14.133/2021 foi um dos pleitos dos gestores públicos que estiveram presentes, em março de 2023, na XXIV Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios, pois corria-se o risco de suspensão das licitações e contratações públicas em todo o país.

relacionados à contratação pública. Assim, o Sistema Nacional de Contratações Públicas é operado pelo Ministério da Economia, bem como recebe e disponibiliza as informações sobre as contratações públicas realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Além disso, os dados constantes nesta ferramenta devem ser disponibilizados de forma acessível a todos os interessados, garantindo transparência e ampla concorrência nos processos licitatórios.

Dessa forma, a Administração Pública deve assegurar o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais, garantindo acesso à gestão do patrimônio coletivo e à prestação eficaz de serviços públicos, sempre em consonância com o interesse público. De tal maneira, verifica-se que é relevante o cumprimento dos princípios constitucionais na gestão do patrimônio coletivo e a busca por novos meios de controle gerencial, sendo que o Portal Nacional de Contratações Públicas, conforme previsto na Lei 14.133/2021, pode auxiliar no controle social das contratações públicas, eis que a legislação enfatiza a transparência e a ampla concorrência como princípios fundamentais dos processos licitatórios, e o portal desempenha um papel importante nesse sentido.

Ademais, é importante observar que anterior ao Portal Nacional de Contratações Públicas, no âmbito dos Tribunais de Contas, existiam algumas ferramentas utilizadas com essas finalidades, como por exemplo, o sistema LicitaCon, desenvolvido e implementado pela Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), ainda em funcionamento. Assim, a pesquisa centra-se no estudo das ferramentas impulsionadoras do controle social na esfera local a partir do Portal Nacional de Contratações Públicas e dos sistemas de controle de licitações e contratos dos Tribunais de Contas.

Desse modo, o problema de pesquisa proposto é o seguinte: quais ferramentas existentes nos Tribunais de Contas para o controle de licitações e contratos podem ser utilizadas pelo Portal Nacional de Contratações Públicas como modelo para o aprimoramento do controle social e como viabilizadora do direito à transparência e publicidade, oportunizando a boa gestão pública no âmbito local? Com isso, buscando responder ao problema proposto, a pesquisa utiliza os métodos de procedimento hermenêutico, o qual tende a auxiliar na melhor interpretação dos dados e na compreensão dos textos.

A pesquisa adota o método dedutivo, partindo de dados gerais (premissa maior) para inferir verdades particulares (premissa menor), ainda que estas não estejam explicitamente contidas nas partes examinadas. Dessa forma, busca-se chegar a conclusões mais restritas do que as premissas iniciais indicam. E com relação a técnica de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, por meio de documentação indireta, isto é, por intermédio de livros, artigos científicos, teses e dissertações, e legislação, bem como ferramentas utilizadas pelos órgãos e entidades para o controle de licitações e contratos públicos.

A investigação parte de três objetivos específicos: primeiro, analisar o controle e empoderamento social sob a ótica do direito social condensado de Gurvitch e do direito à informação; segundo, examinar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas para o controle e publicização de licitações e contratos na esfera local; terceiro, comparar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas e identificar possíveis modelos que

permitam aprimorar o Portal Nacional de Contratações Públicas, tendo em vista que este seja utilizado como uma ferramenta auxiliar do controle social e para a boa gestão pública.

1 EMPODERAMENTO E CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO LOCAL: PERSPECTIVAS DO DIREITO SOCIAL CONDENSADO DE GURVITCH E DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Com a evolução do Estado que se transformou em Estado Democrático de Direito, este passou a dirigir suas ações para além do bem-estar do cidadão, visto que passou a possibilitar que este participe das decisões do Estado. Desse modo, Martins Junior (2010) explana que a participação popular no controle e na gestão da Administração é um dos princípios fundamentais do modelo de Estado Democrático de Direito, além de ser o traço distintivo entre este modelo e o Estado de Direito Social, em razão da diminuição da distância entre a sociedade e o Estado.

Desta forma, é que se destaca o empoderamento social[4] e local, que auxilia no controle da Administração, fortalecendo as comunidades e os municípios para fiscalizar, monitorar e influenciar nas ações públicas. Os municípios vêm adquirindo um maior destaque na vida social e política das pessoas, sendo que é por meio do poder local que ocorre a influência direta na vida dos cidadãos, ao ordenar o sistema produtivo, a circulação de mercadorias e de pessoas, bem como no desenvolvimento das circunstâncias sociais e econômicas. Por essa razão é que os entes locais se mostram como um campo favorável para a atuação política e econômica em favor das pessoas humanas, para aquelas que tenham interesse na participação das escolhas públicas que afetem a sua vida no cotidiano. (Lesbaupin, 2011).

Além disso, acentua-se que as mudanças relativas ao conceito de cidadania e desenvolvimento têm influenciado na valorização do poder local, isto é, o empoderamento do poder local pode ser uma resposta eficaz para solucionar as demandas que são específicas para cada região, visto que a democratização das decisões se torna necessária para que seja possível concretizar às necessidades dos cidadãos. De tal maneira, os mecanismos são utilizados pelos entes locais como meios de participação e planejamento comunitário, garantindo que sejam eficientes nas reais demandas dos cidadãos. Portanto, por meio do empoderamento do espaço local é favorecida a comunicação e o controle social, centralizando expressamente no cidadão, estimulando a participação da comunidade e a fiscalização das decisões públicas. (Dowbor, 2016).

O empoderamento social local, para se concretizar envolve uma série de elementos práticos, os quais podem ser agrupados em seis, tais como: 1) participação cidadã; 2) acesso à informação; 3) transparência; 4) capacitação; 5) monitoramento e controle; e 6) parcerias entre governo e sociedade civil. Nesse contexto, a participação cidadã é um elemento essencial para o fortalecimento da democracia e para a construção de políticas públicas mais representativas e eficazes. O envolvimento ativo dos membros da comunidade nos processos decisórios cotidianos permite que as demandas sociais sejam identificadas e incorporadas de forma mais legítima na agenda

[4] Importante observar que o controle social desempenha um papel fundamental nesse processo, visto que envolve a capacidade das pessoas influenciarem e auxiliarem nas políticas, práticas e recursos disponíveis para atender ao interesse público nas comunidades.

governamental. Esse engajamento pode ocorrer por meio de mecanismos institucionais, como consultas públicas, conselhos e comitês de políticas setoriais, audiências públicas e reuniões comunitárias.

O acesso à informação constitui um direito fundamental e um instrumento indispensável para que a sociedade possa exercer o controle sobre a Administração Pública. A disponibilização clara, objetiva e acessível de dados sobre políticas públicas, orçamento, programas governamentais e processos decisórios possibilita que os cidadãos compreendam a realidade da gestão pública e avaliem se suas ações estão sendo conduzidas de maneira adequada. Para que esse direito seja efetivado, é necessário que os órgãos públicos adotem práticas de transparência ativa, disponibilizando informações de forma proativa, e também assegurem canais eficientes para que a sociedade possa solicitar dados de interesse público.

A transparência administrativa é um princípio fundamental para garantir a legitimidade e a eficiência da gestão pública. A divulgação clara e acessível de informações sobre atos administrativos, contratos, licitações e execução orçamentária é essencial para prevenir práticas de corrupção, assegurar a responsabilidade dos gestores e fomentar o controle social. Essa transparência deve ser operacionalizada por meio da disponibilização sistemática de relatórios, dados e documentos públicos, utilizando plataformas digitais e demais meios que facilitem o acesso da população.

A capacitação da sociedade para o exercício do controle social é um fator determinante para a qualificação da participação cidadã. O desenvolvimento de habilidades e conhecimentos sobre processos administrativos, orçamentários e de fiscalização permite que os cidadãos interajam de forma mais qualificada com o poder público, fortalecendo sua atuação nos espaços de deliberação e monitoramento das políticas públicas. Para isso, é essencial a implementação de treinamentos, workshops, formação de lideranças e programas educacionais que ampliem a compreensão sobre os mecanismos de governança e as ferramentas disponíveis para o acompanhamento das ações governamentais.

O monitoramento e o controle das ações governamentais são elementos centrais para a *accountability* e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A sociedade exerce um papel essencial na fiscalização da Administração Pública, identificando possíveis irregularidades, ineficiências ou desvios na aplicação dos recursos públicos. Para que esse acompanhamento seja efetivo, é imprescindível garantir o acesso a mecanismos que permitam a verificação da conformidade das ações governamentais com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência.

Nesse contexto, o controle social envolve não apenas a transparência dos atos administrativos, mas também a avaliação do impacto das políticas públicas e a exigência de prestação de contas por parte dos gestores. Essa dinâmica assegura que a Administração Pública atue em sintonia com os interesses coletivos.

Por fim, as parcerias entre governo e sociedade civil é um fator determinante para a ampliação da governança participativa e para a consolidação de um modelo de gestão pública mais democrático e responsivo. As parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil possibilitam o desenvolvimento conjunto de políticas públicas, a implementação de iniciativas voltadas ao fortalecimento do controle social e a

realização de atividades de monitoramento e avaliação dos programas governamentais.

Desse modo, o empoderamento social e local no controle da Administração Pública visa promover uma gestão mais responsável, eficiente e voltada para as necessidades reais da população, ou seja, superando as desigualdades, promovendo a participação inclusiva e fortalecendo as capacidades das comunidades para lidar com questões de interesse público. De tal forma, tende a contribuir para a construção de uma gestão pública mais transparente, participativa e responsiva, que assegure os direitos dos cidadãos e promova o bem-estar social, assim como visa transformar as relações de poder, possibilitando que as pessoas influenciem nas decisões e promovendo uma governança mais democrática e participativa.

Importante, ainda, conceituar que a participação social se trata de canais institucionais de participação na gestão governamental, onde haja a presença de novos sujeitos coletivos nos processos decisórios, contudo, embora a participação social seja inseparável da ideia de controle social, elas não possuem o mesmo sentido, tendo em vista que existem elementos importantes que as distingue, sendo o momento da tomada de decisão o principal ponto de distinção (Bitencourt; Reck, 2016). Destaca-se, portanto, que a participação popular ocorre no processo decisório da Administração Pública, interagindo com a esfera pública; o controle social, por sua vez, acompanha esse processo a fim de observar se as decisões tomadas seguem o fluxo e se foram concretizadas pela Administração conforme exigido por lei.

Embora todo controle pressuponha participação social, nem toda participação pode ser considerada uma forma de controle social. A transparência é um elemento fundamental para ambos os processos (Bitencourt; Reck, 2016). O controle social distingue-se da participação popular por ocorrer de maneira antecipada ou concomitante à formulação de atos administrativos, assumindo um caráter político voltado à criação e fiscalização de normas jurídicas. Ele se manifesta, primeiramente, na análise da compatibilidade das normas administrativas com regras de hierarquia superior e, posteriormente, na fiscalização da implementação dessas normas em casos concretos (Siraque, 2004).

O controle social é compreendido como uma série de intervenções, sejam negativas ou positivas, iniciadas por uma sociedade ou grupo social para induzir os próprios membros a estarem em conformidade com as normas que os caracterizam, e para prevenir e dissuadir aqueles que se comportam de forma que violam as normas. O controle social pode ser entendido como uma forma de restrição das ações individuais na sociedade, em que cada grupo social e sociedade adota o mecanismo de controle social que melhor satisfaça e garanta o consenso de convivência harmônica. (Mileski, 2003). Portanto, o controle social possui como aspecto principal a verificação da conformidade do agir público pelos cidadãos, isso é, mediante o exame da adequação a padrões e diretrizes pré-definidas. (Santos, 2017, p. 335).

Medauar (2020, p. 170) reitera que:

> [...] no âmbito do controle social, atuações do cidadão, isolado ou mediante associações, referentes a decisões já tomadas e a decisões em vias de adoção,

> com o intuito de verificar ou provocar a verificação da sua legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, conveniência e oportunidade ou de quaisquer aspetos de todas as atuações da Administração Pública. Nesta se o controle social se refere a verificações realizadas diretamente pelas pessoas físicas ou por associações da sociedade civil, com o intuito de analisar e examinar atuações administrativas já ocorridas ou que irão ocorrer, estas com base em propostas, projetos, programas, medidas que a Administração pretende adotar. Os mecanismos de controle social permitem, por si, que a Administração corrija ou evite inadequações nos seus atos ou omissões, e também suscitam a atuação dos órgãos de controle.

O controle social sobre as decisões públicas, partindo da esfera local de governo, tende a inovar em relação aos mecanismos tradicionais de participação e controle social, sendo importante observar que a descentralização do poder é justificada por uma série de motivações, dentre elas está o papel mobilizador da Administração local, o qual estimula as forças sociais para que ocorra uma participação conjunta na Administração, impulsionado os atores sociais na tentativa de buscar soluções para problemas relacionados ao desenvolvimento, incentivando a forma participativa. A participação social na esfera local pode propiciar maneiras de solucionar os problemas de modo mais satisfatório a curto, médio e longo prazo, intensificando os recursos existentes e determinando as potencialidades locais, trazendo possíveis vantagens para a economia municipal. (Dowbor, 2016).

Nesse sentido, o poder local, aliado ao seu desenvolvimento, deve prezar pela participação social, visto que o processo de tomada de decisões necessita ser democratizado, e isso se dá por meio da aproximação da população e com uma profunda revisão da hierarquia das competências (Dowbor, 2016). De tal modo, é na esfera local que pode ser potencializada a ideia de pertencimento, participação ativa da sociedade e de responsabilidade social, impulsionando com isso o processo decisório em razão da sua proximidade, gerando benefícios inúmeros. Ademais, todas as estratégias do poder local que são bem-sucedidas têm como base maior abertura dos processos decisórios para a população. (Hermany, 2007).

Assim, uma Administração Pública eficaz, participativa e democrática é uma exigência intrínseca ao Estado de Direito, nesse sentido, Dromi (2005, p. 44) aborda que:

> "El control público no estatal procura, desde diversos ángulos, instaurar o reforzar la vigencia del Estado de Derecho, desde dentro del sistema, y acogiéndose a sus reglas. Su finalidad es política desde una perspectiva mediata en la medida que pretende la mejora en la calidad de vida de la sociedad política, pero no porque sea su objeto primario el gobierno del Estado".[5]

[5] Tradução livre: O controle público não estatal procura, de diferentes ângulos, estabelecer ou reforçar a validade do Estado de Direito, de dentro do sistema, e fixar as suas regras. Sua finalidade é política, numa perspectiva de médio prazo, na medida em que visa melhorar a qualidade de vida da sociedade política, mas não porque seu objetivo principal é o governo do Estado.

Cabe ressaltar, ainda, que para alcançar a participação/controle social é necessário mudar a percepção da sociedade sobre o Estado como paternalista e assistencialista. (Hermany; Juruena, 2015). Essa mudança na estrutura da Administração Pública, portanto, visa torná-la mais aberta ao controle social – a participação pública –, permitindo a articulação com a categoria de direito social condensado na estrutura democrática. (Hermany, 2012). Nesse sentido, vem ao encontro disso, a teoria do direito social de Gurvitch que é capaz de construir uma proposta que permita uma relação nova e qualificada relação entre o Estado e a sociedade, (re)definindo o processo de legitimação do espaço público estatal. (Hermany, 2007).

O direito social condensado visa, assim, propor avanços no controle social que aproximem o Estado e os cidadãos, ou seja, de acordo com Gurvitch, a teoria do direito do direito social reforça e amplia o papel da sociedade para regular e controlar as decisões de interesse público, e também como ferramenta de controle da corrupção. Logo, a teoria envolve o direito social e seus pressupostos teóricos são fundamentados em decorrência da viabilidade de compatibilização da ideia de um controle social das decisões públicas, sem, no entanto, superar a estrutura político-administrativa estabelecida, mas, sim, dando um novo enfoque ao uso do poder estatal, integrando-o a uma pluralidade jurídica.

Borges (1993) destaca que como instrumentos que impulsionam a indispensável ação dos poderes, a Constituição legitimou, de diversas formas, e perante aos três Poderes, o controle social. Desta forma, a Constituição fez previsão no artigo 14[6] do controle popular e formas de participação direta e indireta dos cidadãos, sendo que tal dispositivo assegura a possibilidade de a sociedade auxiliar na elaboração legislativa com o auxílio de ferramentas de democracia participativa – administrativa. Além disso, ao prever o controle interno a ser exercido no Poder Executivo local – amparado no princípio da autotutela –, a Constituição Federal versa sobre o controle social no âmbito municipal e o controle externo, exercido pelo Câmara de Vereadores, auxiliada pelo Tribunal de Contas Estadual ou Municipal.

Assim, o controle social, aliado do controle oficial, por ser exercido pelos cidadãos está ligado à participação e à transparência, por serem fatores importantes e impulsionadores do controle da sociedade sobre a gestão pública, ou seja, a transparência e a participação popular na gestão fiscal, desta maneira, são formadas com base no *accountability*, tendo o dever de servir para que seja realizado o controle de resultados e para se adequarem os meios utilizados para o cumprimento da política fiscal. (Mileski, 2003; Lima, 2015).

Destaca-se, de tal modo, os principais mecanismos e instrumentos legais – constitucionais e infraconstitucionais – para o exercício do controle social:

Tabela 1: principais mecanismos e instrumentos legais – constitucionais e infraconstitucionais – para o exercício do controle social

Constitucionais	Infraconstitucionais

[6] Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Art. 5º, XXXVIV, "a": defesa contra ilegalidade ou abuso de poder;	Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000:
Art. 5º, XXXVIV, "b": direito a certidões;	Art. 48: instrumentos de transparência, ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de acesso público - PPA, LDO, LOA, prestação de contas, parecer prévio, RREO, RGF, e versões simplificadas;
Art. 5º, LXX: mandado de segurança coletivo;	Art. 48, §1º, I: incentivo à participação popular e audiências públicas na elaboração dos orçamentos públicos;
Art. 5º, LXXII: habeas data;	Art. 49: ampliou os art. 31, §3º;
Art. 10: participação de trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos para definir interesses profissionais e previdenciários;	Lei nº 10.257, art. 43: impôs regra do orçamento participativo no âmbito municipal, entre outros.
Art. 14, I, II e III: plebiscito, referendo e a iniciativa popular;	
Art. 31, §3º: exame e apreciação das contas municipais;	
Art. 74, §2º: denúncia ao Tribunal de Contas;	
Art. 103, IX: propositura de ADI por sindicato ou entidade de classe;	
Art. 206, VI: gestão democrática do ensino público, entre tantos outros.	

Fonte: elaboração própria.

Na tabela 1 observa-se que a Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de controle social, permitindo que qualquer cidadão, associação, partido político ou sindicato denuncie suspeitas de irregularidades ou ilegalidades aos órgãos de controle externo (art. 74, §2°). Além disso, a legislação infraconstitucional prevê instrumentos específicos para viabilizar esse controle. A Lei nº 8.666/1993[7], por exemplo, assegurava ao cidadão o direito de impugnar licitações, prerrogativa que foi mantida na Lei nº 14.133/2021, reduzindo-se o prazo de protocolo de cinco para três dias úteis (art. 164[8]).

[7] Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

[8] Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do

Em razão do controle social estar relacionado com à transparência, por consequência passa a estar vinculado ao direito de informação, o qual a partir da leitura da Constituição apresenta um amadurecimento da democracia por meio da facilitação da propagação da informação. Desta maneira, a Constituição prevê o direito à informação nos artigos 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37. Cabe analisar que, para abordar o direito de informação na Constituição, o artigo 37 utiliza a terminologia "publicidade", ao passo que o artigo 5º recorre ao termo "direito à informação".

Importante observar que estão previstos e regulamentados em diversas leis infraconstitucionais, sendo as mais notáveis: 1) a Lei de Acesso à Informação – a LAI – Lei nº 12.527; e 2) a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – Lei Complementar 101. Nota-se que a LAI em conjunto com a LRF faz previsão das para a Administração Pública (Bitencout; Reck, 2016). A Lei de Acesso à Informação expandiu, de maneira considerável, as possibilidades de controle social ao fixar procedimentos para a garantia do acesso dos cidadãos às informações para que ocorra a participação ativa da sociedade na fiscalização, monitoramento e avaliação das ações do poder público, isto é, contribuindo e garantindo a transparência, a eficácia e a *accountability* (responsabilização), além de influenciar nas políticas públicas, promovendo uma maior democratização das decisões.

Ainda que existam diversos instrumentos normativos voltados ao controle social, sua efetividade está diretamente relacionada ao princípio da transparência. O acesso amplo às informações governamentais possibilita que a sociedade acompanhe a gestão dos recursos públicos, promovendo boas práticas de governança e coibindo desvios administrativos. Dessa forma, o controle social se fortalece quando há um modelo de gestão pública compartilhada entre o Estado e a sociedade, garantindo participação democrática e incentivando a ética e a integridade na Administração.

Mais do que um direito, o controle social representa um mecanismo de empoderamento dos cidadãos e de fortalecimento da democracia. Sua efetividade, no entanto, depende de sua articulação com o controle oficial exercido pelos órgãos competentes, que devem validar e conferir consequência às constatações feitas pela sociedade. Assim, o controle social se consolida como um aliado do controle institucional, colaborando para uma gestão pública mais eficiente, transparente e voltada ao interesse coletivo, com base nestas premissas é que se inicia, no próximo tópico, a análise dos sistemas existentes para o controle de licitações e contratos públicos disponibilizados pelos Tribunais de Contas.

2 SISTEMAS DE CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Com o intuito de se manter e confirmar o Estado Democrático de Direito, os cidadãos são o centro das atenções do Estado, além de serem o elemento principal que influencia nas políticas públicas, bem como exigem uma capacidade de resposta imediata às expectativas de atendimento para suas necessidades. Para isso, o Estado deve ser mais eficiente e ágil no exercício de suas funções, na tentativa de atender de melhor forma às necessidades das pessoas, assim como os sistemas de controle devem

certame. Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

ser mais eficazes e imediatos na fiscalização, buscando o acompanhamento das ações do Estado e realizando o procedimento de avaliação que lhe é atribuído pela Constituição. (Mileski, 2003).

Assim, é dever da Administração licitar e publicar as informações relacionadas às licitações e contratos administrativos, cumprindo a regra/princípio da transparência e acesso à informação. Nesse sentido, em razão de que os Tribunais de Contas possuem função, precípua, de auxiliar o Poder Legislativo no controle da Administração, em que emitem apontamentos, relatórios e orientações aos gestores públicos, tendo em vista a efetividade e eficiência nos serviços prestados, sendo que para tanto, algumas Cortes de Contas desenvolveram sistemas/ferramentas para auxiliar na fiscalização e controle das ações e na análise dos atos executados.

Os Tribunais de Contas desempenham um papel essencial na fiscalização e controle das licitações e contratos administrativos, assegurando a legalidade, a transparência e a eficiência na aplicação dos recursos públicos. Para cumprir essa função, utilizam um conjunto de mecanismos que possibilitam o monitoramento contínuo e a correção de eventuais irregularidades nos processos licitatórios e na execução contratual. Entre esses mecanismos, destacam-se: 1) análise prévia de editais; 2) realização de auditorias; 3) julgamento das contas; 4) instauração de tomadas de contas especiais; 5) comunicação de irregularidades a órgãos competentes; e 6) emissão de orientações e recomendações aos gestores públicos.

A análise prévia de editais consiste na verificação do cumprimento das normas legais e da conformidade dos instrumentos convocatórios com os princípios da Administração Pública. Esse exame tem como objetivo evitar a inclusão de cláusulas que possam restringir indevidamente a competitividade, garantir a igualdade de condições entre os participantes e assegurar a transparência do processo licitatório. Ao revisar os editais, os Tribunais de Contas buscam minimizar riscos de direcionamento, aprimorar a governança das contratações públicas e fortalecer o controle preventivo sobre possíveis irregularidades.

As auditorias em licitações e contratos representam outro instrumento fundamental na fiscalização da Administração Pública. Essas auditorias, realizadas em contratos já celebrados, têm como foco a verificação da regularidade dos procedimentos adotados, a conformidade com os princípios administrativos e a efetiva entrega dos bens, serviços ou obras contratadas. Esse acompanhamento detalhado permite identificar falhas na execução contratual, apontar desvios na aplicação dos recursos e propor medidas corretivas que assegurem a eficiência e a economicidade das contratações públicas.

O julgamento das contas pelos Tribunais de Contas é um procedimento essencial para garantir a *accountability* na gestão pública. Nesse processo, são analisados os atos praticados ao longo das fases licitatórias e da execução dos contratos, verificando-se a observância das normas e princípios aplicáveis. Como resultado dessa análise, os Tribunais podem emitir recomendações, determinar correções, aplicar sanções e adotar outras providências cabíveis para resguardar o interesse público e promover a integridade das contratações governamentais.

Nos casos em que são identificadas possíveis irregularidades graves, os Tribunais de Contas podem instaurar tomadas de contas especiais. Esse mecanismo tem o propósito de apurar responsabilidades, quantificar os danos ao erário e determinar a devolução dos valores indevidamente utilizados. A adoção dessa medida visa reparar prejuízos causados ao patrimônio público e responsabilizar agentes públicos e privados que tenham contribuído para eventuais desvios de recursos.

Além disso, os Tribunais de Contas possuem competência para comunicar e encaminhar informações sobre irregularidades a órgãos como o Ministério Público e demais autoridades competentes. Essa remessa de informações permite a instauração de investigações e ações judiciais voltadas à responsabilização de agentes públicos e privados envolvidos em práticas ilícitas relacionadas a licitações e contratos. Dessa forma, reforça-se a articulação entre as instituições de controle e os mecanismos de persecução judicial, ampliando a efetividade do combate à corrupção e ao mau uso dos recursos públicos.

A emissão de orientações e recomendações aos gestores públicos desempenha um papel fundamental na qualificação das contratações públicas. Por meio dessas diretrizes, busca-se promover boas práticas, assegurar o cumprimento das normas vigentes e aprimorar a eficiência dos processos administrativos.

As recomendações dos Tribunais de Contas abrangem aspectos diversos, incluindo a estruturação dos processos licitatórios, a definição de critérios para seleção e fiscalização de contratos, além da adoção de medidas que ampliem a transparência e a eficiência na utilização dos recursos públicos. Dessa forma, essas instituições desempenham um papel estratégico no aperfeiçoamento da gestão pública, combinando ações preventivas, fiscalizatórias e corretivas para garantir contratações governamentais íntegras, eficazes e alinhadas ao interesse coletivo.

Nesse contexto, destaca-se a necessidade de que os órgãos de controle adotem sistemas eficazes de monitoramento e acompanhamento das contratações públicas. A implementação de mecanismos que viabilizem a identificação precoce de falhas e a sua imediata correção é essencial para prevenir prejuízos ao interesse público decorrentes de irregularidades ou ilegalidades administrativas.

Assim, torna-se imperativo o aprimoramento contínuo dos Tribunais de Contas, especialmente no que se refere aos procedimentos técnicos empregados na fiscalização. A modernização das práticas de controle e o desenvolvimento de instrumentos inovadores não apenas fortalecem a atuação dessas instituições, mas também contribuem para a construção de uma cultura cidadã mais participativa no acompanhamento da gestão pública.

Dentre os Tribunais de Contas, foi o desenvolvido e implementado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS um sistema/mecanismo de fiscalização, ou seja, foram adotados diversos procedimentos modernizados para um melhor desenvolvimento e aplicação do sistema de fiscalização, buscando efetivar um maior controle das licitações e contratos administrativos dos Poderes, entidades e órgãos jurisdicionados.

Tabela 2: Legislação referente ao LicitaCon criado e implementado pelo TCE-RS

Resolução	Data	Ementa
Resolução nº 1050/2015	Em vigor a partir de 13 de novembro de 2015	Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos - LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do TCE-RS.
Resolução nº 1073/2017	Em vigor a partir de 18 de maio de 2017	Altera o inciso II do artigo 5º da Resolução nº 1050, de 04 de novembro de 2015, que dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos - LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do TCE-RS.
Instrução Normativa nº 13/2022[9]	Em vigor a partir de 15 de dezembro de 2022	Dispõe sobre critérios para elaboração dos relatórios gerados de forma eletrônica e automática pelo Programa Autenticador de Dados - PAD, a partir do Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas - SIAPC, bem como as informações acessórias imprescindíveis para a sua geração e a forma de publicação das informações do Relatório Resumido da Execução Orçamentária - RREO e do Relatório de Gestão Fiscal - RGF para fins do exercício da fiscalização que compete ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000.

Fonte: elaboração própria.

O artigo 2º da Resolução 1050/2015 prevê que o LicitaCon[10] é um sistema informatizado que se destina ao envio de dados, informações e documentos que sejam relativos às licitações e contratos administrativos, sendo possível a pesquisa de todas as fases dentro da mesma base de dados, propiciando exercício efetivo e simultâneo do controle externo e de disponibilização de informações para a sociedade[11]. Com relação a necessidade da criação do sistema, o órgão de contas no preâmbulo da Resolução destaca que os artigos 70 e 71, parágrafos 2º, 3º e 5º, da Constituição Estadual explicitam as competências do TCE-RS, sendo que os referidos artigos lhe atribuem amplos

[9] Importante destacar que a referida instrução normativa (IN) passou a estar vigente a partir de 12 de dezembro de 2017 sob o n° 13/2017, a qual foi revogada pela IN 18/2021, que também posteriormente foi revogada pela IN vigente (13/2022).

[10] Destaca-se que a criação do sistema LicitaCon é fruto gerado através dos objetivos fixados no Protocolo de Intenções, o qual restou acordado pelo Instituto Rui Barbosa (IRB), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e TCE-RS, no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Logo, tal sistema colabora para a ação sistêmica e integrada dos órgãos de controle que visam prevenir e reprimir a ocorrência de fraudes em procedimentos licitatórios.

[11] O artigo 5º, inciso I da Resolução fez previsão de que os municípios poderiam utilizar o LicitaCon a partir de 1º de dezembro de 2015, tornando sua instalação e execução obrigatórios para o envio de dados, informações e documentos, conforme previsto no artigo 5º, inciso II da Resolução, a partir de 02 de maio de 2016. Já no estado-membro o LicitaCon passaria a ser utilizado a partir de 1º de dezembro de 2016, mas se tornaria obrigatório seu emprego para o envio de dados, informações e documentos, conforme previsto no artigo 2º da Resolução, a partir de 02 de janeiro de 2018.

poderes de investigação, requisição e exame de todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições.

Além disso, os referidos artigos vedam a sonegação de informações em razão do sigilo, visto que tais dispositivos consideram o que está previsto: no artigo 44 da Lei nº 11.424, de 6 de janeiro de 2000 – Lei Orgânica do tribunal de contas do Estado; e na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação, em que o desenvolvimento da cultura de transparência na Administração deve atuar como diretriz que assegure o exercício do direito fundamental de acesso à informação, bem como considera a necessidade de serem desenvolvidas rotinas de fiscalização específicas para que haja o controle de licitações e contratos administrativos.

O sistema LicitaCon representa um avanço no monitoramento das contratações públicas, permitindo uma atuação mais tempestiva da fiscalização. Ao ampliar a publicidade de dados, documentos e informações sobre licitações e contratos administrativos, ele fortalece a transparência e o controle social. Além disso, a ferramenta contribui para o planejamento de auditorias, possibilitando a identificação e a correção precoce de inconformidades que poderiam resultar em prejuízos ao erário.

Ademais, o referido sistema possibilita a formulação de planos operativos de auditoria no TCE-RS, além de que ao longo do tempo tem como escopo a organização de um banco de dados que possibilite a análise e respectiva identificação de sobrepreço e de quaisquer outras práticas que sejam prejudiciais à concorrência, como a exemplo: formação de cartéis e conluio, assim como visa fomentar o controle social mediante a disponibilização dos dados no sistema LicitaCon Cidadão.

Para garantir sua efetividade, a Resolução nº 1050/2015 estabelece penalidades para o descumprimento das regras de transparência. Divergências entre os dados enviados pelos entes públicos e aqueles registrados no sistema podem acarretar a aplicação de multas e impactar a análise das contas dos responsáveis. A Resolução também determina o cruzamento automático das informações do LicitaCon Cidadão com os dados do Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas (SIAPC), fortalecendo a coerência dos registros e aprimorando a fiscalização.

O LicitaCon se destaca ainda por seu caráter acessível, permitindo que qualquer cidadão consulte, pela internet, informações sobre licitações e contratos. A plataforma disponibiliza dados de processos em andamento, licitações encerradas e contratos vigentes, consolidando-se como uma ferramenta essencial tanto para o controle externo quanto para o controle social.

Desta forma, cabe ressaltar que foi realizada uma pesquisa empírica nos outros 32 Tribunais de Contas brasileiro, com o intuito de verificar a existência de ferramentas de controle de licitações e contratos. Assim, foram identificados 16 sistemas: sendo 3 no portal de TCM (Pará, Bahia e São Paulo) e outros 12 no portal de TCEs (Acre, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins).

Os documentos disponibilizados pelos Tribunais de Contas podem ser agrupados em oito categorias, refletindo diferentes níveis de transparência e acesso à informação. Dentre essas categorias, cinco estão presentes em tribunais distintos, evidenciando variações na disponibilização de dados sobre licitações e contratos públicos, assim: 1)

TCE-AC: edital e seus anexos, coletas de preços, autorização do ordenador de despesas, parecer jurídico, homologação, contrato, dentre outros; 2) TCE-PR: fornece apenas dados referentes aos processos licitatórios, não disponibiliza nenhum documento (incluindo o edital, sendo indicado no site a necessidade de obtê-lo junto ao ente); 3) TCE-CE: Edital e seus anexos, coletas de preços, homologação, dentre outros. Contudo, não disponibiliza os documentos referentes aos contratos para acompanhamento; 4) TCE-RJ: disponibiliza apenas o edital; 5) TCE-SC: são apresentados dados e documentos básicos dos processos licitatórios, das publicações, das cotações de preços, dos participantes vencedores, além de informações sobre os contratos.

A sistematização dessas categorias demonstra que há diferenças significativas no nível de transparência adotado pelos tribunais. Essas variações impactam diretamente o exercício do controle social, reforçando a necessidade de maior padronização e ampliação do acesso às informações sobre licitações e contratos públicos. Conforme verifica-se na tabela 3:

Tabela 3: Categoria 1, 2, 3, 4 e 5.

Categoria	Tribunal de Contas	Mecanismo	Descrição
1	TCE Acre	**Portal das Licitações do TCE-AC (LICON)** Resolução 097/2015, o sistema entrou em operação oficialmente em 01/10/2015.	Tem como objeto o acompanhamento tempestivo dos processos licitatórios (abertos, suspensos e concluídos) e de contratação dos seus fiscalizados, visando o aprimoramento da transparência na Administração, por meio da coleta de documentos essenciais ao certame.
2	TCE Paraná	**Mural de Licitações** Instrução Normativa 37/ 2009, 19/11/2009.	Trata-se de um sistema de tramitação de processos e documentos do TCE-PB, sendo que é possível consultar as licitações realizadas e previstas, bem como na aba "listagem de documentos" tem-se acesso a todos os dados e documentos referentes a contratações.
3	TCE Ceará	**Portal de Licitação do TCE-CE** Instrução Normativa 01/2011, 15/12/2011, e Instrução Normativa 04/2015, 19/11/2015.[12]	Disponibilizar e acompanhar tempestivamente os processos licitatórios e de contratação dos fiscalizados.
4	TCE Rio de Janeiro	**Consulta de Editais (SIGFIS)** Deliberação 312, 06/05/2020.	O módulo do SIGFIS (Editais) visa a formalização de um banco de dados que contemple informações de todas as licitações públicas realizadas pelos órgãos e entidades fiscalizadas.
5	TCE Santa Catarina	**Farol TCE-SC (acessar o botão "Licitações")**	Oportuniza o acompanhamento dos contratos em vigor e as oportunidades para participar de processos licitatórios, a ferramenta proporciona maior facilidade para localizar as informações,

[12] Destaca-se que o mecanismo, inicialmente, foi criado e implementado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM-CE), contudo, a partir 21 de julho de 2017 com a extinção e transferência de suas atribuições ao TCE-CE, esse seguiu disponibilizando a ferramenta.

		Instrução Normativa 28/2021, 08/03/2021.	com visualização gráfica e dinâmica, e a possibilidade de usar diversos filtros e assim refinar a busca e traçar comparativos, além da atualização diária dos dados de diversos painéis. O botão "licitações" dispõem de quatro painéis: Cotações (painel de preços), Oportunidades, Licitações (em andamento e finalizadas) e Obras. No espaço destinado a "Cotações", é possível obter informações detalhadas sobre valores e quantidades de itens adquiridos por meio de licitações. Já no painel "Licitações", informações sobre licitações e contratos. Os dados são atualizados diariamente a cada 3 horas, com base nas informações dos editais encaminhados.

Fonte: elaboração própria.

A categoria 6 abarca 4 Cortes de Contas, sendo os TCEs MA, MT e PB, bem como o TCM-SP, sendo disponibilizado edital e seus anexos, coletas de preços, homologação, contrato, dentre outros. Já a categoria 7 abrange 2 órgãos de contas, sendo o TCE-SE e TCM-BA, em que são fornecidos dados referentes a modalidade, ao objeto e data de publicação do edital de licitações, assim permite o download do referido documento, mas não disponibiliza mais nenhuma informação ou documentos referentes às licitações e contratos. De acordo com a descrição da Tabela 4:

Tabela 4: Categorias 6 e 7.

Categoria	Tribunal de Contas	Mecanismo	Descrição
6	TCE Maranhão	**Portal do Controle Social TCE-MA (SINC-CONTRATA - contratações públicas)** Instrução Normativa 73 TCE/MA, de 30/09/2022, que substituiu o Sistema de Acompanhamento Eletrônico de Contratações Públicas (Sacop).	O Módulo de Contratações Públicas do Sistema de Informações para Controle (SINC-Contrata) é destinado ao recebimento de dados referentes aos procedimentos licitatórios e contratos administrativos realizados pelos órgãos e entidades públicos sujeitos à fiscalização pelo TCEMA.
	TCE Mato Grosso	**Radar de Controle Público - radar compras públicas e radar licitações TCE-MT** Resolução 21/2022, de 08/11/ 2022.	O Sistema Radar de Controle Público é uma solução de tecnologia institucional que tem por objetivo maximizar e transparência informacional da gestão pública, de forma a instrumentalizar o exercício dos controles interno, externo e social, eis que proporciona maior facilidade para localizar as informações, com visualização gráfica e dinâmica, e a possibilidade de usar diversos filtros e comparativos. No radar das compras públicas é possível estimar o valor unitário de bens e

			serviços, facilitando a pesquisa de preço. Já no radar de licitações estão disponíveis os dados e documentos relacionados a elas.
	TCE Paraíba	**TCE-PB Tramita - Mural de licitações** Resolução Normativa 08/2013 do TCE-PB, de 13/11/2013.	É um sistema de tramitação de processos e documentos do TCE-PB, sendo que é possível consultar as licitações realizadas e previstas, bem como na aba "listagem de documentos" tem-se acesso a todos os dados e documentos referentes a contratações e licitações
	TCM São Paulo (para o município de SP)	**Informações de Relevante Interesse Social (IRIS) - utilizar a funcionalidade "Licitações"** Sistema lançado em 24/05/2018.	O sistema fornece o passo a passo de todas as licitações realizadas e todos os contratos gerados a partir delas.
7	TCE Sergipe	**SAGRES - Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade - Editais de Licitações dos Municípios Sergipanos** Resolução n° 11, de 17 de maio de 2018.	O sistema SAGRES disponibiliza os editais de licitações.
	TCM Bahia (para os municípios do Estado)	**Licitações Municipais** Resolução n° 1431/2021, de 25/11/2021.	O sistema disponibiliza os editais de licitações para controle prévio.

Fonte: elaboração própria.

Por fim, a categoria 8 abrange 3 TCEs PI, RR e TO, e 1 TCM-PA, sendo que nestes órgãos são disponibilizados nos sistemas: Edital e seus anexos, coletas de preços, autorização do ordenador de despesas, parecer jurídico, homologação, contrato, aditivos, dentre outros. Desta forma, verifica-se a Tabela 5:

Tabela 5: Categoria 8.

Categoria	Tribunal de Contas	Mecanismo	Descrição
8	TCE Piauí	**Mural de Licitações e Mural de Contratos** Instrução Normativa 06/2017, de 16/10/2017.	Disponibiliza informações relativas a licitações, adesões a sistemas de registro de preços, procedimentos administrativos de dispensa ou inexigibilidade e dos respectivos contratos administrativos ou outros instrumentos hábeis assemelhados, inclusive se relativos a obras e serviços de engenharia.

	TCE Roraima	**Sistema Informatizado de Acompanhamento das Licitações e Contratos – SAGRES** Instrução Normativa 002/2016, de 18/05/2016.	O Sagres-Licitações e Contratos é um módulo que tem por objetivo reunir informações acerca de licitações e contratos das Unidades fiscalizadas do TCE-RR, visando otimizar recursos e melhorar o processo de fiscalização das aquisições públicas de bens, serviços e obras no âmbito do Estado e Municípios. Ele visa, ainda, fomentar o controle social, dando publicidade destas informações à população por intermédio do Portal do TCE, além de oferecer uma ferramenta capaz de auxiliar o gerenciamento das licitações, dispensas e inexigibilidades por parte dos fiscalizados.
	TCE Tocantins	**SICAP - Módulo Público de Licitações e Obras (SICAP-LCO)** Instrução Normativa 3/2017, de 20/09/2017.	Ferramenta que visa promover a geração de dados de licitações, contratos, obras e informações gerenciais, tendo em vista propiciar maior efetividade nas ações de fiscalização.
	TCM Pará (para os municípios do Estado)	**Mural de Licitações do TCM-PA** Instrução Normativa 22/2021, de 10/12/2021.	O sistema tem como objetivo disponibilizar a remessa eletrônica dos procedimentos licitatórios, dispensas e inexigibilidades, contratos e instrumentos decorrentes.

Fonte: elaboração própria.

A análise dos sistemas de controle de licitações e contratos desenvolvidos pelos Tribunais de Contas demonstra que essas ferramentas podem ampliar o controle social e facilitar o acompanhamento dos processos pelos cidadãos. Um dos principais avanços observados é a ausência de exigência de cadastro prévio para acessar as informações, além da disponibilização dos contatos das Ouvidorias para denúncias de possíveis irregularidades ou falhas.

Entretanto, algumas limitações ainda comprometem a efetividade desse controle. No Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR), por exemplo, apenas os dados sobre licitações são disponibilizados, sem acesso aos documentos completos ou mesmo ao edital. De forma semelhante, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) permite a consulta apenas ao edital, restringindo o acesso a informações mais detalhadas. Essas barreiras dificultam a fiscalização pela sociedade e reduzem a transparência dos processos.

Por outro lado, diversas ferramentas desenvolvidas pelos Tribunais de Contas têm se mostrado eficazes no aperfeiçoamento das ações de controle e na garantia de uma atuação mais tempestiva dos órgãos fiscalizados. Destacam-se, nesse sentido, os sistemas que permitem o acompanhamento detalhado das licitações, desde o planejamento até a execução dos contratos, possibilitando o monitoramento em tempo real das etapas do processo.

Entre as soluções mais inovadoras, duas ferramentas merecem destaque. O Farol TCE-SC, acessado pelo botão "Licitações", oferece uma interface interativa que facilita a consulta de dados e documentos por meio de visualizações gráficas e filtros

personalizados. Já o Radar de Controle Público do TCE-MT permite a pesquisa detalhada de informações sobre compras e licitações, incluindo estimativas de preços de bens e serviços, contribuindo para a análise comparativa e a prevenção de sobrepreços.

Essas iniciativas demonstram o potencial das tecnologias desenvolvidas pelos Tribunais de Contas para fortalecer o controle social, promovendo maior transparência e eficiência na gestão dos recursos públicos. Contudo, a ampliação e padronização desses mecanismos ainda são desafios a serem enfrentados para garantir um acompanhamento mais efetivo por parte da sociedade.

3 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E PORTAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Cabe salientar que desde 2009 até o final de 2022 – mesmo após a promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos e da disponibilização, no segundo semestre de 2021, do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) – os Tribunais de Contas brasileiros já vinham criando e implementando ferramentas para controle de licitações e/ou contratos, eis que existem 16 mecanismos de busca em um total de 33 órgãos de contas brasileiros. Ainda, em pesquisa supramencionada destaca-se o papel importante destes meios de pesquisa para o fortalecimento e aprimoramento – junto com as Ouvidorias das Cortes – do controle social sobre esses gastos.

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no artigo 54 e estabelecido no artigo 174 da Lei nº 14.133/2021, foi criado com o objetivo de centralizar e integrar a divulgação de informações sobre licitações e contratos públicos. Sua finalidade é garantir que os dados relacionados às contratações realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública estejam acessíveis de forma ampla e transparente.

Segundo Nohara (2021, p. 552), o PNCP será gerido por um comitê de composição interfederativa, composto por representantes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Trata-se de um sítio eletrônico oficial, cuja função principal é consolidar, de forma centralizada e obrigatória, a publicação dos atos exigidos pela legislação, permitindo que os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário realizem suas contratações por meio dessa plataforma.

É importante ressalvar que sem prejuízo do disposto no artigo 174 da Lei 14.133, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações, desde que seja mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento, conforme previsto no artigo 175. Com relação aos pequenos municípios – considerados nessa Lei aqueles com população de até 20 mil habitantes – foi determinado um prazo maior de adaptação a determinados requisitos, isto é, terão o prazo de 6 anos, contados da data de publicação da lei, até 2027 para se adequarem.

De acordo com o federalismo e o princípio do autogoverno dos tribunais, os entes federativos ou órgãos de poder possuem a autorização para ter os seu próprio sítio oficial, bem como em razão do princípio da colaboração/cooperação federativa, é

recomendável que haja a contribuição para viabilizar a divulgação de informações nacionais, tendo em vista auxiliar na definição de política públicas que contribuam para assegurar a efetividade do dever constitucional imposto à União de redução das desigualdades regionais. Contudo, evidencia-se que a Lei 14.133 não fez previsão de sanções para o descumprimento da determinação para integração dos sítios e/ou para a omissão no dever de integrar-se ao PNCP. (Fernandes; Fernandes; Fernandes, 2021, p. 91-92).

Nohara (2021, p. 553) reitera que:

> [...] o PNCP foi engendrado para acoplar diversas funcionalidades, para além da divulgação dos atos oficiais – planos de contratação, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, aviso de contratação direta e editais de licitações, atas de registros de preços, contratos e termos aditivos, bem como as notas fiscais eletrônicas –, oferecendo o registro cadastral unificado, o painel de consulta de preços, o sistema de planejamento e gerenciamento de contratações; o acesso aos CEIS e ao CNEP, e, muito relevante na sociedade contemporânea, em que há a prática da avaliação e ranqueamento por notas de serviços e produtos fornecidos: a gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes ao contrato, sendo voltado também a registrar avaliações do seu cumprimento adequado, o que pode ser estruturador de um sistema de reputação dos fornecedores.

Além de servir como um repositório de informações sobre licitações e contratos, o PNCP desempenha diversas outras funções, conforme o §3º do artigo 174 da Lei nº 14.133/2021. Entre elas, destacam-se: o sistema de registro cadastral unificado; o painel para consulta de preços; o banco de preços em saúde; o acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; o sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluindo o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações (art. 88, §4º); o sistema eletrônico para realização de sessões públicas; o acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); além de um sistema de gestão compartilhada, permitindo que a sociedade acompanhe informações sobre a execução dos contratos.

Além disso, verifica-se que o PNCP no botão "Contratações" disponibiliza editais e avisos de contratações, atas de registros de preços e contratos, sendo possível realizar a filtragem: 1) editais e avisos de contratações: por palavra-chave, status – a receber/recebendo proposta, encerradas e todos – , além das modalidades da contratação, órgãos, unidades, UFs, municípios, esferas, poderes, tipos de instrumentos; 2) atas de registro de preços vigentes: diferente anterior apenas, o filtro relacionado ao "status" – vigente, não vigente e todos; 3) contratos: tipos de contrato, órgãos, unidades, UFs, municípios, esferas, poderes e tipos de instrumento convocatório, além de palavra-chave e status – viventes, não vigentes e todos.

A comparação entre o PNCP e os mecanismos de controle de licitações e contratos disponibilizados pelos Tribunais de Contas evidencia a necessidade de adaptações para aprimorar a interface e facilitar o controle social. O objetivo é transformar o PNCP em uma plataforma interativa e de fácil acesso à sociedade. Entre as 16 ferramentas

desenvolvidas pelos Tribunais de Contas, três se destacam por oferecer funcionalidades inovadoras para consulta e monitoramento das contratações públicas.

A primeira ferramenta é o Farol TCE-SC, que possibilita o acompanhamento dos contratos vigentes e das oportunidades para participação em processos licitatórios. Sua interface gráfica e dinâmica facilita a busca de informações, permitindo a aplicação de filtros para refinar as pesquisas e realizar comparações. O botão "Licitações" disponibiliza quatro painéis principais: Cotações (similar ao painel de preços do PNCP), Oportunidades, Licitações (em andamento e finalizadas) e Obras. No espaço "Cotações", é possível obter detalhes sobre valores e quantidades de itens adquiridos por meio de licitações, com pesquisa por bens ou serviços específicos.

A segunda ferramenta, similar à anterior, é o Radar de Controle Público do TCE-MT, que oferece funcionalidades avançadas para localização de informações por meio de visualizações gráficas e filtros dinâmicos. Além disso, permite a estimativa do valor unitário de bens e serviços específicos, facilitando pesquisas de preços e promovendo maior transparência nos processos licitatórios.

A terceira ferramenta de destaque é o Licitacon Cidadão do TCE-RS, que apresenta uma abordagem integrada, disponibilizando todas as informações sobre um processo licitatório em uma única aba do sítio eletrônico. Desde o edital até a fase de contratação, os dados são organizados de forma clara e acessível, com nomenclaturas bem definidas. Diferentemente do Licitacon Cidadão, o PNCP disponibiliza documentos de licitação e contratação direta na aba "Editais e avisos de contratações", mas a forma como os contratos são organizados na aba "Histórico" pode dificultar a consulta. Uma reformulação da nomenclatura para "Contratos" poderia facilitar a navegação e fortalecer o controle social.

Além disso, o Licitacon Cidadão adota uma diretriz rígida contra a sonegação de informações sob justificativa de sigilo, baseando-se na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado e na Lei de Acesso à Informação. A transparência é tratada como princípio fundamental para garantir o direito ao acesso à informação e aprimorar o controle das licitações e contratos administrativos.

Entretanto, a Lei nº 14.133/2021 prevê exceções à publicidade dos atos administrativos, o que pode impactar a transparência e o exercício do controle social. O artigo 13, por exemplo, estabelece que o sigilo pode ser aplicado quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Já o artigo 24 prevê a possibilidade de manter em sigilo o orçamento estimado de uma contratação, desde que devidamente justificado. Essas restrições, embora tenham fundamentos jurídicos, podem limitar a fiscalização por parte da sociedade civil, exigindo mecanismos complementares para garantir maior clareza e controle sobre os atos administrativos.

Ainda, o portal Licitacon Cidadão, tende a contribuir por prever que o desatendimento às disposições da norma e, até mesmo, as divergências entre as informações, os dados e os documentos enviados, que foram efetivamente registrados em meio documental ou informatizado pelo órgão ou entidade de origem, geram a aplicação de multa nos termos do Regimento, além de possivelmente refletir na apreciação ou no julgamento das contas das autoridades responsáveis. Cumpre salientar que a Lei 14.133 não estipula nenhum tipo de aplicação de sanção ou multa

para os casos de descumprimento na determinação para integração dos sítios e/ou para a omissão no dever de integrar-se ao PNCP.

CONCLUSÃO

A pesquisa centrou-se no estudo das ferramentas impulsionadoras do controle social na esfera local a partir do Portal Nacional de Contratações Públicas e dos sistemas de controle de licitações e contratos dos Tribunais de Contas, identificando que ferramentas como o Farol (TCE-SC), o Radar de Controle Público (TCE-MT) e o Licitacon Cidadão (TCE-RS) apresentam diferenciais que podem servir de modelo para aprimorar o PNCP. A investigação foi estruturada em três objetivos específicos: primeiro, analisar o controle e o empoderamento social sob a perspectiva do direito social condensado de Gurvitch e do direito à informação; segundo, examinar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas para o controle e publicização de licitações e contratos na esfera local; terceiro, comparar os sistemas existentes nos Tribunais de Contas e identificar possíveis modelos para aprimorar o Portal Nacional de Contratações Públicas.

O estudo demonstrou que o controle social é um instrumento essencial de empoderamento cidadão e fortalecimento da democracia, permitindo à sociedade exercer um papel ativo na fiscalização da Administração Pública. Contudo, sua efetividade depende da articulação com os mecanismos de controle oficial, uma vez que a validação das constatações feitas pela sociedade é essencial para sua efetividade. Dessa forma, o controle social se consolida como um aliado estratégico do controle externo, exigindo cooperação entre os cidadãos e os órgãos de contas para garantir a correta aplicação dos princípios da Administração Pública, conforme estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal.

No segundo eixo da pesquisa, foram analisados os sistemas dos Tribunais de Contas voltados ao controle e publicização de licitações e contratos na esfera local. Entre eles, destaca-se o portal Licitacon Cidadão (TCE-RS), que se mostrou um modelo de transparência e acessibilidade, permitindo um acompanhamento detalhado de todas as fases das licitações e contratos. Foi realizada uma pesquisa abrangente nos 32 Tribunais de Contas brasileiros, identificando 16 sistemas de controle e publicização, categorizados conforme o nível de transparência das informações disponibilizadas.

A análise evidenciou que a maioria dos Tribunais de Contas possibilita o controle social sem necessidade de cadastro prévio, além de integrar suas Ouvidorias como canal de denúncias e participação cidadã. No terceiro eixo da pesquisa, a comparação entre os sistemas dos Tribunais de Contas e o Portal Nacional de Contratações Públicas revelou que o PNCP ainda precisa de ajustes para ampliar sua funcionalidade e acessibilidade ao controle social.

Dessa forma, identificou-se a necessidade de adaptações no PNCP para que ele se torne mais interativo e eficiente. Três ferramentas dos Tribunais de Contas foram destacadas como modelos a serem incorporados ao PNCP: (i) o Farol TCE-SC, que oferece visualização gráfica dinâmica e filtros de busca; (ii) o Radar de Controle Público (TCE-MT), que permite estimativa de valores e comparação de preços; e (iii) o Licitacon Cidadão (TCE-RS), que disponibiliza informações organizadas por fase do processo

licitatório. Essas ferramentas possuem diferenciais que podem ser incorporados ao PNCP para fortalecer sua usabilidade e ampliar o alcance da fiscalização cidadã.

Portanto, a partir dos dados obtidos, verificou-se que os mecanismos disponibilizados pelos Tribunais de Contas impulsionam a transparência e fomentam o controle social ao ampliar o acesso a dados sobre licitações e contratos administrativos. O PNCP, embora recente, tem o potencial de consolidar a transparência e permitir maior fiscalização social, desde que sejam realizadas melhorias para torná-lo mais acessível e eficiente.

Ainda, é importante reiterar que, apesar do progresso na publicização das informações, existe um longo caminho até que todos os entes e órgãos se integrem plenamente ao PNCP, especialmente os pequenos municípios, que ainda enfrentam dificuldades na adequação aos novos sistemas. A implementação de penalidades pelo descumprimento da integração ao PNCP e a ampliação das funcionalidades da plataforma são medidas que podem fortalecer o sistema e garantir a efetiva transparência das contratações públicas.

Assim, conclui-se que o PNCP pode se tornar um instrumento essencial para a gestão pública e o controle social, desde que passe por aperfeiçoamentos que possibilitem a padronização das informações, a ampliação do acesso cidadão e a efetiva integração com as boas práticas já desenvolvidas pelos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

ACRE. Tribunal de Contas do Estado. **Portal das Licitações do TCE-AC (LICON).** Disponível em: <http://sistemas.tceac.tc.br/portaldaslicitacoes/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado. **Licitações Municipais.** Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/controle-social/edital-licitacao-municipio/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. In: LEAL, Rogério Gesta, et. al. (Eds). **IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas.** Madri: Editora Bubok, 2018, p. 45-60.

BORGES, Alice Gonzales. O controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192., p. 49-60, abr/jun., 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília,** DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/Leis/L8666co ns.htm>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/ l10257.htm>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5°, no inciso II do § 3° do art. 37 e no § 2° do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto. gov.br/ccivil _03/_ato2011-2014/ 2011/lei/l12527.htm.>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/ l10257.htm>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1° de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101,** de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101. htm>. Acesso em: 14 jun. 2023.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado. **Portal de Licitação do TCE-CE.** Disponível em: <https://municipios-licitacoes.tce.ce.gov.br/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

DOWBOR, Ladislau. **Reprodução Social.** v. 3. Petrópolis: Vozes, 2003.

DROMI, Roberto. *Modernización del control público.* Buenos Aires: ABRN Producciones Gráficas, 2005.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby. **Contratação direta sem licitação:** na nova Lei de Licitações – Lei n° 14.133/2021. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HERMANY, Ricardo. **O município na Constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro**. Curitiba, Juruá, 2012.

HERMANY, Ricardo. **(Re) Discutindo o espaço local:** uma abordagem a partir do Direito Social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2007.

HERMANY, Ricardo; JURUENA, Cynthia Gruendling. O dever de informação do Estado e a instrumentalização do controle social: um estudo a partir dos portais municipais da transparência no Rio Grande do Sul. **Scientia Iuridica,** v. 339, p. 461-477, 2015.

LESBAUPIN, Ivo. **Poder local x exclusão social:** a experiência das prefeituras democráticas no Brasil. 2. ed. Petrópolis, Vozes, 2011.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo:** Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2015.

MARANHÃO. Tribunal de Contas do Estado**. Portal do Controle Social TCE-MA.** Disponível em: <http://app.tcema.tc.br/controlesocial/#/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

MARTINS JUNIOR, Walace Paiva**. Transparência Administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. **Radar de Controle Público –** radar compras públicas e radar licitações. Disponível em: <https://radardeprecos.tce.mt.gov.br/extensions/radarcompraspublicas/radarcompraspublicas.html#metodologia-content>. Acesso em: 01 jun. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

NOHARA, Irena Patrícia Diom. **Nova Lei de licitações e contratos:** comparada. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

PARÁ. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado. **Mural de Licitações do TCM-PA.** Disponível em: <https://www.tcm.pa.gov.br/mural-de-licitacoes/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado. **TCE-PB Tramita –** Mural de licitações. Disponível em: < https://tramita.tce.pb.gov.br/tramita/pages/main.jsf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. **Mural de Licitações**. Disponível em: <https://servicos.tce.pr.gov.br/TCEPR/Municipal/AML/DetalhesProcessoCompraWeb.aspx>. Acesso em: 01 jun. 2023.

PIAUÍ. Tribunal de Contas do Estado. **Mural de Licitações e Mural de Contratos.** Disponível em: <https://sistemas.tce.pi.gov.br/licitacoesweb/mural/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Consulta de Editais (SIGFIS).** Disponível em: <https://www.tcerj.tc.br/consulta-editais/#/home>. Acesso em: 01 jun. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Instrução Normativa n° 13/2022.** Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 24 maio 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 24 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **LicitaCon Cidadão.** Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50500:1::::::>. Acesso em: 01 jun. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução n° 1050/2015.** Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 24 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução n° 1073/2017.** Altera o inciso II do artigo 5º da Resolução nº 1050, de 04 de novembro de 2015. Disponível em <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 24 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Sistema de Licitações e Contratos,** 2015. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/apresentacao>. Acesso em: 24 jun. 2019.

RORAIMA. Tribunal de Contas do Estado. **Sistema Informatizado de Acompanhamento das Licitações e Contratos –** SAGRES. Disponível em: <https://sagreslicitacoes.tcerr.tc.br/sagreslicitacoes/sistema/publico/licitacao/filtrar/buscaLicitacao.xhtml?windowId=4cf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. **Farol TCE-SC** – Licitações. Disponível em: <https://paineistransparencia.tce.sc.gov.br/extensions/appOportunidades/index.html>. Acesso em: 01 jun. 2023.

SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação administrativa, controle social e consensualidade: proposta de distinção teórica. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; GREGO-SANTOS, Bruno (Org). **Contratos e controle na Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 317-337.

SERGIPE. Tribunal de Contas do Estado. **SAGRES** – Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade: Editais de Licitações dos Municípios Sergipanos. Disponível em: <https://www.tce.se.gov.br/VisualizadorRelatorios/Editais Licitacoes.aspx>. Acesso em: 01 jun. 2023.

SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado:** possibilidades e limites na constituição de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município. **Informações de Relevante Interesse Social (IRIS)** – Licitações. Disponível em: <https://iris.tcm.sp.gov.br/Iris/148794>. Acesso em: 01 jun. 2023.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. **SICAP –** Módulo Público de Licitações e Obras (SICAP-LCO). Disponível em: <https://app.tce.to.gov.br/lo_publico/busca>. Acesso em: 01 jun. 2023.

OS USOS E ABUSOS DO PLURALISMO JURÍDICO: UMA VISÃO CRÍTICA

Gustavo César Machado Cabral[1],
Tamar Herzog[2],
Joana Aymée Nogueira de Freitas[3]

RESUMO

Esse texto se volta para como os debates contemporâneos acerca do pluralismo jurídico afetam nossa visão do passado, bem como limitam o horizonte de possibilidades no futuro. Sugere-se que a genealogia desses debates determina o que seria visto, e o que seria ignorado, e, como um resultado, privilegiou alguns aspectos, enquanto esqueceu a importância de outros. Mais importante ainda, esses debates sustentaram a existência de uma continuidade importante entre um passado que se dizia ter sido plural e um presente, o qual procura tornar-se plural. No entanto, apesar de a pluralidade ter existido no passado, a natureza e o caráter do que era plural eram radicalmente distintos. No passado, havia uma pluralidade de fontes, autoridades e atores, mas todos estavam ligados ao mesmo direito. No presente, o desejo é criar uma pluralidade de direitos que muitas vezes se apliquem aos mesmos atores. Embora a pluralidade atual privilegie os direitos das comunidades étnicas, esse não foi o caso no passado. E, se a pluralidade atual questiona o monopólio que os estados têm (ou poderiam ter) sobre a ordem normativa, o pluralismo do passado não se preocupou com essas questões porque os estados como os pensamos hoje não existiam, nem os governantes nem as autoridades fingiam controlar a ordem jurídica. Libertar o pluralismo jurídico da sua falsa dependência do passado é importante porque nos permite que nos concentremos no que ele pode fazer por nós no presente e no futuro.

PALAVRAS-CHAVE: *pluralismo jurídico; monopólio estatal; história do direito*

THE USES AND ABUSES OF LEGAL PLURALISM: A VIEW FROM THE SIDELINE

ABSTRACT

This text takes issue with how present-day debates regarding legal pluralism affect our vision of the past, as well as limit the horizons of possibilities in the future. It suggests that the genealogy of these debates determined what would be seen, and what ignored, and that, as a result, it has privileged some aspects, while forgetting the importance of others. . Most importantly, these debates sustained the existence of an important continuity between a past that was said to have been plural and a present, which is searching to become one. Yet, although plurality existed in the past, the nature and character of what was plural was radically distinct.

[1] Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), atuando na Graduação e na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Cientista Chefe de Secretaria dos Direitos Humanos do Estado do Ceará. Doutor (com louvor) em História do Direito e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pelo Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Alemanha).

[2] Doutora em Sócio-Economie du développement pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (1994). Professora de História Espanhola e Portuguesa da Harvard University.

[3] Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual do Trabalho Aplicado pela Faculdade Legale. Possui curso-técnico-profissionalizante em Mecânica pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte.

In the past, there were a plurality of sources, authorities, and actors, but they were all bound by the same law. In the present, the wish is to create a plurality of laws that often apply to the same actors. While present-day plurality privileges the rights of ethnic communities, such was not the case in the past. And, if present-day plurality questions the monopoly that states have (or could have) over the normative order, past pluralism did not preoccupy itself with such questions because states the way we think about them today did not yet exist, nor did rulers and the authorities pretend to control the juridical order. Freeing legal pluralism from its false dependence on the past is important because it would allow us to concentrate on what it can do for us in the present and the future.

KEYWORDS: *legal pluralism, state monopoly, legal history*

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o pluralismo jurídico tem invadido a nossa imaginação. Uma rápida pesquisa na internet atesta que houve pluralismo jurídico nas sociedades cristãs, judaicas e muçulmanas, nas organizações políticas dos períodos antigo, medieval, início da modernidade e contemporâneo, nos estados coloniais e pós-coloniais, na Europa e em vários outros lugares ao redor do mundo. Apontando para o pluralismo jurídico estão os antropólogos, sociólogos, cientistas políticos, juristas e historiadores (peço desculpas se eu esqueci alguém). Pluralismo jurídico serve para descrever tanto uma categoria analítica quanto situações concretas. Ele pode existir nas searas subnacional, transnacional e supranacional.

Essa incrível proliferação explica as frequentes questões sobre a genealogia desse rótulo, as tentativas de distinguir os diferentes tipos de pluralismo e as constantes mudanças no significado que o próprio termo sofreu. Pluralismo jurídico, tendo já representado a coexistência de várias ordens jurídicas diferentes, agora frequentemente descreve situações em que essas ordens são sobrepostas, interpenetradas e misturadas.[4] Em outras palavras, pluralismo jurídico se tornou tudo e, de acordo com alguns, nada.[5] Como e por que o pluralismo jurídico recebeu tanta atenção e por que foi adotado por uma variedade tão grande de estudiosos para fazer tantas coisas diferentes é uma questão intrigante. Não responderei essa pergunta na sequência. Em vez disso, questionarei o que essa popularidade fez à nossa imagem do passado e sugerirei o que ela pode ou não fazer por nós no presente e no futuro.

1. NARRATIVAS DE ORIGEM

Acadêmicos têm há muito discutido quando o pluralismo jurídico nasceu e quem seriam seus genitores. Duas genealogias radicalmente diferentes foram propostas. A primeira, continental, belamente descrita em um texto de Emanuele Conte[6], posiciona sua origem nos debates do final do século XIX que procuravam instituir uma distinção nítida entre as tradições jurídicas romana e germânica[7]. Esses debates ajudaram a criar

[4] BIANCHI, Andrea. **International Law Theories**: An Enquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: Oxford University Press, 2016.

[5] HALLIDAY, Paul D. Law's Histories. Pluralisms, Pluralities, Diversity. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p 261-278.

[6] CONTE, Emanuele. Legal Pluralism from History to Theory and Back: Otto von Gierke, Santi Romano, and Francesco Calasso on Medieval Institutions**. Law and History Review**, First View, 2023, p. 1-12.

[7] Sobre essas questões, c.f. HERZOG, Tamar. Germanic or Roman? Western European Narratives of Legal Origins. **Rechtsgeschichte - Legal History**, v. 28, 2020, p. 18-30.

um estereótipo da primeira, a romana, como uma encarnação de um direito formalista (artificial) centrado no Estado e feito por juristas, e a segunda, a germânica, como a encarnação de uma legalidade que surgiu espontaneamente dentro da comunidade e expressou a sua verdadeira natureza. Associado às deliberações focadas na unificação alemã e nas divergências acerca do caráter que o direito alemão e o estado alemão tinham ou deveriam ter, aqueles que propuseram essas distinções interpretaram o sistema germânico como plural porque, apesar de todas as comunidades germânicas compartilharem um espírito germânico comum, cada uma delas possuía sua própria legalidade e modos de se organizar.

Enquanto as narrativas continentais[8] acerca da origem do pluralismo jurídico focavam nos debates sobre como o direito era criado e quais processos de criação eram superiores, ou pelo menos mais adequados à Alemanha, a narrativa anglo-centrada focava, ao invés disso, nos debates de meados do século XX entre antropólogos do direito que se ocupavam em descrever as sociedades pós-coloniais. Esses antropólogos argumentavam que, apesar da imposição do direito colonial (e posteriormente do direito estatal), o direito dos povos indígenas (ou alguma versão dele) ainda assim sobreviveu.[9] Eles denominaram essa realidade como plural não porque acreditassem na auto-organização espontânea – como no caso anterior – mas porque argumentaram que a persistência do direito indígena ao lado do direito colonial (ou pós-colonial) criou sistemas nos quais existia uma pluralidade de ordens normativas paralelas.

Enquanto essa primeira geração de antropólogos estava mais interessada em um pluralismo jurídico ligado à sobrevivência do direito indígena, nos anos 1970 uma segunda geração começou a argumentar que todas as sociedades – incluindo aquelas que nunca sofreram com a colonização – eram plurais no sentido de que todas admitiam a coexistência entre diferentes sistemas jurídicos[10]. De acordo com esse entendimento, os estados modernos nunca ganharam o monopólio sobre a criação e a aplicação de normatividades a que aspiravam. Sejam formalmente reconhecidos ou não, outros sistemas normativos prescritivos, a exemplo de práticas costumeiras ou ordens religiosas, continuavam a existir e eram incrivelmente importantes.

Recuando, acadêmicos do império e de sociedades pós-coloniais afirmaram que, apesar de todas as sociedades terem diferentes subgrupos com diferentes normas e mecanismos de cumprimento, havia uma diferença primordial entre esse estado "natural" e uma situação colonial (ou pós-colonial), na qual os sistemas jurídicos impostos pelos europeus coexistiam lado a lado com as esferas jurídicas indígenas.

---

[8] N.T.: A autora se refere à Europa continental, em oposição às narrativas advindas da Inglaterra.

[9] MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law and Society Review**, v. 22, n. 5, 1988, p. 869-896. Sob esse pretexto, o pluralismo jurídico tornou-se o "corolário da colonização", pois, de acordo com alguns, "a origem do conceito remonta ao período colonial, quando o direito ocidental aparece como oposição, ou pelo menos como contrário, ao direito indígena:" KIM, Marie Seong-Hak. Legal Pluralism and Colonial Customary Law. **Perspectives**, n. 6, p. 4, 2012; TIMMER, Jaap. Legal Pluralism. In: CALLAN, Hilary. (Org.). **International Encyclopedia of Anthropology.** Hoboken: Wiley-Blackwell, 2018. Cf. também: HOOKER, Michael Barry. **Legal Pluralism:** An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws. Oxford: Clarendon Press, 1975. Nos aspectos comparatistas do pluralismo jurídico, cf. TUORI, Kaius. The Disputed Roots of Legal Pluralism. **Law, Culture and the Humanities**, v. 9, n. 2, 2011, p. 330-351.

[10] GRIFFITHS, John. The Idea of Sociology of Law and Its Relations to Law and to Sociology. In: FREEMAN, Michael. **Law and Sociology**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 60–62; TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective. **Duke Journal of Comparative and International Law**, v. 20, n. 3, 2010, p. 473–517. Combinando o interesse em domínios coloniais e não coloniais, cf. GILISSEN, John. **Le pluralism juridique**. Brussels: Université de Bruxelles, 1972.

Essas esferas jurídicas indígenas refletiam valores historicamente incorporados anteriores à colonização e, por isso, poderiam desafiar o direito estatal de um modo particularmente efetivo.

Ao final do século XX, uma terceira geração de acadêmicos acrescentou novos cenários à discussão. Um deles se refere à Europa atual, em que se diz que a sociedade vivenciou uma virada multicultural[11]. Os estados europeus deveriam reconhecer a validade de normas originadas em grupos imigrantes e, se esse for o caso, isso não seria uma nova forma de pluralismo jurídico? Outra possibilidade que foi considerada foi a penetração do direito não-estatal aos territórios nacionais na forma de regulamentos feitos por órgãos internacionais, ou outras entidades transnacionais. Na Europa, a intervenção mais difundida advém do direito da União Europeia, mas, assim como em outras localidades, outras normas não-estatais também eram relevantes, como aquelas feitas por atores comerciais globais ou pelo direito internacional. Eventualmente uma terceira possibilidade de pluralismo jurídico também poderia ser invocada, descrevendo a fragmentação do processo legislativo global, que já não depende de acordos interestatais e, em vez disso, está frequentemente nas mãos de múltiplas instâncias e atores[12].

Apesar de radicalmente distintas, todas essas representações, sejam continentais ou anglo-centradas, compartilharam o projeto de descentralizar o direito estatal. Se isso foi necessário em razão da convicção de que o direito se espalhou espontaneamente dentro da comunidade, não exigindo, portanto, uma construção institucional (como na Alemanha), a persistência de legalidades indígenas (como os antropólogos insistiram), porque os estados nunca alcançaram a desejada hegemonia, ou porque as leis externas constantemente modificaram suas estruturas legais, todos os autores coincidiram em questionar o monopólio dos estados sobre o sistema jurídico, insistindo, ao contrário, nas várias formas em que uma grande variedade de atores e de grupos também criava normas, as quais ou dispensavam a necessidade do Estado ou existiam em paralelo a ele[13]. A maioria sugeriu que o monopólio estatal era apenas um projeto proposto pelos monarcas do século XVIII e pelos criadores de estados do século XIX, mas que ou não representava corretamente a experiência histórica do direito, ou que nunca se concretizou. Outros defendiam que esse projeto era inadequado de início, e/ou não era mais viável ou apropriado ao presente. Dentre outras coisas, isso aconteceu porque o direito não deveria ser centrado no Estado ou porque igualdade jurídica (a imposição de uma única lei igualmente a todos) falhou em se concretizar e/ou ela já não incorporava necessariamente um resultado desejado, então muitos agora acreditavam que, se as pessoas eram diferentes, elas deveriam ter a permissão de viver sob leis diferentes. Ao invés de indivíduos isolados que deveriam ser tratados uniformemente, de acordo com essa visão emergente a sociedade seria feita de múltiplas comunidades, e o pertencimento a grupos importava.

Essa crítica compartilhada impulsionou o pluralismo jurídico em algumas direções. Excetuando raras exceções, a maioria centrou sua atenção no direito secular,

[11] HOEKEMA, Andreas Jan. European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures; Cases of Interlegality. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 37, n. 51, 2005, p. 1-28.
[12] BERMAN, Paul Schiff. From Legal Pluralism to Global Legal Pluralism. In: NOBLES, Richard; SCHIFF, David. (Orgs.). **Law, Society and Community**: Socio-Legal Essay in Honour of Roger Cotterrell. Farnham: Routledge, 2014, p. 399-432.
[13] GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 24, 1986, p. 1-55.

em geral esquecendo o papel da religião, a qual foi fundamental para o aparecimento de normatividades na maioria – se não em todas – das sociedades[14]. Frequentemente, o pluralismo jurídico se torna um veículo que permite celebrar a excepcionalidade e a diversidade, no qual o direito de ter uma cultura jurídica diferente seria aplaudido. Para alguns, este impulso foi acompanhado pelo desejo de justiça restaurativa, que contemplaria o impacto negativo dos Estados e do direito estatal, mais particularmente sobre aqueles em posições menos vantajosas[15]. Vários autores também questionam o paradigma de que o direito reproduzia a vontade da nação soberana expressa pelos seus representantes no parlamento e guiada pela razão e pelo direito natural. Para aqueles que seguem esse caminho, o Estado nunca foi um ator neutro e nunca houve um único bem comum que considerasse perfeitamente a pluralidade de interesses e desejos de todos os membros. Frequentemente expressando desilusão com o Estado por não cumprir as suas promessas, outros se fascinaram não por similaridade e certeza, mas pela pluralidade e informalidade. Em vários autores, pode-se até detectar uma nostalgia pelas hierarquias do Antigo Regime e/ou uma crença na capacidade dos grupos de se autorregularem sem intervenção externa[16].

Independentemente da sua posição quanto a essas questões, os estudiosos pertencentes às diversas correntes coincidiram na conclusão de que as ordens jurídicas do passado eram plurais[17]. Observaram constantemente (embora muitas vezes de passagem) que até o surgimento do Leviatã, a criação do direito ocorria em múltiplas corporações autônomas, sendo o pluralismo jurídico "a norma óbvia, não algo que precisava de ser 'descoberto'"[18]. No entanto, mesmo que haja alguma verdade nessas observações, a conclusão de que as ordens jurídicas do passado eram de alguma forma reminiscentes das pluralidades atuais é extremamente anacrônica. Isso constrói uma falsa continuidade entre um passado que alegadamente foi deslocado pela imposição do direito estatal, e um presente (e, em alguns casos, um futuro), no qual admitiríamos que ou o pluralismo sobreviveu e/ou foi mais vantajoso. Essas falsas suposições permitem que alguns argumentem erroneamente que "a investigação histórica representa a nossa fonte mais rica de informação" sobre como o pluralismo jurídico atua mesmo no presente[19]. Essa narrativa, que apresenta a modernidade jurídica como uma espécie de Idade Média – isto é, como um período que mediou entre uma

[14] Nesse sentido, cf. HUMFRESS, Caroline. Legal Pluralism's Other: Mythologizing Modern Law. **Law and History Review**, 2023, p. 1–14. Para uma exceção inicial, cf. GARCÍA-GALLO, Alfonso. El pluralismo jurídico en la América española, 1492–1824. In: GARCÍA-GALLO, Alfonso. (Org.). **Los orígenes españoles de las instituciones americanas**: estudios de derecho indiano. Madrid: Real academia de jurisprudencia y legislación, 1987, p. 299–310. Esse texto foi publicado originalmente em 1975. García Gallo identifica o direito secular espanhol, o direito canônico, e o direito dos povos originários como os três elementos que formaram o pluralismo jurídico da América Hispânica.

[15] CLARK, David S. Legal Pluralism in Latin America. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 1, 1982, p. 29-31.

[16] Sobre algumas dessas questões, cf. COSTA, Pietro. Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 44-70 e 87-99. Nesse texto, ambas genealogias do pluralismo jurídico coincidem.

[17] Cf. BIANCHI, Andrea. **International Law Theories**: An Enquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 227; DONLAN, Séan Patrick. Histories of Hybridity: a Problem, a Primer, a Plea and a Plan (of Sorts). In: CASHIN-RITAINE, Eleanor; DONLAN, Séan Patrick; SYCHOLD, Martin. (Orgs.). **Comparative Law and Hybrid Legal Traditions**. Zurich: Schulthess, 2010, p. 1–2.

[18] BERMAN, Paul Schiff. From Legal Pluralism to Global Legal Pluralism. In: NOBLES, Richard; SCHIFF, David. (Orgs.). **Law, Society and Community**: Socio-Legal Essay in Honour of Roger Cotterrell. Farnham: Routledge, 2014, p. 227.

[19] BENTON, Lauren. Historical Perspectives on Legal Pluralism. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 3, n. 1, 2011, p. 57; BURBANK, Jane; COOPER, Frederick. Rules of Law, Politics of Empire. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 279–293 também sugerem que o pluralismo era tão comum no passado, que dispensava explicações, conceitos e debates.

pluralidade e outra – é profundamente falha. Muitas características dessa narrativa são questionáveis, mas, a seguir, concentro-me naquelas que considero mais relevantes porque condicionam grandemente a forma como imaginamos o passado e como procuramos tirar lições dele. Pergunto o que era o direito antes da erupção (e interrupção) da modernidade e como o nosso fascínio pelo multiculturalismo afeta o que observamos e o que silenciamos.

2. DIREITO ANTES DA ERUPÇÃO (E DA INTERRUPÇÃO) DA MODERNIDADE

Antes da modernidade, o direito não era impulsionado pelos Estados, nem os Estados existiam tal como os imaginamos atualmente[20]. Na Europa, por exemplo, o direito dependia de uma multiplicidade de fontes que hoje poderíamos identificar como incluindo costumes, decisões judiciais, literatura jurídica, normas de corporações e de comunidades, e decretos reais, bem como uma ampla gama de debates que foram agrupados durante o final da Idade Média e o início do período moderno sob os termos guarda-chuva de direito romano, feudal, canônico e natural, bem como o direito das nações. Essa pluralidade de fontes foi acompanhada por uma pluralidade de autoridades dotadas de *iuris-dictio*, ou seja, da capacidade de "dizer a lei". A capacidade de "dizer a lei" incluía conceitualmente o que hoje caracterizamos como poderes legislativo, judicial e executivo. O objetivo da lei e das autoridades que a pronunciavam era indicar qual era o caminho certo a seguir (*directum*, o antecessor de direito, *derecho, diritto, droit*) para garantir uma solução justa. Apesar de concordar sobre o objetivo final, a tarefa de identificar a solução certa produziu, no entanto, uma multiplicidade de indicações diversas que poderiam facilmente ser contraditórias. O resultado foi um direito profundamente cacofônico, no qual diversas autoridades e agentes falavam ao mesmo tempo e invocavam uma diversidade de fontes. Polifônica e policêntrica, essa complexidade, contudo, tinha muito pouco a ver com o pluralismo jurídico tal como é caracterizado hoje.

Primeiro, as diferentes fontes e debates e as diferentes autoridades dotadas de jurisdição muitas vezes afetavam os mesmos indivíduos, e não membros de grupos diversos. Por exemplo, um indivíduo pode estar sujeito simultaneamente ao *pater familias*, ao município e a uma corporação. Esta pluralidade jurisdicional, contudo, não indicava necessariamente uma pluralidade jurídica; embora autônomas, as diversas autoridades aplicavam principalmente um direito equivalente, em vez de um direito distinto. Entretanto, diferentes fontes e debates poderiam ser impostos pelas mesmas autoridades. Para tomar apenas um famoso exemplo colonial, tanto os juízes espanhóis quanto os indígenas poderiam aplicar fontes jurídicas espanholas e indígenas[21].

Em segundo lugar, os contemporâneos que estavam conscientes desta complexidade nunca consideraram que ela representasse uma pluralidade de sistemas

[20] GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Rome-Bari: Laterza, 1996, p. 275. HESPANHA, António Manuel. A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado. **Anuario de Filosofía del Derecho**, v. 3, 1986, p. 191-227. GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen. **ISTOR, Revista de Historia Internacional**, v. 16, 2004, p. 1-21.

[21] HERZOG, Tamar. Colonial Law and "Native Customs": Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America. **The Americas**, v. 63, n. 3, 2013, p. 303-321. YANNAKAKIS, Yanna; SCHRADER-KNIFFKI, Martina. Between the "Old Law" and the New: Christian Translation, Indian Jurisdiction, and Criminal Justice in Colonial Oaxaca. **Hispanic American Historical Review**, v. 96, n. 3, 2016, p. 517–548; DUVE, Thomas. Indigenous Rights: Latin America. In: DUBBER, Markus Dirk; TOMLINS, Christopher. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 833–834.

jurídicos[22]. Na perspectiva desses europeus, o direito refletia um esforço coletivo para compreender o que uma ordem divina predefinida exigia e como poderia ser mais bem protegida. A tarefa das diversas autoridades não era fazer a lei, mas sim declará-la e aplicá-la a situações concretas[23]. Em vez de oferecer soluções alternativas, ou funcionar em paralelo por ter sido feito por autoridades distintas ou inspirado em fontes distintas, o direito era singular, mesmo que a cada pessoa e coisa fosse atribuído um lugar distinto (e, portanto, direitos e deveres distintos) dentro da ordem. O direito, em outras palavras, era o mesmo, mas os indivíduos não. Ao invés de uma pluralidade de sistemas, o que existia era uma pluralidade de status, em que cada pessoa (e coisa) recebia o tratamento de justiça de acordo com quem eram, considerando as diferenças entre estado, gênero, religião, local de nascimento, residência e assim por diante. Os contemporâneos navegaram neste complexo universo jurídico e nas múltiplas entidades encarregadas de declarar a lei, acreditando que constituíam um todo coeso, na verdade um *ius commune*. Nesse universo, o pluralismo tal como o entendemos hoje (a existência de vários sistemas jurídicos que interagem entre si) não existia.

A modernidade introduziu um projeto que exigia a produção de um novo sistema político e de uma nova legalidade[24]. O novo sistema político deveria ser constituído por cidadãos que estariam diretamente ligados a uma autoridade central e não a entidades intermediárias e relativamente autônomas dotadas de jurisdição. Haveria também uma soberania única e indivisível que não toleraria mais outros poderes, mas que se declararia ao mesmo tempo exclusiva e monopolista. Uma consequência seria que a lei não dependeria mais de uma pluralidade de fontes que refletisse uma ordem divina dada. Em vez disso, a lei seria criada em um ato deliberado por um grupo de indivíduos razoáveis que chegariam a um acordo sobre a melhor política a ser adotada. Desde então, legisladores razoáveis e responsáveis criariam normas que seriam aplicadas por um poder executivo com a ajuda de um judiciário. Essas normas não sustentariam a ordem existente; eles iriam melhorá-lo com o objetivo de garantir a maior felicidade. Um regime baseado na justiça seria substituído por um regime centrado na legalidade, e as decisões arbitrárias destinadas a garantir um resultado justo dariam lugar a um novo foco na certeza, clareza e previsibilidade.

Se estas mudanças foram importantes, não menos crucial foi a criação de um novo sujeito jurídico, igual a todos os outros. Abandonando o axioma existente segundo o qual todos os humanos eram diferentes e, portanto, mereciam um tratamento diferenciado, a modernidade propôs que imaginássemos um indivíduo abstrato e descontextualizado, idêntico a todos os outros e merecedor do mesmo tratamento pelas mesmas autoridades. Agrupadas, na Europa essas ideias propuseram abandonar o

---

[22] COSTA, Pietro. Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 35–41 e p. 71–87. Costa observa que os domínios coloniais eram igualmente plurais, mas não pluralistas. Na verdade, eles seriam menos pluralistas exatamente pelos objetivos e métodos coloniais. Cf. também VALLEJO, Jesus. El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune. **Revista de historia del derecho**, v. 38, 2009, p. 1-13; HESPANHA, António Manuel António Manuel. **Como os juristas viam o mundo, 1550–1750**: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015, p. 6–30, p. 167–184 e p. 231–232.

[23] As autoridades possuíam o *juris-dictio*, ou seja, a habilidade de declarar, não de criar, o direito, cf. COSTA, Pietro. **Iurisdictio:** Semantica del potere politico nella iuspubblicistica medievale (1100–1433). Milan: Giuffrè, 1969.

[24] HERZOG, Tamar. **A Short History of European Law**: The Last Two and a Half Millennia. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 183–93; COSTA, Pietro. **Iurisdictio**: Semantica del potere politico nella iuspubblicistica medievale (1100–1433). Milan: Giuffrè, 1969, p. 41–44.

antigo sistema que conferia direitos e privilégios aos indivíduos de acordo com quem eles eram por uma ampla gama de autoridades e constituíram, em vez disso, uma nova política, que não mais reconheceria a pluralidade de pessoas e a adequação das distinções por estado, profissão, etnia ou lugar de nascimento ou de residência (essas foram abolidas; outras persistiram, como as distinções por religião, gênero e estado civil). Essa política reconheceria apenas uma única autoridade que supervisionaria os assuntos de todos igualmente. Seria conceitualmente dividido em três poderes: um legislativo, que criaria as normas; um executivo, que as aplicaria; e um judiciário; que resolveria os conflitos relativos à interpretação e à aplicação das normas.

Embora possamos questionar o legado dessas medidas, ou o seu sucesso, a maioria dos seus pressupostos básicos ainda nos guiam. Não existe mais uma matriz geral que sustente a existência de uma ordem jurídica pré-dada que os humanos não possam modificar, que não vincule o direito à tomada de decisão humana, que prefira decisões arbitrárias à certeza e à clareza, ou que rejeite a igualdade. Esta descontinuidade radical, bem como a natureza radicalmente diferente do universo jurídico europeu pré-moderno, justifica a conclusão de que a pluralidade de hoje tem muito pouco (ou nada) a ver com a pluralidade do passado. Não só funciona de maneiras radicalmente diferentes, mas também os postulados básicos em que se baseia e os contextos em que opera são radicalmente distintos[25]. Quaisquer reivindicações de continuidade são, portanto, falsas: elas ignoram o fato óbvio de que todos os sistemas dependem não apenas da forma como são configurados, mas também do que significam, quais são os seus pressupostos básicos e os contextos em que operam. Em vez de fazer do passado um precedente para o presente, ou de assumir diferenças apenas em intensidade e frequência (como muitos fazem), é hora de concluir que, se o passado tem lições a oferecer, não é pela observação de falsas continuidades, mas enfatizando a mudança. A contribuição mais importante do passado deveria ser nos ajudar a desnaturalizar o presente. Voltarei mais tarde a este ponto.

3. UM PASSADO MULTICULTURAL?

Se as falsas continuidades afetaram a forma como imaginamos e utilizamos o passado, tornando-o um precedente para as estruturas atuais, entre outras coisas, convertendo em familiar o que era diferente, então a genealogia do pluralismo jurídico também limitou o que vimos e o que ignoramos. Nascido como um instrumento para reivindicar as particularidades de um direito supostamente autóctone – seja germânico ou indígena – fez com que nos concentrássemos em certos grupos, mas não em outros. Celebrou um novo tipo de igualdade por meio da qual uma infinidade de comunidades distintas seria reconhecida como igualmente legítimas e os seus membros como profundamente (embora legitimamente) diferentes entre si. Olhando para o passado para justificar estes desenvolvimentos, aqueles que apoiaram essas medidas argumentaram que antes de os Estados imporem uma homogeneidade jurídica artificial, diferentes comunidades foram autorizadas a seguir o seu próprio regime

[25] As diferenças entre o passado e o presente também são estudadas em TAMANAH, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**, v. 30, 2008, p. 376. TUORI, Kaius. The Disputed Roots of Legal Pluralism. **Law, Culture and the Humanities**, v. 9, n. 2, 2011, p. 336 e p. 349-350. CAZZETTA, Giovanni. Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 18-25.

jurídico[26]. Isso certamente aconteceu na Europa, onde judeus e muçulmanos, por exemplo, tinham autonomia para tratar dos seus próprios assuntos, e as diferentes comunidades germânicas desenvolveram seu próprio direito, mas se tornou particularmente poderoso nos territórios coloniais, onde a diferenciação jurídica se tornou uma rotina para organizar as diferenças culturais[27].

A primazia desse tipo de "pluralismo jurídico transcultural" se tornou particularmente impactante em algumas regiões, como a América Latina, na qual, no fim do século XX, a maioria dos Estados permitia que órgãos (sobretudo) das comunidades indígenas aplicassem uma legalidade diferente a seus membros[28]. Apesar de apresentado lá (e em outros lugares) como um retorno ao Antigo Regime, a insistência nas diferenças culturais ou étnicas como justificativa para o pluralismo jurídico é um fenômeno relativamente novo. Antes do final do século XVIII, as diferenciações jurídicas eram ancoradas em uma multiplicidade de razões, etnicidade e religiões sendo algumas delas, mas outras eram igualmente importantes, como o lugar de residência, a situação de vassalagem, a ocupação, a classe, a origem familiar e o gênero, para mencionar alguns exemplos[29]. Nesse universo, as dissonâncias culturais e étnicas não eram necessariamente as diferenças mais notáveis, nem – para parafrasear Peter Burke – aquelas classificadas como filiação familiar, ou militar, pensam no seu pertencimento, direitos e autoridades de modos substancialmente diferente (e, consequentemente, menos importante) que aqueles que fazem parte de grupos étnicos ou culturais[30].

Em outras palavras, se "diferentes tipos de pessoas possuem diferentes tipos de direitos", o problema seria decidir quais desses "tipos" importam[31]. Não há absolutamente nenhum motivo para assumir que, no passado, "diferentes tipos de pessoas" necessariamente nos remetiam a diferenças de etnicidade ou de cultura como se tende hoje em dia, já que em várias sociedades do passado as diferenças culturais eram frequentemente uma das distinções menos relevantes. De modo similar, não há motivos para presumir que "tipos de direitos" nos remeta necessariamente a um único direito que seria típico de um grupo, pois diferentes tipos de direitos poderiam facilmente coincidir dentro de uma mesma comunidade. Europeus, por exemplo, podem levar o crédito (ou a crítica) por desenvolverem a ficção que deu aos Estados o monopólio sobre a criação legislativa, desde que nos lembremos de que o direito

---

[26] PINTO, Simone Rodrigues; ÁVILA, Carlos Federico Domingues. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. **Política y cultura**, v. 35, 2011, p. 49-66.

[27] BENTON, Lauren. **Law and Colonial Cultures**: Legal Regimes in World History, 1400–1900. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 2 e p. 9. BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. Jurisdiction, Sovereignty and Political Imagination in the Early Modern World. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 1; BENTON, Lauren. Historical Perspectives on Legal Pluralism. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 3, n. 1, 2011, p. 58.

[28] Essa expressão é retirada de BIRTH, Dominic. Legal Pluralism in Early Modern England and Colonial Virginia. **Journal of Institutional Studies**, v. 5, n. 2, 2019, p. 717. Sobre pluralismo jurídico na América Latina, cf. HERZOG, Tamar. Latin American Legal Pluralism: The Old and the New. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 2, 2021, p. 705-736.

[29] ROJAS, Beatriz. **Cuerpo político y pluralidad de derechos**: los privilegios de las corporaciones novohispanas. México: Instituto Mora, 2007; ROSS, Richard J.; STERN, Philip J. Reconstructing Early Modern Notions of Legal Pluralism. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 109–141.

[30] BURKE, Peter. Foundation Myths and Collective Identities in Early Modern Europe. In: STRATH, Bo. (Org.). **Europe and the Other and Europe as the Other**. Brussels: Peter Lang, 2000, p. 113–122.

[31] HALLIDAY, Paul D. Law's Histories. Pluralisms, Pluralities, Diversity. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 263.

costumeiro europeu não tenha sido menos incorporado ou autêntico do que o direito indígena nas colônias, nem que a sua marginalização pela crescente hegemonia dos Estados tenha sido menos conflituosa ou menos dolorosa do que os desenvolvimentos no além-mar[32]. Se o questionamento da soberania estatal, do direito estatal e da conveniência de se ter um cidadão único e igual estava ligada às políticas do presente, o mesmo aconteceu com as histórias que insistiram em um passado multicultural. Ainda assim, o pluralismo do passado tinha muito pouco (ou nada) a ver com o reconhecimento de diferenças culturais e certamente nada a ver com as conclusões atuais de que todas as culturas e religiões são igualmente válidas e igualmente merecem um reconhecimento jurídico. Quase nenhum indivíduo dos períodos medieval ou moderno acreditariam nesse argumento.

4. POR QUE ISSO IMPORTA

Leituras anacrônicas do passado dificultam a percepção do que permaneceu e do que mudou. Por exemplo, a nova insistência em equiparar pluralismo com identidades culturais e étnicas, em razão dessa invocação de uma suposta continuidade com o passado, tende a fossilizar os grupos e suas práticas. Frequentemente, sugere-se que as identidades culturais eram "entidades ancestrais reproduzidas por processos que eram endógenos às minorias" e, "em nome de proteger diferenças, imagina-se a possibilidade de criar barreiras entre grupos para que as identidades autóctones possam ser reproduzidas sem serem assimiladas ou marginalizadas"[33]. Ainda assim, acadêmicos mostraram que a articulação de diferenças é um processo contínuo que envolve negociações, contato com outros, pressões internas e externas e constantes transformações. Eles também demonstraram que as medidas destinadas a proteger as minorias culturais modificam enormemente pertencimento ao grupo e suas identidades, uma vez que fornecem motivos poderosos para privilegiar certas características em detrimento de todas as outras. Ao invés de garantir a preservação, esse tipo de pluralismo garante a mudança[34].

Ao mesmo tempo que finge fossilizar grupos e sua legalidade, imaginar um passado multicultural também leva a que outros tipos de pluralismos sejam ignorados. A literatura sobre os afro-latino-americanos aponta frequentemente para estas deficiências[35]. Conclui-se que, enquanto o pluralismo visava tanto o direito de ser

---

[32] Sobre o que foi necessário para controlar o direito consuetudinário europeu ver, cf. DAWSON, John Philip. The Codification of the French Customs. **Michigan Law Review**, v. 38, n. 6, 1940, p. 765-800; STRAUSS, Gerald. **Law, Resistance, and the State**: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany. Princeton: Princeton University Press, 1986; GRINBERG, Martine. La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux. **Annales HSS, Aubervilliers**, v. 52, n. 5, 1997, p. 1017-1038; TEUSCHER, Simon. **Lords' Rights and Peasant Stories**: The Writing and the Formation of Tradition in the Later Middle Ages. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013. Sobre direito consuetudinário como uma forma de pluralismo jurídico, cf. SEINECKE, Ralf. Rechtspluralismus in der Rechtsgeschichte. **Rechtsgeschichte - Legal History**, v. 25, 2017, p. 215-228.

[33] COSTA, Sergio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. In: MASCAREÑO, Aldo; ARAUJO, Kathya. (Orgs.). **Legitimization in World Society**. London: Routledge, 2012, p. 139-156, p. 139, p. 140–43 e p. 152. Essas questões também são tratadas em THORNHILL, Chris et al. Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. **University of Toronto Law Journal**, v. 68, n. 3, 2018, p. 441–445.

[34] VELASCO, Marcela. Multiculturalism, Legal Pluralism, and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. **Journal of Latin American Studies**, v. 50, 2017, p. 517–547; SIEDER, Rachel; BARRERA, Anna. Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. **Journal of Latin American Studies**, v. 49, 2017, p. 633-658; THOMAS, Marc Simon. **The Challenge of Legal Pluralism**: Local Dispute Settlement and the Indian-State Relationship in Ecuador. New York: Routledge, 2017.

[35] HOOKER, Juliet. Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America. **Journal of Latin American Studies**, v. 37, 2005, p. 285–310.; HOFFMANN, Odile. **Política e identidad afrodescendientes en México y América Central**. México: UNAM, 2010.

diferente quanto o desejo de consertar injustiças e desigualdades históricas e do presente, ele falhou amplamente ao tentar se adaptar às necessidades de todos os grupos. Focado majoritariamente na validação do direito indígena, o pluralismo jurídico da América Latina foi muito mais hesitante em reconhecer a persistência de uma legalidade distinta entre afro-latino-americanos. De acordo com esses pesquisadores, essa foi a consequência da tendência de se concentrar em grupos étnicos, os quais eram apresentados nessas narrativas como os únicos portadores naturais de uma cultura distinta, incluindo a jurídica, que merece reconhecimento. Como resultado disso, a atribuição de direitos comunitários, incluindo direitos legais, aos afro-latino-americanos geralmente ocorreu somente depois que os membros desses grupos (ou seus defensores) adotaram a linguagem da etnia[36]. Esta tendência de exigir (e conceder) direitos principalmente por referência a classificações étnicas, mas não raciais, por exemplo, levou, no caso latino-americano, a importantes processos de etnogênese que fizeram com que a negritude "se parecesse cada vez mais com a indianidade"[37].

5. O QUE O PLURALISMO FALHA EM CONSIDERAR

Em razão de o pluralismo contemporâneo ter em seu núcleo o projeto de descentralizar o estado e recuperar os poderes legislativos de outras autoridades e grupos, a maioria das narrativas do pluralismo jurídico presta pouca atenção a como os membros de grupos que se dizem manifestar uma legalidade distinta participam na elaboração e legitimação do direito estatal. Em vez de se restringirem a uma postura jurídica independente e autônoma ou simplesmente a adotarem as suas estratégias e retórica para se adequarem ao direito estatal, esses atores também criam, modificam e impõem esse direito. Historiadores da América Latina colonial há muito descrevem suas contribuições, demonstrando não apenas como os indígenas instrumentalizaram o direito colonial, mas também como eles o modificaram e o legitimaram[38]. Estudiosos da América Latina contemporânea igualmente mostraram que os direitos não são geralmente demandados por sujeitos genericamente distintos que desejam exercê-lo em razão da sua incorporação ou para desafiar o direito estatal[39]. Ao contrário, a maioria dos atores pode não conhecer ou reconhecer que existem diversos sistemas jurídicos, ou ainda que poderiam escolher entre eles. Enquanto isso, a alegação dos direitos indígenas frequentemente intensifica o poder e o alcance do direito estatal por inserirem, ao invés de isolarem, atores indígenas. O resultado, na prática, é que o pluralismo jurídico dos dias de hoje geralmente envolve reconhecer uma pluralidade de sujeitos e de direitos, não uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.

---

[36] ANDERSON, Mark. When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras. **The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology**, v. 12, n. 2, 2007, p. 385–386; RESTREPO, Eduardo. **Etnización de la negridad**: La invención de las "comunidades negras" como grupo étnico en Colombia. Popayán: Editorial Universidad de Cauca, 2013.

[37] WADE, Peter. **Race and Ethnicity in Latin America**. Chicago: Pluto Press, 1997, p. 37.

[38] YANNAKAKIS, Yanna. Beyond Jurisdictions: Native Agency in the Making of Colonial Legal Cultures: A Review Essay. **Comparative Studies in Society and History**, v. 57, n. 4, 2015, p. 1070–1082; DUEÑAS, Alcira. Indian Colonial Actors in the Lawmaking of the Spanish Empire in Peru. **Ethnohistory**, Durham, v. 65, n. 1, 2018, p. 51–73.

[39] THORNHILL, Chris et al. Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. **University of Toronto Law Journal**, v. 68, n. 3, 2018; THOMAS, Marc Simon. **The Challenge of Legal Pluralism**: Local Dispute Settlement and the Indian-State Relationship in Ecuador. New York: Routledge, 2017, p. 2–4.

A falta de atenção à contribuição daqueles que supostamente exercem uma tradição jurídica diferente daquela do direito estatal pode ser parcialmente explicada pelo fato de que a maioria dos defensores do pluralismo jurídico se concentra em sistemas jurídicos alternativos e na sua capacidade de criar normas. Ainda assim, paradoxalmente, quase nenhum desses autores presta atenção à questão de como essas normatividades são produzidas: quais os processos e práticas que criam o conhecimento que alcança um status normativo, onde ele é criado e quem atua sobre ele. Imaginando o direito como dado, ou focando nos desejos dos atores, ao invés do contexto que dá a suas escolhas certos sentidos e significados, esses autores falham em observar o quadro geral, ou em se questionar como o direito – seja estatal ou indígena – surge.

6. ONDE O PLURALISMO CONTRIBUI

Discussões sobre o pluralismo jurídico poderiam ser úteis de diversas formas. Elas poderiam chamar atenção para as deficiências de uma história do direito que foca no direito como produto de Estados, o que erroneamente equipara direito e legislação e que procura naturalizar o aparecimento de sistemas jurídicos nacionais[40]. Porém, para alcançar esses resultados, devemos lembrar que o passado era diferente. Reconhecer essas diferenças pode nos ajudar a questionar as estruturas dos dias atuais ao não mais sugerir intuitivamente que elas tenham sido herdadas e, por isso, sejam necessárias ou preditas. Reconhecer as diferenças também tem o potencial de estimular acadêmicos a focar nos desafios que o desenvolvimento recente apresenta: por exemplo, como lidar com a pluralidade de demandas e reconhecer diferenças enquanto se mantém um grau suficiente de consenso e integração. Alternativamente, elas podem nos ajudar a imaginar um consenso apesar das diferenças, igualdade apesar das desigualdades. Podem também nos ajudar a imaginar os instrumentos jurídicos necessários para a fusão de um sistema tão complexo e como poderão continuar a desenvolver-se à medida que a sociedade muda.

Visto a partir dessa perspectiva, a maior promessa de pluralismo jurídico envolveria uma movimentação partindo da descrição de fragmentações para encontrar novos cenários que aceitariam a pluralidade com suas consequentes inconsistências e contradições, ainda sugerindo meios para lidar efetivamente com isso, criando pontes ao invés de construindo barreiras[41]. Não há nada fundamentalmente progressivo ou emancipatório sobre pluralismo jurídico. Pluralismo jurídico poderia se tornar um elemento generativo, mas, para permitir que ele funcione dessa forma, dentre outras coisas, devemos libertá-lo da sua falsa dependência do passado.

[40] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospectivas do direito no século XXI. São Paulo: Annablume Editora, 2013; ANDRÉ, Patrícia. O direito nas dinâmicas paradigmáticas: a leitura realista e pluralista de António Manuel Hespanha. **Themis**, v. 20, n. 35, 2019, p. 221–259.

[41] BIANCHI, Andrea. **International Law Theories**: An Enquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 231. Cf. também: BERMAN, Paul Schiff. From Legal Pluralism to Global Legal Pluralism. In: NOBLES, Richard; SCHIFF, David. (Orgs.). **Law, Society and Community**: Socio-Legal Essay in Honour of Roger Cotterrell. Farnham: Routledge, 2014, p. 256–257; BERMAN, Paul Schiff. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, 2009, p. 236.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Mark. When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras. **The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology**, v. 12, n. 2, 2007, p. 384–413.

ANDRÉ, Patrícia. O direito nas dinâmicas paradigmáticas: a leitura realista e pluralista de António Manuel Hespanha. **Themis**, v. 20, n. 35, 2019, p. 221–259.

BENTON, Lauren. Historical Perspectives on Legal Pluralism. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 3, n. 1, 2011, p. 57-69.

BENTON, Lauren. **Law and Colonial Cultures:** Legal Regimes in World History, 1400–1900. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. Jurisdiction, Sovereignty and Political Imagination in the Early Modern World. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 1-18.

BERMAN, Paul Schiff. From Legal Pluralism to Global Legal Pluralism. In: NOBLES, Richard; SCHIFF, David. (Orgs.). **Law, Society and Community**: Socio-Legal Essay in Honour of Roger Cotterrell. Farnham: Routledge, 2014, p. 255–271.

BERMAN, Paul Schiff. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, 2009, p. 225-242.

BIANCHI, Andrea. **International Law Theories**: An Enquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BIRTH, Dominic. Legal Pluralism in Early Modern England and Colonial Virginia. **Journal of Institutional Studies**, v. 5, n. 2, 2019, p. 717-748.

BURBANK, Jane; COOPER, Frederick. Rules of Law, Politics of Empire. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p 279–294.

BURKE, Peter. Foundation Myths and Collective Identities in Early Modern Europe. In: STRATH, Bo. (Org.). **Europe and the Other and Europe as the Other.** Brussels: Peter Lang, 2000, p. 113–122.

CAZZETTA, Giovanni. Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 1-25.

CLARK, David S. Legal Pluralism in Latin America. **Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 1, 1982, p. 27-31.

CONTE, Emanuele. Legal Pluralism from History to Theory and Back: Otto von Gierke, Santi Romano, and Francesco Calasso on Medieval Institutions. **Law and History Review**, First View, 2023, p. 1-12.

COSTA, Pietro. Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 29-118.

COSTA, Pietro. **Iurisdictio:** semantica del potere politico nella iuspubblicistica medievale (1100–1433). Milan: Giuffrè, 1969.

COSTA, Sergio. Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. In: MASCAREÑO, Aldo; ARAUJO, Kathya. (Orgs.). **Legitimization in World Society**. London: Routledge, 2012, p. 139-156.

DAWSON, John Philip. The Codification of the French Customs. **Michigan Law Review**, v. 38, n. 6, 1940, p. 765-800.

DONLAN, Séan Patrick. Histories of Hybridity: a Problem, a Primer, a Plea and a Plan (of Sorts). In: CASHIN-RITAINE, Eleanor; DONLAN, Séan Patrick; SYCHOLD, Martin. (Orgs.). **Comparative Law and Hybrid Legal Traditions**. Zurich: Schulthess, 2010, p. 1–14.

DUEÑAS, Alcira. Indian Colonial Actors in the Lawmaking of the Spanish Empire in Peru. **Ethnohistory**, Durham, v. 65, n. 1, 2018, p. 51–73.

DUVE, Thomas. Indigenous Rights: Latin America. In: DUBBER, Markus Dirk; TOMLINS, Christopher. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 817-837.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. El pluralismo jurídico en la América española, 1492–1824. *In*: GARCÍA-GALLO, Alfonso. (Org.). **Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano**. Madrid: Real academia de jurisprudencia y legislación, 1987, p. 299–310.

GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen. **ISTOR, Revista de Historia Internacional**, v. 16, 2004, p. 1-21.

GILISSEN, John. **Le pluralism juridique**. Brussels: Université de Bruxelles, 1972.

GRIFFITHS, John. The Idea of Sociology of Law and Its Relations to Law and to Sociology. In: FREEMAN, Michael. **Law and Sociology**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 49-68.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 24, 1986, p. 1-55.

GRINBERG, Martine. La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux. **Annales HSS**, v. 52, n. 5, 1997, p. 1017-1038.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Rome-Bari: Laterza, 1996.

HALLIDAY, Paul D. Law's Histories. Pluralisms, Pluralities, Diversity. In: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs.). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p 261-278.

HERZOG, Tamar. **A Short History of European Law**: The Last Two and a Half Millennia. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

HERZOG, Tamar. Colonial Law and "Native Customs": Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America. **The Americas**, v. 63, n. 3, 2013, p. 303-321.

HERZOG, Tamar. Latin American Legal Pluralism: The Old and the New. **Quaderni Fiorentini**, v. 50, n. 2, 2021, p. 705-736.

HERZOG, Tamar. Germanic or Roman? Western European Narratives of Legal Origins. **Rechtsgeschichte - Legal History**, v. 28, 2020, p. 18-30.

HESPANHA, António Manuel. A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado. **Anuario de Filosofía del Derecho**, v. 3, 1986, p. 191-228.

HESPANHA, António Manuel António Manuel. **Como os juristas viam o mundo. 1550–1750**: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático:** prospectivas do direito no século XXI. São Paulo: Annablume Editora, 2013.

HOEKEMA, Andreas Jan. European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures; Cases of Interlegality. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 37, n. 51, 2005, p. 1-28.

HOFFMANN, Odile. **Política e identidad afrodescendientes en México y América Central.** México: UNAM, 2010.

HOOKER, Juliet. Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America. **Journal of Latin American Studies**, v. 37, 2005, p. 285–310.

HOOKER, Michael Barry. **Legal Pluralism:** An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws. Oxford: Clarendon Press, 1975.

HUMFRESS, Caroline. Legal Pluralism's Other: Mythologizing Modern Law. **Law and History Review**, First View, 2023, p. 1–14.

KIM, Marie Seong-Hak. Legal Pluralism and Colonial Customary Law. **Perspectives**, n. 6, 2012, p. 4-5.

MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law and Society Review**, v. 22, n. 5, 1988, p. 869-896.

PASTORE, Baldassare. Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo. **Quaderni fiorentini**, v. 50, n. 1, 2021, p. 399-432.

PINTO, Simone Rodrigues; ÁVILA, Carlos Federico Domingues. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. **Política y cultura**, v. 35, 2011, p. 49-66.

RESTREPO, Eduardo. **Etnización de la negridad**: La invención de las "comunidades negras" como grupo étnico en Colombia. Popayán: Editorial Universidad de Cauca, 2013.

ROJAS, Beatriz. **Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas.** México: Instituto Mora, 2007.

ROSS, Richard J.; STERN, Philip J. Reconstructing Early Modern Notions of Legal Pluralism. *In*: BENTON, Lauren; ROSS, Richard J. (Orgs). **Legal Pluralism and Empires, 1500–1850**. New York: NYU Press, 2013, p. 109–141.

SEINECKE, Ralf. Rechtspluralismus in der Rechtsgeschichte. **Rechtsgeschichte – Legal History**, v. 25, 2017, p. 215-228.

SIEDER, Rachel; BARRERA, Anna. Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. **Journal of Latin American Studies**, v. 49, 2017, p. 633-658.

STRAUSS, Gerald. **Law, Resistance, and the State**: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany. Princeton: Princeton University Press, 1986.

TAMANAH, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**, v. 30, 2008, p. 375-411.

TEUSCHER, Simon. **Lords' Rights and Peasant Stories:** The Writing and the Formation of Tradition in the Later Middle Ages. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

THOMAS, Marc Simon. **The Challenge of Legal Pluralism**: Local Dispute Settlement and the Indian-State Relationship in Ecuador. New York: Routledge, 2017.

THORNHILL, Chris *et al*. Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. **University of Toronto Law Journal**, v. 68, n. 3, 2018, p. 440-493.

TIMMER, Jaap. Legal Pluralism. In: CALLAN, Hilary. (Org.). **International Encyclopedia of Anthropology**. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2018, p. 3671-3672.

TUORI, Kaius. The Disputed Roots of Legal Pluralism. **Law, Culture and the Humanities**, v. 9, n. 2, 2011, p. 330-351.

TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective. **Duke Journal of Comparative and International Law**, v. 20, n. 3, 2010, p. 473–517.

VALLEJO, Jesus. El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune. **Revista de historia del derecho**, v. 38, 2009, p. 1-13.

VELASCO, Marcela. Multiculturalism, Legal Pluralism, and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. **Journal of Latin American Studies**, v. 50, 2017, p. 517–547.

WADE, Peter. **Race and Ethnicity in Latin America.** Chicago: Pluto Press, 1997.

YANNAKAKIS, Yanna; SCHRADER-KNIFFKI, Martina. Between the "Old Law" and the New: Christian Translation, Indian Jurisdiction, and Criminal Justice in Colonial Oaxaca. **Hispanic American Historical Review**, v. 96, n. 3, 2016, p. 517–548.

YANNAKAKIS, Yanna. Beyond Jurisdictions: Native Agency in the Making of Colonial Legal Cultures: A Review Essay. **Comparative Studies in Society and History**, v. 57, n. 4, 2015, p. 1070–1082.

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS PATENTES: ANÁLISE DAS DECORRÊNCIAS JURÍDICAS

Giovanna Martins Sampaio [1],
Neila Pereira [2]

RESUMO

A atual pesquisa objetivou investigar o uso da Inteligência Artificial (IA) no desenvolvimento de patentes, especialmente na busca e divulgação da anterioridade. A problemática da pesquisa refere-se ao questionamento se a tecnologia de IA pode ser considerada como uma Inventora de si mesma, e detentora de uma patente: quais são as principais considerações e argumentos para recusar essa ideia no cenário presente? Consequentemente, para alcançar esse empreendimento multidisciplinar de estudo da interface entre a IA e patentes, foi necessário aplicar uma perspectiva também centrada na análise de dados (data mining), na IOT (Internet das coisas, ou seja, a interconexão digital entre pessoas e coisas) e nas novas tecnologias na era da revolução digital, avaliando-se a característica algorítimica do black boxing. Além disso, os estudos abarcaram necessariamente a contextualização e critérios da responsabilidade jurídica, dos direitos de personalidade e das relações contratuais enquanto fatores fundamentais para embasar a tese aqui discutida. Os estudos abordaram sumariamente os aspectos e políticas regulatórios da IA no contexto internacional e comunitário, fornecendo uma pespectiva de direito comparado. Por fim, o trabalho tentou abordar algumas das questões de transparência e éticas envolvidas nesse problemático tema, trazendo-se o conceito de Cui bono para justificar a impossibilidade de concessão de uma patente à IA. Portanto, este trabalho de pesquisa contemplou as vantagens e desvantagens envolvidas no cenário de IA, demonstrando o desempenho e os resultados aprimorados de seu uso na área de propriedade industrial, de acordo com práticas e técnicas de negócios, e os parâmetros éticos que devem ser perseguidos pela sociedade, para desenvolver um uso transparente e confiável da IA como uma ferramenta de assistência especial no sistema de patentes.

[1] Doutoranda em Ciência da Propriedade Intelectual pela UFS. Bacharela em Direito pela UFBA (com intercâmbio na Universidade de Coimbra) e em Administração pela UFBA. Mestra pelo PROFNIT/UFBA. Atua nas áreas de Propriedade Intelectual, Inovação, Tecnologia e Direito Internacional dos Negócios. Participa de grupos de pesquisa em Propriedade Intelectual, AED, Direito Empresarial, Relações Trabalhistas, Direitos Humanos e História do Direito. Avaliadora Ad Hoc em periódicos acadêmicos nas áreas de Humanidades, Educação, Saúde Pública e IA.

[2] Professora Adjunta do Departamento Interdisciplinar, UFRGS. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências, ICBS, UFRGS e do Programa de Pós-Graduação em Ensino de Física, Sociedade Brasileira de Física, Campus Litoral Norte, UFRGS. Doutora em Educação em Ciências pelo PPG Educação em Ciências: Química da Vida e Saúde (ICBS/ UFRGS, 2013) e Mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação (2007).

PALAVRAS-CHAVE: *Patentes; Inteligência Artificial; Responsabilidade jurídica; Personalidade; Contratos.*

USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PATENTS: ANALYSIS OF LEGAL IMPLICATIONS

ABSTRACT

This research sought to investigate the use of Artificial Intelligence in the development of patents, especially in the search and dissemination of anteriority. The research problematic refers to the question of whether AI technology can be considered as an Inventor in itself, and hold a patent: What are the main considerations and arguments for refusing this idea in the present scenario? Consequently, to achieve this multidisciplinary undertaking to study the interface between AI and patents, it was necessary to apply a perspective also centered on data analysis, IOT (Internet of Things meaning the digital interconnection between people and things) and new technologies in the age of the digital revolution, evaluating the algorithmic characteristic of black boxing. In addition, the studies necessarily covered the contextualization and criteria of legal responsibility, personality rights and contractual relations as fundamental factors to support the thesis discussed here. The studies briefly addressed the regulatory aspects and policies of AI in the international and context, providing a perspective of comparative law. Lastly, the work tried to address some of the issues of transparency and ethics involved in this problematic topic, bringing the concept of Cui bono to justify the impossibility of granting a patent to AI. Therefore, this research work encompassed the advantages and disadvantages involved in the AI scenario, demonstrating improved performance and results of its use in the industrial property area, according to business practices and techniques, and the ethical parameters that must be pursued by society, to develop a transparent and reliable use of AI, as a tool especially in the patent system.

KEYWORDS: *Patents; Artificial Intelligence; Liability; Personality; Contracts.*

1. INTRODUÇÃO

Em 2021, o Brasil publicou oficialmente a sua primeira estratégia de Inteligência artificial (IA) que visa abordar a regulação do uso ético e consciente da IA, bem como a sua governança e capacitação da força de trabalho humana em relação à IA, através do estímulo em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e CTI (Ciência, Tecnologia e Inovação) em tecnologias e metodologias de IA, e traçando enquanto objetivos: "contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de IA responsáveis; promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em IA; remover barreiras à inovação em IA; capacitar e formar profissionais para o ecossistema da IA; estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional; e promover ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da Inteligência Artificial" (MCTI, 2021). Assim, percebe-se a extensão das questões adjacentes à problemática da IA bem como a relevância dessa temática no âmbito regulatório nacional, e internacional e comunitário num viés comparativo.

Desse modo, atual pesquisa objetivou investigar o uso da IA no desenvolvimento de patentes, analisando-se as consequências e impactos jurídicos advindos desse fenômeno, e considerando o emprego especialmente na busca e divulgação da anterioridade. O problema de pesquisa refere-se ao questionamento se a tecnologia de IA pode ser considerada como uma Inventora de si mesma, e detentora de uma

patente: quais são as principais considerações e argumentos para recusar essa ideia no cenário presente?

A metodologia aplicada, segundo a forma de abordagem do problema, foi primordialmente do tipo qualitativa, posto que a representação quantitativa não se conformou no foco e sentido deste trabalho. Segundo o objetivo da pesquisa, a sua metodologia foi do tipo exploratória e descritiva. A pesquisa descritiva visa descrever as características dos fatos e dos fenômenos e o estabelecimento das relações entre as variáveis consideradas". Gil (2010, p. 42) traz que, "as pesquisas descritivas identificam as características de determinada população ou fenômeno". A pesquisa exploratória visa promover uma aproximação com o objeto de estudo. Também conforme o mesmo autor, "a pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses, sendo isso feito ao longo do trabalho".

Segundo a coleta de dados, a pesquisa foi do tipo bibliográfica e sistemática, onde foram utilizadas publicações nacionais e internacionais referentes ao tema nomeadamente artigos, monografias, dissertações e teses de doutorado; livros, dados e notícias em formato online). Portanto, foi investigado o estado da técnica existente sobre o tema no que se refere ao referencial teórico de discussão. Ademais, quanto aos métodos potenciais e relacionados ao presente trabalho, tem-se o emprego de sistemas de inteligência em relação à busca dessa revisão de literatura ora empregada. Ainda, abarca-se também a utilização de estratégias de pesquisa relacionadas a *mapping*, bem como que o emprego de cenários para a obtenção de resultados mais satisfatórios e apropriados ao objetivo deste estudo (ALVES, 2010). Por fim, foi feita uma espécie de prospecção para a definição do tema, recorte e justificativa, e primordialmente como filtragem dos trabalhos que comporiam o referencial teórico do presente artigo.

Serão fornecidas aqui brevemente aos leitores apenas as definições específicas relacionadas aos sistemas de IA no contorno legal de responsabilidade, personalidade e ética. Não se achou necessário criar um conceito original devido à quantidade diversificada de definições e estudos, em arenas multidisciplinares. Lembrando que a definição da IA envolve primordialmente os conceitos de algorítimos matemáticos, sistemas especialistas e complexos, e redes neurais (TACCA; ROCHA, 2018).

Toma-se a seguinte concepção trazida por Ameet Joshi, 2020 (pg. 67): "É uma máquina capaz de processar grande quantidade de dados provenientes de várias fontes e gerar insights e resumo a uma velocidade extremamente rápida e é capaz de transmitir esses resultados aos seres humanos em interação humana, por exemplo".

Portanto, observa-se ainda a opinião do Woodrow Barfield (2015) sobre o tópico da IA: "Uso uma definição mais ampla de inteligência. Quando eu uso o termo, quero descrever máquinas artificialmente inteligentes que podem executar cognitivas, tarefas perceptivas e motoras nos níveis humanos de habilidade".

E também se apela a esse mesmo autor para apresentar a possível noção de singularidade dos sistemas de IA:

> "Embora a "inteligência" seja usada como o fator chave nas discussões sobre a próxima singularidade, acho que a questão mais importante para a humanidade considerar é a da "ciência", aquele ponto no tempo ou no desenvolvimento em que máquinas artificialmente inteligentes afirmam ser consciente e vivo. Quando isso acontecer, e acredito que até o final deste século, ficará interessante. Eu, pelo menos não teria nenhum problema em puxar o plugue de uma máquina mais inteligente que eu, mas claramente não consciente; enquanto eu teria dificuldade em puxar o plugue de uma máquina que me convence de que é consciente e não é uma ameaça para a humanidade" (BARFIELD, 2015, pág. 45).
>
> "Se essas ferramentas e outras serão desenvolvidas serão suficientes para atingir a singularidade, fique atento, provavelmente descobriremos nas próximas décadas. Na minha opinião, desvendar os mistérios do cérebro humano é um requisito necessário para que a Singularidade ocorra e que as máquinas se tornem sencientes" (Ibid, pág. 47).

Portanto, pode-se considerar que a singularidade seria um conceito de autoavaliação: se as tecnologias e ferramentas de IA não são "singulares", nem sencientes ou conscientes de si mesmas, como poderiam inventar algo, nos termos genuínos do que é uma invenção?

Uma avaliação adicional sobre a definição de IA (observando sua utilidade, adequação e terminologia relativas ao sistema jurídico) foi fornecida pela Comissão Europeia em seu estudo de 2018: " um exemplo genérico de IA é formado por bases de conhecimento (também conhecido como "sistemas especializados") que é essencialmente um armazenamento de dados e um conjunto de regras para tirar conclusões lógicas desses dados. Os dados e as regras devem ser fornecidos pelos operadores da IA".

Nesse contexto, foca-se diretamente na observação feita por Daryl Lim (2018): "É improvável, no entanto, que uma IA possa se qualificar como inventor de acordo com a lei atual. A concepção pode ser realizada apenas por pessoas físicas, porque a IA não tem intenção de falar".

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 PERSONALIDADE JURIDICA

A personalidade jurídica é o Instituto primaz do Direito que eleva determinado agente ao patamar de Sujeito, conferindo-lhe, portanto, toda uma esfera de direitos, obrigações e deveres que identifica cada indivíduo ou entidade no campo jurídico. Assim, as inteligências artificias não podem ser consideradas sujeitos de direito por não serem pessoas naturais nem jurídicas, ou seja, empresas, para as quais se atribuem essa personalidade e titularidade jurídicas. Desse modo, as IAs são hoje entendidas como coisas (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018).

Ao não serem sujeitos de direito, não possuem os caracteres da capacidade nem personalidade jurídicas, não podendo, portanto, transacionar na esfera jurídica, ou seja, estabelecer contratos, licenciar direitos, etc.

Adiciona-se inclusive que a lei entende como titular ou inventor da patente pessoas dotadas de personalidade jurídica, ou seja, serão inventores estritamente as pessoas físicas, sendo a titularidade das patentes atribuídas aos indivíduos naturais ou às pessoas jurídicas, quais sejam, aquelas empresas, companhias e empreendimentos possíveis do ponto de vista legal (TERRA, 2015).

Portanto, como essas "máquinas artificiais" não têm personalidade jurídica e não podem adquirir ativos, pensa-se ainda que considerar o sistema de IA como o inventor é verdadeiramente irracional e desproporcional. Tomar a IA como criadora de uma invenção industrial prejudicaria, por natureza, a proteção dos consumidores pois deve-se considerar um risco e perigo aumentados uma vez que as metodologias de IA não são transparentes, sendo eminentemente opacas (TACCA; ROCHA, 2018).

A este respeito, já se sabe a relevância da proteção do consumidor no mercado brasileiro e europeu, e mais, como vai ser desenvolvido neste trabalho, o aporte inicial dos dados deve necessariamente ser fornecido por um ator humano, determinando a impossibilidade de a IA ser considerada inventora (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018).

Ademais, a pretensiosa tese da imparcialidade e neutralidade tecnológicas é rebatida, considerando-se ainda interferência humana no input inicial de informações de IA, resultando na existência de vieses (bias) nos sistemas de IA (TACCA; ROCHA, 2018).

Portanto, percebe-se uma espécie de supervisão humana em relação ao aporte inicial dos dados, e promovendo certo controle - e até refinamento – dos resultados por este inventor humano, desde a pesquisa de arte anterior visando a correção de erros, por exemplo (TERRA, 2015).

Consequentemente, o inventor será o humano que utiliza a IA como uma ferramenta e como auxiliar na criação de uma invenção, contabilizando aqui os benefícios potenciais na velocidade de processamento de dados dos métodos de IA.

Uma avaliação da concepção por trás das tecnologias de IA foi recentemente dita pela Comissão (2018): "A IA precisa de grandes quantidades de dados para ser desenvolvida. O aprendizado de máquina, um tipo de IA, funciona identificando padrões nos dados disponíveis e aplicando o conhecimento a novos dados [...] Depois de treinados, os algoritmos podem classificar corretamente objetos que nunca viram". Nesse campo, avalia-se melhor a necessidade fundamental do input de dados exigida por um sistema de IA, notando assim que o inventor humano será finalmente o agente que fornece os conjuntos de informações principais que serão processadas pela IA, e que optou por usar a IA para acelerar determinados processos de pesquisa, por exemplo (TACCA; ROCHA, 2018).

Portanto, aceita-se os benefícios que a IA pode oferecer como uma ferramenta, especialmente no sistema de patentes, uma vez que o volume e a quantidade de

processamento de dados conformam características e requisitos importantes de patenteabilidade, considerando a extensa pesquisa de arte anterior necessária para obter um novo produto a partir de uma invenção patenteável (Ibidem).

Mais longe, percebe-se a necessidade do monitoramento humano antes e depois do emprego da IA nessa busca, já que os inventores humanos precisam "preparar" e fornecer dados, e depois de tudo, verificar os resultados ofertados pela IA, devido à falta de transparência inerente a esses sistemas de tecnologias "artificiais" (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018).

Acredita-se que o emprego desses métodos faz da IA um processador mais rápido de todos os dados disponíveis, alcançando resultados mais rápidos e eficazes: isso constitui o maior benefício do uso da IA no sistema de patentes, uma vez que as metodologias da IA podem ajudar no principal requisito de patenteamento, qual seja, avaliar o estado da arte em toda a técnica anterior disponível (TACCA; ROCHA, 2018).

Levando em consideração que as metodologias de IA não conseguem operar num vácuo absoluto de dados, exigirá, portanto, a entrada de dados por humanos, que serão considerados finalmente como os inventores daquela criação. Portanto, a estrutura atual existente do sistema de patentes é considerada adequada no significado de conferir os direitos da patente exclusiva ao criador humano, que escolheu empregar ferramentas de IA, e acredita-se que isso consiste numa vantagem distinta e competitiva em relação ao desenvolvimento de uma invenção patenteável (TERRA, 2015).

Atribuir uma personalidade jurídica ou fictícia a IA significaria fornecer aos sistemas de IA um certo tipo de personalidade com o único objetivo de possibilitar a aquisição de ativos. Acredita-se que isso seja contraditório com o próprio objetivo e fundamentos da personalidade jurídica (TACCA; ROCHA, 2018).

Alguns estudiosos argumentam que as metodologias da IA poderiam ter personalidade na mesma linha de comparação com a personalidade corporativa das empresas. Eles parecem esquecer que existem indivíduos por trás, compondo das empresas - essa foi uma categoria legal historicamente construída para proteger as pessoas e suas propriedades pessoais, em relação aos seus empreendimentos comerciais (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018).

Na presente situação, se for defendido que a IA pode ser inventora, percebe-se que há um desejo, uma vontade em se excluir o elemento humano para fornecer mais independência e autonomia à IA. Portanto, pode-se confiar que o reconhecimento das características inerentes à IA é crucial para determinar seus usos legais e éticos, o que leva a abordar as diretrizes e regras corretas para lidar com a IA na sociedade humana.

Também pode-se avaliar a carta aberta à Comissão Europeia, apresentada por especialistas em robótica e IA, "É altamente contra-intuitivo chamá-los de 'pessoas', desde que não possuam algumas qualidades adicionais normalmente associadas a pessoas humanas, como liberdade de vontade, intencionalidade, autoconsciência, agência moral ou um senso de identidade pessoal" (CE, 2018). Acredita-se que as técnicas de IA são capazes de muito ajudar a comunidade a inovar, ante sua enorme velocidade e eficiência no processamento de dados.

Pode-se pensar que o objetivo indireto de conferir personalidade jurídica seria algum tipo de vantagem externa da IA na aquisição de ativos, e não a proteção contra as transações comerciais de risco, por exemplo, sendo possível que empresas e sujeitos estejam querendo utilizar essa suposta inventividade da IA de maneira deturpada para escapar, fugir justamente das responsabilidades legais correlatas e inafastáveis. Portanto, acredita-se que qualquer tentativa - pelo menos por enquanto - de fornecer artificialmente aos métodos de IA personalidade jurídica contradiz e prejudica o sistema de patentes contemporâneo (TACCA; ROCHA, 2018).

Como foi apresentado no relatório da Comissão Europeia (2018), sobre responsabilidade da IA e tecnologias emergentes, alguns dos formuladores de políticas públicas e profissionais tentam até propor o que denominam de "e-personity" ou e-personalidade, mas acredita-se que o mesmo problema permanece: o fornecimento "artificial" à IA dessa personalidade jurídica apenas com o objetivo superficial de adquirir ativos.

Além disso, acredita-se que seria injusto, e legalmente antiético, aceitar a IA como inventora, desconsiderando sua impossibilidade atual de ser responsabilizada, e transferindo deliberadamente essa responsabilidade para outro agente sem quaisquer avaliações ou considerações. Além disso, levando em consideração a estrutura específica de direitos patentários, deve-se considerar a IA como um sistema de IA, lembrando que nenhuma "engenharia" pode reproduzir ou calcular o cérebro humano (REGALADO, 2013).

As particularidades das metodologias de IA residem principalmente na velocidade do processamento de dados, dependendo a IA da entrada de informações fornecidas pelos inventores humanos. Finalmente, os titulares humanos de invenções comercializadas já podem ser responsabilizados em caso de danos aos consumidores, pelo que essa tendência deve continuar a ser aplicada visando a proteção dos consumidores enquanto hipossuficientes. Finalmente, também é necessário aqui destacar a relevância do desenvolvimento de uma IA centrada no ser humano, especialmente no contexto brasileiro e comunitário (MARINHO, 2011).

Assim, consiste numa vantagem usar a IA como uma ferramenta auxiliar para atender aos requisitos de patenteabilidade em um ritmo mais rápido, com o processamento de dados de arte anterior em uma velocidade mais alta. No que diz respeito à supervisão humana dos resultados da IA, uma vez que existe uma alta probabilidade de ocorrer vieses e erros no âmbito da IA, é preciso considerar o seguinte: “No entanto, essa também é uma área em que a remoção da operação humana envolve riscos substanciais, porque o custo do fracasso pode ser muito alto. Atualmente, ainda é necessária uma medida da supervisão humana devido à probabilidade de casos de borda, limítrofes [...] " (FINK, 2014).

Os juristas fornecem várias respostas e alternativas diferentes para esse problema, mas realmente acredita-se que essa questão não está completamente resolvida, o que leva a considerar que uma IA será uma ferramenta que traz melhorias para certa invenção a ser registrada enquanto patente por um inventor humano em concreto.

Mais longe, uma das principais condições patenteamento de determinada invenção é a necessidade de divulgação máxima dos procedimentos que levaram àquela criação, no escopo jurídico das reivindicações e relatórios descritivos apresentados, exigidas pelos escritórios de patentes em todo o mundo (TERRA, 2015).

Isso está intrinsecamente relacionado aos importantes requisitos da etapa inventiva e da aplicabilidade industrial, conforme fornecido anteriormente neste presente trabalho: a etapa inventiva será avaliada considerando a figura de uma pessoa qualificada no campo, e esse indivíduo vai, com base nos documentos que acompanham a patente (reivindicações e descrição detalhada), vai avaliar como reproduzir e implementar a invenção.

2.2 RELAÇOES CONTRATUAIS

Relativamente à avaliação contratual da IA, tem-se a impossibilidade de aplicar o postulado da boa-fé (pensando em uma situação em que a interpretação jurídica é necessária, como ocorre na maioria dos casos, além do dever pré-contratual de boa-fé em si mesmo, que cada vez mais é reconhecido) devido à característica inerente de uma "Inteligência" artificial, ou seja, a sua falta de personalidade (BARBOSA, 2020).

Sumariamente, coloca-se que o contrato é um instrumento através do qual são criados direitos e obrigações jurídicas. Assim, é necessário que haja intencionalidade, volição-vontade e consentimento legítimos de ambas as partes contratantes. As relações contratuais são regidas por determinadas doutrinas como a Privação do contrato (os direitos e obrigações estabelecidos em um contrato são restritos às partes privadas, ou seja, ali contratantes); a Liberdade contratual: *ninguém é obrigado a contratar com outrem;* a Autonomia negocial: refere-se ao acordo autônomo de vontades para criar direitos e obrigações jurídicos; o princípio do Pacta sus servanda: *os pactos e contratos são feitos para serem cumpridos e respeitados; e* a Boa-fé.

Ademais, traz-se aqui a definição de Boa-fé jurídica, que de forma objetiva, consiste numa espécie de dever de "cuidado", ou melhor, um dever de se comportar tendo por base a confiança existente nas relações humanas e jurídicas:

> *A boa-fé objetiva* é um *standard*, "um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada". É uma cláusula geral, segundo a qual o julgador poderá valorar a atuação dos contratantes e decidir se houve transgressão da razoabilidade e da proporcionalidade (SILVA, 2013).

Nessa ótica, deve-se preocupar com a possibilidade de uma IA poder contratar com um consumidor que hipoteticamente comprará sua invenção na forma de um produto: como proteger esse consumidor em caso de defeitos de produto e considerando a assimetria informacional entre IA e consumidor, e o direito de informação do consumidor?

Além disso, já que a IA não tem personalidade jurídica, como poderia "assinar" qualquer contrato, com um consumidor ou pensando ainda em um contrato de

licenciamento de direitos patentários com uma empresa que comercializará diretamente a invenção?

Nesta linha, Barfield (2015, pág. 47) já expôs: "Por exemplo, um contrato negociado por uma máquina artificialmente inteligente será considerado válido, quem será considerado as partes contratantes e quem será responsável por uma quebra de contrato?

Ele também continua:

> Para levar esse ponto um passo adiante, todo contrato aplicável tem uma oferta e aceitação, consideração e uma intenção de criar obrigações legais. Atualmente, uma máquina artificialmente inteligente não é vista como tendo capacidade de formar uma intenção por vontade própria e, portanto, por este e outros razões não podem ser contratadas em seu próprio nome (BARFIELD, 2015, pág. 208).

No entanto, como a IA não possui personalidade jurídica e não pode transacionar seus direitos por meio de contratos de licenciamento ou mesmo assinar contratos, como a IA terá ou cumprirá um contrato de funcionário com o inventor humano da criação, por exemplo? Não parece muito razoável e, portanto, tem-se que assumir que o emprego da IA como ferramenta auxiliar seja potencial e vantajosamente usado por esse inventor humano.

Portanto, deve-se levar em consideração as mudanças gerais que a IA traz para todo o mercado - e considera-se que essas consequências são mais especiais relacionadas ao Sistema de Propriedade Intelectual - para finalmente atingir uma IA verdadeiramente centrada no ser humano (TACCA; ROCHA, 2018). Os países devem, destarte, fortalecer seus status e incentivos à pesquisa e, trazendo Inovações benéficas ao mercado. Uma qualidade muito "humana" e essencial para promover a inovação é bem conhecida: Diversidade. Nessa senda, as potências devem nutrir talentos multidisciplinares, atraindo investimentos em PI e tecnologia, e revertendo-se em educação técnica e treinamento digital adequado (BARBOSA, 2020).

A este respeito, "como mais advogados, estudantes de direito e pesquisadores jurídicos adotam a IA, eles também precisam estar cientes dos perigos potenciais de colocar a fé cega na imparcialidade, confiabilidade e infalibilidade da IA legal", possibilitando uma melhor avaliação dos diferentes papeis e funções no desenvolvimento da IA ética e "centrada no homem" (CARRIÇO, 2018).

Isso envolve ainda assumir o problema técnico inerente à IA, qual seja, seu Boxe preto ou Caixa Negra (black boxing), visando-se promover ainda mais uma IA transparente e explicável. Por fim, reitera-se aqui a correlação entre as preocupações contratuais e a análise ética da IA, abordando o uso vantajoso da IA como uma ferramenta que pode ser implantada pelo verdadeiro inventor, incrementando a competitividade de forma legítima: "Finalmente, os cibereéticos devem ser acompanhados por treinamento em larga escala das partes interessadas, de designers de algoritmos e empresas de tecnologia jurídica a seus usuários. Novas humanidades

transdisciplinares devem ser disponibilizadas a todos, para que a IA se torne um vetor de desenvolvimento positivo para a humanidade" (HIGASI, 2020).

Ressalta-se ainda como a opacidade da IA está relacionada aos problemas de responsabilidade, pois a responsabilidade civil exige principalmente um nexo de causalidade entre o evento e os danos ocorridos.

Uma vez que percurso anterior empregue pela IA em uma determinada patente não será totalmente recuperado, pois a IA funciona inerentemente através de uma caixa preta, como os consumidores dos produtos patenteados da IA provarão a causalidade necessária - que serve ainda para medir o benefício econômico a ser obtido em relação aos danos sofridos?

Todos os formuladores de políticas públicas, academia, profissionais, engenheiros, programadores precisam ser muito prudentes no uso da IA para inovação, considerando os problemas e barreiras técnicos e éticos que a acompanham, no sentido de garantir um emprego seguro da IA como ferramenta (BARBOSA, 2020).

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Muito já foi dito e avaliado sobre as implicações na responsabilidade das tecnologias de IA, e, portanto, abaixo, tentar-se-á revisar e resumir algumas das diferentes opiniões e propostas que podem ser encontradas, finalmente concluindo e resolvendo a ideia racional de considerar os sistemas de IA como ferramentas potenciais e aprimoradas para serem satisfatoriamente aplicadas em novas invenções, pois elas podem otimizar principalmente o processamento de dados e fornecer "decisões mais diretas" (por causa de seu caráter de orientação ao objetivo) contribuindo ainda para a busca mais rápida - e precisa - da técnica anterior, e abordando o estado da arte de uma maneira mais eficiente (SILVA, 2013).

Brevemente, coloca-se que a ideia de responsabilidade jurídica consiste na reparação de algum dano que ocorre devido a determinado evento ou fato, podendo este ser do tipo ativo ou passivo, quer dizer, uma ação ou uma omissão. Assim, os pressupostos fundantes e imprescindíveis para a avaliação da responsabilidade jurídica numa dada circunstância são, cumulativamente, o fato, a existência do dano e um nexo de causalidade que estabeleça uma correlação direta entre o fato e o dano. Geralmente, a responsabilidade jurídica decorre da existência de um contrato (BARBOSA, 2020).

A responsabilidade jurídica pode ser de diversos tipos e modalidades: contratual ou extracontratual; pré ou pós-contratual; objetiva ou subjetiva, classificação mais importante. A responsabilidade subjetiva é aquela que depende da constatação da culpa ou dolo do agente "infrator" para que este seja considerado responsável. Já a objetiva é aquela que dispensa a culpa ou a intencionalidade do agente e baseia-se no risco incorrido pelo agente. Quem alega ter sofrido algum dano decorrente de algum evento deve provar suas alegações, entretanto, em determinadas hipóteses, o direito inverte esse dever, esse ônus de prova, visando trazer mais equidade para determinadas relações jurídicas, eg. de trabalho e de consumo (SILVA, 2013).

Aqui, precisa-se contextualizar que uma suposta IA inventora estaria perseguindo o objetivo de criar uma invenção que seria patenteada, e deve-se supor que a IA tentaria

construir a melhor invenção possível, que exige a maior busca e pesquisa possíveis dos dados disponíveis e da técnica anterior. Como já foi trazido a IA não poderá registrar tecnicamente todo o processo que foi realizado, devido à chamada questão do boxe preto.

Então, supõe-se que a IA receba uma patente industrialmente aplicável, conformando um produto específico que será comercializado junto aos consumidores e público aberto, e algum destes consumidores sofre dano ao usar regularmente este produto e, portanto, deverá obter uma compensação (BARBOSA, 2020).

Além da IA não ter personalidade jurídica, como essa pessoa fará uma reclamação ou processará essa IA, uma vez que não tem capacidade legal para integrar um processo e/ou se apresentar perante um juiz em um Tribunal? Além disso, deve-se ter em mente que o conjunto primário de dados ainda hoje é "aportado" pelos seres humanos, portanto, acredita-se que uma patente final criada deve ser concedida em nome de um indivíduo real enquanto inventor, fornecendo a este inventor humano os respectivos direitos patentários (SILVA, 2013).

A questão da caixa preta continua sendo uma problemática tecnológica que contribui ainda mais para a ideia da impossibilidade de uma IA ser responsabilizada ou ser inventora em si, dada a interconectividade das tecnologias digitais emergentes e sua crescente dependência de informações e dados externos, tornando cada vez mais duvidoso se o dano em jogo foi desencadeado por uma única causa original ou pela interação de múltiplos (real ou potencial) causas.

Resumidamente, essa situação não seria justa nem legal, no sentido de que minaria e descumpriria o vínculo de causalidade que deveria ser estabelecido com precisão em um caso de compensação de danos e responsabilização jurídica (SILVA, 2013).

Isso minaria a teoria da responsabilidade civil como um dos postulados gerais da lei e do direito (independentemente da opção por tradições de direito comum ou civil) que justificam a existência de restrições legais na esfera privada dos indivíduos na sociedade.

Aqui, apenas se traz o comentário de que a responsabilidade da IA é mais problemática pois requer a avaliação da assimetria informacional que é maximizada entre consumidores e metodologias de IA. Considerar ainda manter o proprietário da IA responsável também prejudica a ideia do nexo de causalidade essencial na doutrina da responsabilidade civil (BARBOSA, 2020).

Pode-se entender como "ginásticas" legais que são feitas para encaixar as ações da IA nas diferentes categorias de responsabilidade legal preexistentes. No entanto, acredita-se que uma estrutura completa de responsabilidade da IA precisa ser criada, pois as teorias de responsabilidade jurídica existentes não são capazes de englobar totalmente a questão do uso legal e ético da IA, especialmente considerando as especificidades e a profundidade da interação entre essas tecnologias de IA e o sistema de patentes: levando em consideração o desenvolvimento exponencial das metodologias de aprendizado de máquina, por exemplo, considera-se que outras

teorias de responsabilidade legal precisam ser criadas para melhor atender ao caráter único dos sistemas de IA, paralelamente à salvaguarda adequada dos consumidores, sem descurar da segurança e estabilidade jurídicas e do postulado de "legalidade ética" (TACCA; ROCHA, 2018).

Nesse diapasão, o uso da IA deve observar os padrões de segurança legal e as diretrizes de transparência para que seja adequado, confiável e explicável dessas, e tudo isso requer o controle humano e o monitoramento desses instrumentos artificiais (SILVA, 2013).

Finalmente, defende-se que o cenário e a estrutura regulatórios da AI devem ser padronizados ao máximo num contorno e numa consideração transfronteiriças, pois lidar com essas tecnologias aprimoradas envolve a quebra das barreiras territoriais-geográficas: fornecer uma IA ética e legal deve ser uma grande preocupação para as diferentes partes interessadas que atuam na arena internacional. Além disso, esta posição tem o potencial de atender às preocupações dos consumidores sobre responsabilidade, danos e segurança jurídica.

Mais longe, é de especial importância avaliar e medir os respectivos danos, levando em consideração os diferentes tipos possíveis de danos que podem ser infligidos e impostos aos consumidores: esse é um problema muito sério, e deve ser observado de acordo com diretrizes de proteção relacionadas aos consumidores finais (BARBOSA, 2020).

Portanto, enfatiza-se ainda a conexão necessária entre os padrões éticos e as normas legais, na figura focada da responsabilidade. Além disso, como abordado anteriormente, para o uso correto e congruente dos sistemas de IA e machine learning como uma ferramenta de ajuda e melhoria, observando sua opacidade e complexidade, é necessário promover o envolvimento das diferentes partes interessadas (os negócios, academia, setor público, consumidores, e sociedade civil) visando desenvolver um senso de IA "centrada no homem" (TACCA; ROCHA, 2018).

Esclarece-se que a avaliação da questão técnica da black box é essencial para fundamentar ainda mais a tese de que as tecnologias de IA não podem ser responsabilizadas, estando os consumidores impedidos de "rastrear" os aspectos práticos e condições factuais que reconstituiriam o evento prejudicial, visando estabelecer a ligação e o nexo de causalidade específicos entre a conduta da IA e os danos sofridos (TERRA, 2015; HIGASI, 2020).

Finalmente, em relação ao estado de direito, nunca se deve esquecer as circunstâncias temporais: mesmo que um reclamante decidisse processar uma IA (e imaginando que a vítima poderia acessar a respectiva jurisdição, que significa, por exemplo, conferir capacidade legal à IA) e assumindo um sistema legal de prescrição, a avaliação do tempo é ainda mais crítica: como a pessoa "prejudicada" será capaz de produzir evidências contra uma IA se esses sistemas não acabam divulgando totalmente todas as informações relevantes para tomar uma decisão específica?

Levando em consideração o recurso tecnológico da IA e a maior complexidade dos dados que ela usa: quanto tempo seria necessário para um consumidor comum hipoteticamente "pesquisar" e obter os dados e informações necessários, que embasem seu pleito, e que nem sequer são inteiramente possuídos pela contraparte? Além disso,

quanto tempo até o consumidor notar um defeito ou erros, em um produto especialmente técnico, por exemplo?

Nesse plano, percebe-se que considerar uma IA como inventora e ainda responsável por eventuais danos causados parece minar a causalidade que conferiria "justiça" e equilíbrio aos direitos, e deveres e obrigações no âmbito legal da responsabilidade civil: consequentemente, vê-se a dificuldade de avaliar o nexo de causalidade em relação à IA, uma vez que a causalidade não pode ser verdadeiramente determinada em se tratando de metodologias de IA. Além disso, abordando a questão da assimetria de informação, acredita-se que essa ideia é capaz de conflitar com todo o sistema de causalidade (HIGASI, 2020).

Complementando, pretende-se fornecer aos leitores uma visão geral muito breve de algumas propostas conceituais em torno da responsabilidade da IA, finalmente confirmando que esses sistemas não podem ser responsabilizados. Os sistemas de IA não podem por si só, observando suas principais características, serem inventores de criações patenteáveis. Nesse esteio, precisa-se avaliar melhor os critérios de proporcionalidade (TACCA; ROCHA, 2018). Há muito tempo que é debatido o contorno e a estrutura do princípio da proporcionalidade no equilíbrio dos direitos fundamentais e humanos. Nesta visão, deve-se lembrar as considerações especiais do direito brasileiro e comunitário do consumidor relativo à consideração da vulnerabilidade dos consumidores (MARINHO, 2011).

Acredita-se ainda que o dano ao consumidor é potencializado com IA por diferentes razões: apesar do uso diário desse tipo de metodologia, o processo combinatório da IA - e as heurísticas inerentes envolvidas - fazem da IA uma tecnologia complexa para entender (MAGRANI, 2019).

Por causa do boxe preto e pela falta de total transparência, nem mesmo programadores ou "designers digitais" podem explicar completamente um resultado determinado e obtido pela IA, surgindo aí as preocupações da explicabilidade dessas tecnologias.

Nessa perspectiva, a resolução do problema é a desenvolvida neste trabalho: considerando a IA como uma ferramenta - no sistema de patentes em seu papel crucial na inovação, por exemplo – determina-se a responsabilidade do inventor humano que emprega a tecnologia de IA, permitindo que o consumidor seja melhor protegido (relativamente à identificação de ativos e contratos (TACCA; ROCHA, 2018). E ainda relacionado às disparidades ao nível de informação e avaliação dessas informações) pois ele (consumidor) enfrentará outro indivíduo humano (TERRA, 2015; HIGASI, 2020).

A este respeito mesmo a assimetria de informações entre fornecedores e compradores será mais adequada e igualitária entre um inventor individual e o consumidor, considerando a falta de explicabilidade intrínseca à IA e sua velocidade de processamento de dados em comparação com os seres humanos, consumidores, inventores e vendedores.

Portanto, apenas avalia-se a ideia de que o sistema de patentes foi historicamente construído ao longo do tempo e hoje é consolidado. Nesse sentido, acredita-se que a estrutura legal de patentes já foi desenvolvida para abraçar tecnologias novas e atualizadas, como a IA, sem grandes modificações que possam prejudicar o objetivo de todo o sistema (TACCA; ROCHA, 2018). Finalmente, o requisito da Inventorship como existe hoje não deve ser alterado para considerar a IA como inventora de uma patente, uma vez que não é razoável nem proporcional (HIGASI, 2020).

Em conclusão, o problema da caixa preta ainda não foi resolvido e limita ainda mais a possibilidade de uma IA obter uma patente, pelo que nem as tecnologias e as leis específicas existentes hoje são capazes de solucionar essa questão tecnológica (TACCA; ROCHA, 2018).

3. RESULTADOS E DISCUSSOES:

Primeiramente, observa-se aqui que esse artigo não pretende avaliar as decisões recentes que já negam a invenção e concessão das duas patentes de "AI" (contêiner de bebidas e luz piscante), fato inicialmente preconizado, argumentado e liderado pelo Prof. Ryan Abbott, da Universidade de Surrey, na Inglaterra. Para atingir essa intenção, abarca-se brevemente a razoável consideração acerca da falta de personalidade legal das ferramentas de IA e sua respectiva limitação à aquisição de ativos, e ao estabelecimento e subscrição de contratos (Ibidem).

Mostra-se ainda neste trabalho os problemas tangentes à consideração das tecnologias de IA como responsáveis por erros e danos em relação aos consumidores humanos, falhas essas que podem ocorrer na utilização dos produtos resultantes das invenções “alegadamente tituladas” pela IA. Além disso, as características tecnológicas e algorítmicas dos sistemas de IA tornam esses métodos opacos, não sendo totalmente compreensíveis ou explicáveis, o que impede a relação adequada de causalidade e impossibilita inclusive a quantificação de eventuais danos resultantes e/ou decorrentes do uso dessas invenções, suscitando grandes preocupações em relação à responsabilização jurídica da IA (TACCA; ROCHA, 2018).

E finalmente, como notado em diferentes fontes já trazidas neste trabalho (BURT, 2019; Fórum Econômico Mundial- WEF, 2018), a sistemática dos requisitos das patentes não comporta a falta de transparência da IA, pelo requisito da divulgação ou disclosure.

Conclui-se pela insuficiência da estrutura legal existente no tratamento das questões éticas e jurídicas do uso da IA no patenteamento. Tenta-se ainda trazer mais argumentos para embasar a presente ideia sobre o uso da IA como ferramenta tecnológica a ser usada pelos inventores humanos, explorando as vantagens no processo de busca de arte anterior, na criação de novas invenções e produtos.

Considera-se aqui neste trabalho a atual falta de transparência no emprego da IA, e supomos que a invenção provoque e/ou cause danos ao consumidor humano. Prevê-se ainda a ausência da possibilidade de acordo contratual, explícito, direto ou implícito entre a IA e o consumidor pois isso não é possível devido à falta de personalidade da IA, o que demonstra ainda mais a circularidade existente em relação ao problema de responsabilidade da IA (MAIA, 2017). Finalmente, seria possível invocar o princípio da boa-fé na interpretação dos termos desse suposto acordo implícito entre a IA e o

consumidor humano? Por último, como avaliar a "boa-fé" nesse tipo de situação, e até, como é possível utilizar o princípio de boa-fé como solução para problemas decorrentes da relação supostamente jurídica entre os sistemas de IA e os consumidores, considerando as disparidades "informacionais" entre a tecnologia da IA e o homem?

As instituições e os formuladores de políticas públicas devem observar os riscos e impactos resultantes do uso mais amplo da IA por diferentes tipos de empresas e empreendimentos, a fim de regular adequadamente o emprego dessas ferramentas tecnológicas.

Ademais, também se afirma que evitar e/ou adiar a emissão de regras legais e éticas específicas e/ou pontuais para a IA é perigoso, especialmente considerando o quadro e abordagem de países mais protetivos como o Brasil e até mesma a União Europeia. Neste campo, segue-se Dubhashi e Lappin (2017) acerca do dano real que a IA pode trazer para a vida humana e, portanto, uma verdadeira "parceria", voltada para o estabelecimento de uma AI centrada no ser humano é a que deve ser impulsionada e desenvolvida, e mais, devidamente regulamentada.

Além disso, é necessário implementar diferentes maneiras de garantir a responsabilidade jurídica no emprego da IA como ferramenta. Também se acredita que a única alternativa viável é buscar uma IA responsável, confiável e centrada no ser humano (CARRIÇO, 2018). Por fim, alguns dos mecanismos aplicáveis ao desenvolvimento de uma "IA responsável" podem ser examinados mais detalhadamente em livros recentes (DIGNUM, 2019).

Acredita-se que nem o atual cenário regulatório existente no contexto brasileiro (a promulgação recente da Estratégia diretriz da IA em 2021), nem na perspectiva comunitária (Diretiva de Responsabilidade pelo produto, Diretiva do Seguro Automobilístico de 2009, Diretiva de Máquinas, Diretiva Europeia Geral de Segurança do Produto, ou mesmo o recente Regulamento Europeu de proteção de dados, GDPR), nem ainda as chamadas leis da robótica de Asimov são suficientes ou eficientes (ANDERSON, 2017) para tratar devidamente das questões éticas e de responsabilidade jurídica decorrentes do emprego inadvertido de IA em patentes, desconsiderando o "dever de cuidado" necessário ao lidar com essas técnicas. Portanto, considera-se que as ferramentas de IA são muito benéficas na busca de arte anterior das patentes, com maior qualidade e celeridade, devendo ser complementarmente aplicadas no desenvolvimento de invenções por inventores humanos.

Além da construção histórica de Asimov, também se afirma que o teste primordial de Turing, que verificaria a existência de "inteligência" num contexto de máquina, era relevante e pioneiro na época das investigações iniciais e primárias em torno da robótica (ANYOHA, 2017). No entanto, uma avaliação crítica do problema aqui apresentado demonstra a impossibilidade atual de uma IA ser considerada inteligente igualmente ao cérebro humano (REGALADO, 2013 & LIM, 2018).

Mesmo levando em consideração a velocidade da revolução tecnológica e do aprendizado de máquina, por exemplo, nota-se particularmente que uma melhor compreensão dos recursos de IA ainda levará alguns anos, até décadas para ser

realizado, uma vez que a falta de transparência e explicabilidade não foram ainda superadas (KREUTZER; SIRRENBERG, 2020).

Os benefícios de empregar a IA não servirão ao seu propósito de tecnologia para auxílio dos seres humanos se não receberem a avaliação de risco adequada. E mais, esses campos são essenciais para a definição dos aspectos econômicos e concorrenciais dos negócios no âmbito do mercado. Portanto, afirma-se novamente a necessidade de um ambiente regulatório adequado para fornecer a proteção dos consumidores, direitos e bens de propriedade intelectual, resguardando também os investimentos em inovação (MAIA, 2017).

Aqui, ratifica-se o papel crucial dos escritórios nacionais e regionais de patentes no apoio aos interesses públicos e privados inerentes à concessão de uma patente visando garantir a unidade necessária dentro da propriedade intelectual e dos sistemas legais. Nota-se ainda a necessidade do desenvolvimento e concessão de patentes seguras, através de uma avaliação objetiva dos critérios, que já foi realizada pelo escritório europeu EPO ao rejeitar as primeiras patentes "inventadas" pelos sistemas de IA (TACCA; ROCHA, 2018).

Por fim, nesse campo, apenas corrobora-se a ideia trazida por Dvorsky (2014) quanto ao caráter da IA não ser especialmente transparente, o que suscita preocupações legais muito específicas em relação à implantação da IA em uma área estratégica como as patentes e em relação ao direito de propriedade intelectual.

Lembra-se que os sistemas de IA não podem ser considerados como possuidores de capacidades inventivas ou executantes da etapa inventiva necessária às patentes, pois não são seres senscientes, nem singulares nem conscientes, nem podem ser tomadas como oniscientes, ou mesmo como agentes únicos e individuais no sentido "humano", do ponto de vista tangível e/ou filosófico, não possuindo, portanto, personalidade, e consequentemente não pode ser titular ou inventora (MAIA, 2017). Deve-se observar que os principais argumentos fornecidos neste artigo são complementares (eles não se "excluem") e, além disso, demonstram a circularidade desse assunto que corrobora com a tese e a ideia da impossibilidade da IA em ser considerada como uma inventora.

Portanto, nessa seara, considera-se que a ética e os fatores morais são considerações fundamentais relacionadas à implementação de ferramentas de IA consistindo em verdadeiras barreiras (SHARKEY, 2009) que precisam orientar ainda mais as políticas reguladoras acerca dos "usos possíveis e abertos" dessa tecnologia.

Acredita-se que os requisitos das patentes não podem ser deixados de lado no uso da IA como ferramenta em invenções humanas, e, portanto, a invenção, como conhecida atualmente, não pode ser atribuída a um método de IA, já que se considera que o sistema de patentes foi e é historicamente construído, no sentido de ser construído sob uma base de reflexões fundadas (TACCA; ROCHA, 2018). Quanto ao sistema de PI, invocar uma atualização necessária "do dia para noite" mina o próprio objetivo da propriedade intelectual na promoção do investimento e da inovação, mitigando-se seus benefícios gerais para a sociedade como um todo e diferindo ainda mais o postulado essencial da segurança jurídica (PAUNIO, 2009).

Assim, assinala-se a importância da Normatização da robótica e IA no âmbito brasileiro e comunitário e em escala mundial, bem como a necessidade de se promover a internacionalização dessas diretrizes, a fim de fornecer um uso ético, atualizado e articulado da IA a nível global, evitando fenômenos de "forum shopping" pois se percebe a interconexão-operabilidade entre as políticas públicas tecnológicas e de IA em todo o mundo (MARINHO, 2011). Em segundo lugar, acredita-se que um quadro regulatório de dados também deve ser melhor desenvolvido enquanto ponto focal no sistema de patentes (MAIA, 2017).

Por fim, recorda-se o verdadeiro requisito de inserção de dados da IA (entrada/input), que exige uma supervisão pelo agente humano, inclusive posterior aos resultados. O inventor humano fornece uma contribuição relevante para a criação patenteável, e este deve ser considerado o criador final e o principal detentor da patente. Qualquer dano provocado pela comercialização da patente-invenção será avaliado posteriormente em relação a esse indivíduo, respeitando e observando o vínculo de causalidade a fim de determinar a existência e o montante dos danos devidos a título de responsabilização legal.

Ademais, no que diz respeito à avaliação ética e "medição" necessárias da IA, uma vez que envolve o estabelecimento de recomendações e diretrizes que desempenham um papel importante na internacionalização e padronização: *"Cientistas e engenheiros que trabalham em robótica devem estar atentos aos perigos potenciais de seu trabalho, e a discussão pública e internacional é vital para definir diretrizes de políticas para aplicação ética e segura antes que as diretrizes se estabeleçam"* (CERKA; GRIGIENE, 2017).

Como se pode ver, a dependência intrínseca da IA quanto aos dados a serem inseridos é um argumento primordial para considerar a AI como uma ferramenta auxiliar do Inventor humano na criação de uma invenção patenteável.

4. CONSIDERAÇOES FINAIS:

Conclui-se pelo benefício auxiliar da IA como uma ferramenta no resultado de uma invenção, finalmente considerando o agente humano por trás do emprego da "FIA" (ferramenta de IA) como o inventor, e a respectiva premissa da existência de direitos morais e de propriedade exclusiva desses atores, bem como respectivos deveres e obrigações de responsabilidade jurídica, no caso de comercialização do produto em que se aplica a criação patenteada.

As vantagens do uso da IA compreendem ainda distintamente a questão da avaliação mais célere e eficaz inclusive em aspectos de tradução de documentos em outros idiomas no sistema de patentes, reiterando e contribuindo ainda mais com a ideia da IA como uma ferramenta auxiliar a ser usada pelo inventor humano (MAIA, 2017).

Para finalizar, coloca-se aqui a figura abaixo a fim de sumarizar o contexto até aqui exposto, acerca dos pontos positivos e negativos e desafios do emprego da IA:

Figura 1. Características tecnológicas da IA

Fonte: elaboração própria da autora

Ademais, destarte, tem-se a representação gráfica e tabulada, em forma articulada de Quadro, das principais características tecnológicas e das decorrências legais e éticas do emprego da IA hoje.

Quadro 1. Correlação dos desafios e aspectos jurídicos da IA

Conjunto de Características e Desafios tecnológicos da IA	Aspectos e consequências legais do uso da IA nas patentes
Não é transparente e nem interpretável	Ausência de personalidade jurídica
Não é auditável e nem explanável	Ausência de capacidade contratual
Funciona por meio da Mineração de dados de forma célere	Ausência de legitimidade jurídica
Opera tecnologicamente por meio da Caixa preta ou boxe negro	Os postulados primordiais da dignidade, proporcionalidade e Eticidade, utilizados para a colmatação das lacunas normativas jurídicas, não podem ser cumpridos ante à IA
Conjuntos "categorizados de dados	As patentes são direitos exclusivos, e monopólios de exploração conferidos ao seu titular

Aprendizado "profundo" de máquina	Os requisitos obrigatórios e vinculadores para o patenteamento da atividade inventiva e suficiência descritiva são incompatíveis com a consideração da IA enquanto criadora
Tecnologicamente opaca	A boa-fé, enquanto dever de cuidado e confiança no âmbito das relações jurídicas e humanas, não pode ser estabelecida ante à IA
Necessita da entrada de informações a partir do humano	Cui bono como fator balizador para atribuir a criação ao sujeito humano com a sua devida responsabilidade
Orientada a objetivos e controlada pelo homem	Pode-se considerar a existência de direitos morais subjacentes à nomeação enquanto inventora que não podem ser conferidos no âmbito da IA
Não é confiável pois não é traceável	Ocorre uma Assimetria informacional entre a IA e os Consumidores
Não é valiosa pois não é moralmente ética	Para salvaguardar o direito dos consumidores e a propriedade efetivamente intelectual, as patentes devem ser concedidas a inventores humanos
Não é acessível e não é "Singular ainda	Impossibilidade de estabelecimento do Nexo de causalidade para Responsabilização Civil em caso de produtos defeituosos comercializados

Fonte: elaboração própria da autora

Ultimamente, reitera-se a concordância ainda com a afirmação acerca das potencialidades da IA no incremento da inovação e competitividade, e até mesmo da "justiça" enquanto auxiliares dos criadores humanos: "*Precisamos mudar de uma cultura de automação para aumento/ampliação. Ao tornar a IA mais explicável, auditável e transparente, podemos tornar nossos sistemas mais justos, mais eficazes e mais úteis*" (LIM, 2018).

Desse modo, é preciso entender que a utilização da IA requer ter por base critérios de confiabilidade, segurança, explicabilidade, legalidade, sustentabilidade, não-discriminatória e acessível. Assim, a IA deve ser confiável, e pautada na ética, e centrada, e controlada no e pelo Ser Humano.

5. REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. **The artificial Inventor Project.** 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 25 abr. 2021.

ALVES, L. B. **Análise da utilização do technology roadmapping como meio de seleção de produto de referência para a engenharia reversa.** 2010. 127 fl. Dissertação (Mestrado em Engenharia de produção) - Universidade Federal de Itajubá. Itajubá, 2010. Disponível em: https://repositorio.unifei.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1504/dissertacao_0037511.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em: 20 ago. 2021.

ANDERSON, Mark Robert. **Após 75 anos, as Três Leis de Robótica de Isaac Asimov precisam ser atualizadas.** 2017. Disponível em: https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three- laws-of- robotics-need-updating-74501. Acesso em: 20 abr. 2021.

BALLER, Ron (PAConsultoria). **Impacto da inteligência artificial na política de PI.** 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_pa_consulting.pdf. Ultimo acesso em: 23 maio. 2021. (Wipo Website)

BARBOSA, M. M. O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial. **Revista de direito da responsabilidade, ano 2,** 2020. Disponível em: https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/o-futuro-da-responsabilidade-civil-desafiada-pela-inteligencia-artificial-as-dificuldades-dos-modelos-tradicionais-e-caminhos-de-solucao-mafalda-miranda-barbosa/ . Acesso em: 15 jun. 2021.

BARFIELD, Woodrow. **Cyber-Humans: our future with machines**. 2015. Springer. 291 pgs.

BURT, Andrew. **The AI Transparency Paradox**. 2019. Disponível em: https://hbr.org/2019/12/the-ai-transparency-paradox . Ultimo acesso em: 18 maio. 2021. (Harvard Business Review)

CAMPELLO, L. G. B; DO AMARAL, R. D. Uma dialogia entre os direitos humanos e a ética biocêntrica. **Revista Brasileira de Direito Animal,** vol 15, n. 1, 2020. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/36236 . Acesso em: 20 out. 2021.

CARRIÇO, Gonçalo. **The EU and Artificial Intelligence: a human-centered perspective.** 2018. European View, vol. 17, pgs 29-36. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1781685818764821 . Ultimo acesso em: 25 fev. 2021. (Centro Wilfried Martens)

CERKA, Paulius; GRIGIENE, Jurgita; SIRBIKYTE, Gintare. Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems? **Computer Law and Security Review**, n. 33, pgs 685- 699, 2017, Elsevier. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – artigo)

Comissão Europeia (CE). **Coordinated Plan on Artificial Intelligence.** 2018. Disponível em: https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795- final_en. Ultimo acesso em: 23 abr. 2021. (Comunicação da Comissão ao

Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões)

DA SILVA, J. S. L. **O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios**. 2013. 487 fl. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15303/1/JOSEANE%20SUZART%20LOPES%20DA%20SILVA.pdf . Acesso em: 30 jun. 2021.

DE CASTRO JR, M. A. **Direito Robótico**. 2a edição. 2019.

DE MARQUES, E. M; KRUGER, L. Vida artificial: a mobilidade do conceito de transumano e pós-humano. **Voluntas,** vol. 10, n. 1, 2019. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/36453/html . Acesso em: 29 out. 2021.

DIGNUM, Virginia. **Responsible artificial intelligence - how to develop and Use AI in a Responsible away.** 2019. Sprinter. 127 pgs. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – livro**)**

DONEDA, D; MENDES, L; DE SOUZA, C; DE ANDRADE, N. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar,** vol 23, n 4, 2018. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257 . Acesso em: 29 out. 2021.

DUBHASHI, Devdatt; LAPPIN, Shalom. **AI Dangers: Imagined and Real.** 2017. Viewpoints, vol. 60, n. 2. Disponível em: https://cacm.acm.org/magazines/2017/2/212437-ai-dangers/fulltext . Ultimo acesso em: 03 jun. 2020.

DVORSKY, George. **Why Asimov's Three Laws of Robotics Can't Protect Us.** 2014. Disponível em: https://io9.gizmodo.com/why-asimovs-three-laws-of-robotics-cant-protect-us-1553665410 . Ultimo acesso em: 12 maio. 2021.

FINK, Gernot. **Modelos de Markov para reconhecimento de padrões - da teoria às aplicações** (segunda edição). 2014. Springer. 276 páginas. (Arquivos online da ULB - Cible Plus – livro)

FORNASIER, M. Inteligência artificial e democracia: oportunidades e desafios. ***Nomos,*** vol 42, no. 1, 2021. Disponível em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/43066/197470 . Acesso em: 05 dez. 2021.

Fórum Econômico Mundial (FEM). **Artificial Intelligence collides with patent law – White Paper**. 2018. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf. Ultimo acesso em: 09 maio. 2021. (Centro para a Quarta Revolução Industrial)

GASPAR, W; CURZI, Y. **Inteligência artificial no Brasil ainda precisa de uma estratégia.** Disponível em: https://portal.fgv.br/artigos/inteligencia-artificial-brasil-ainda-precisa-estrategia . Acesso em: 15 out. 2021.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HIGASI, P. **O DIREITO APLICÁVEL ÀS DECISÕES PRODUZIDAS POR SOFTWARE E MACHINE LEARNING:** A influência e aplicação do Direito brasileiro à Robótica e Inteligência Artificial. 2020. 74 fl. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo - 2020. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/23659/2/Pl%C3%ADnio%20Kentaro%20de%20Britto%20Costa%20Higasi.pdf . Acesso em: 27 nov. 2021.

JOSHI, Ameet**. Machine Learning and Artificial Intelligence.** 2020. Springer. 261 pgs. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – livro)

KREUTZER, Ralf; SIRRENBERG, Marie. **Understanding Artificial Intelligence – fundamentals, use cases, and methods for a corporate AI journey.** 2020. Springer. 313 pgs. (Arquivos online da ULB, Universidade Livre de Bruxelas - Cible Plus – livro)

LIM, Daryl. AI & IP Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change. 2018. **Akron Law Review**, pgs 813-875. Disponível em: https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1724&context=facpubs. Ultimo acesso em: 14 abr. 2021. (Repositório Institucional John Marshal Law School)

MAGRANI, E. **Entre Dados e Robôs.** Porto Alegre: Arquipélago, 2019. Disponível em: http://www.eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/07/Entre-dados-e-robôs-Pallotti-13062019.pdf .

MAIA, J. J. M. **Transumanismo e pós-humanismo.** 2017. 305 fl. Tese (Doutoramento em Estudos Contemporâneos - Interdisciplinar) - Universidade de Coimbra, Portugal. Coimbra, 2017. Disponível em: https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/80671?mode=full . Acesso em: 25 out. 2021.

MARINHO, M. As justificativas comuns para o direito das patentes. ***Nomos,*** vol 31, no. 2, 2011.Disponível em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/387 . Acesso em:01 dez. 2021.

MCTI. **Publicada estratégia de inteligência artificial**. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2021/04/publicada-estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial . Acesso em: 25 nov. 2021.

O economista. **De não trabalhar para redes neurais.** 2016. Disponível em: https://www.economist.com/special-report/2016/06/23/from-not-working-to-neural-networking. Ultimo acesso em: 06 jun. 2021.

PAUNIO, Elina. **Beyond Predictability – reflections on legal certainty and the discourse theory of law in the EU legal order**. 2019. Cambridge University Press. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/beyond-predictability-reflections-on-legal-certainty-and-the-discourse-theory-of-law-in-the-eu-legal-order/19AE05489C64ABA9AF4DD66C0E261DF8 . Ultimo acesso em: 05 jun. 2020. (1a Edição em 2009, German Law Journal, vol. 10, issue 11)

REGALADO, Antonio. **The Brain is not computable.** 2013. Disponível em: https://www.technologyreview.com/2013/02/18/180012/the-brain-is-not-computable/ Ultimo acesso em: 30 maio. 2021. (MIT Technology Review).

RIBEIRO, M. F; DE ARAUJO, R. M. **TRM e suas aplicações em sistemas da informação.** Disponível em: https://sol.sbc.org.br/livros/index.php/sbc/catalog/download/33/130/316-1?inline=1 . Acesso em: 29 out. 2021.

SALMEN, C. S; WACHOWICZ, M. A atribuição da pessoa jurídica à inteligência artificial. **BJD, vol** 7, n 7, 2021. Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/32990 . Acesso em: 20 out. 2021.

SHARKEY, Noel. **The ethical Frontiers of robotics.** 2009. Disponível em: https://science.sciencemag.org/content/322/5909/1800/tab-pdf. Ultimo acesso em: 20 fev. 2021.

TACCA, A; ROCHA, L. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. ***Nomos,*** vol 38, no. 2, 2018. Disponível. em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493 . Acesso em: 10 dez. 2021.

TERRA, A. V. Autonomia contratual. **Arquivo jurídico,** vol 2, n. 2, 2015. Disponível em: https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4673 . Acesso em: 20 jun. 2021.

UNESCO. **Estratégia brasileira para a inteligência artificial.** 2019.

XAVIER, F. **A estratégia brasileira de inteligência artificial.** Disponível em: https://mittechreview.com.br/a-estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial/. Acesso em: 25 out. 2021.

RETÓRICA EM FOCO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-DISCURSIVA DOS VOTOS REFERENTES AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

Nancy dos Santos Casagrande[1],
Melissa Jentchmin Gordon[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo pautar-se no aspecto humano da retórica, demonstrando como ela singulariza as relações entre os indivíduos nos mais altos patamares da sociedade – vide o STF. Procura-se expor as projeções pessoais designadas em cada voto dos ministros, referentes à votação do Recurso Extraordinário 580.252, permitindo-se a compreensão das relações de poder entre eles, bem como os métodos discursivos pelos quais estes atingirão seus objetivos. Entendendo que neste mesmo âmbito existe, especialmente, a necessidade da formalização das relações interpessoais, bem como o regimento de um rígido código social tanto explícito quanto implícito, serão levadas em consideração marcas discursivas que dizem respeito às relações de poder, travestidas sob a forma de protocolos sociais de boas maneiras, de ações convencionadas "de bom tom". Assim, chegar-se-á ao âmago da questão: a persuasão enquanto veículo imprescindível das relações jurídicas. Para tanto, a metodologia utilizada foi a teórico-analítica; o trabalho foi realizado mediante levantamento bibliográfico da teoria escolhida, pela pesquisa documental e bibliográfica, bem como sua leitura e resenha. Ocorreu, então, a identificação do corpus e sua respectiva análise, enquadrada nos pressupostos estudados referentes à Retórica Clássica e à Nova Retórica.

Palavras-chave: RExt 580.252, retórica, análise, persuasão e discurso.

RHETORIC UNDER SCRUTINY: A JURIDICAL-DISCURSIVE ANALYSIS OF THE OPINIONS IN EXTRAORDINARY APPEAL NO. 580.252

ABSTRACT

This paper aims to focus on the human dimension of rhetoric, demonstrating how it shapes and personalizes relationships among individuals at the highest levels of society — as illustrated by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). The study seeks to reveal the personal projections embedded in each justice's vote during the judgment of Extraordinary Appeal No. 580.252, thus allowing for an understanding of the power dynamics among the justices and the rhetorical strategies they employ to achieve their goals. Recognizing that, within this institutional environment, there is a particular need for the formalization of interpersonal relations and adherence to both explicit and implicit social codes, the analysis considers discursive markers that reflect power relations, often veiled by socially accepted norms of courtesy and conventional decorum. The study ultimately reaches the core issue: persuasion as an essential

[1] Pós-Doutora em Formação de Professores pela Universidade do Porto. Mestrado e doutorado em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora associada do departamento de Ciências da Linguagem. Professora nos cursos de Direito e Pedagogia da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
[2] Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP.

vehicle in legal discourse. The methodology employed is theoretical and analytical, based on bibliographic and documentary research, including critical reading and review of the selected literature. The corpus was then identified and analyzed within the framework of Classical Rhetoric and the New Rhetoric.

Keywords: *Extraordinary Appeal 580.252, rhetoric, analysis, persuasion, discourse.*

1. INTRODUÇÃO

No dia 16 de fevereiro de 2017, foi votado, no Supremo Tribunal Federal, doravante STF, o Recurso Extraordinário 580.252, referente à indenização, por danos morais, de presos em situação degradante. Consagrada como uma sessão histórica não só pelo fato de ter sido julgada precedente de forma unânime, cristalizou na jurisprudência a responsabilidade objetiva do Estado pelas condições insalubres nas quais o sistema carcerário se encontra.

A participação dos ministros enquanto alicerces do Poder que emana do judiciário é clara, bem como o posicionamento de cada um acerca de um tema debatido ao longo de toda a história brasileira: as condições – tanto físicas quanto psicológicas – coercitivas do Estado.

Assim, pode-se dizer que o contexto jurídico-social no qual tal decisão é inserida põe em voga não só os aspectos formais da linguagem enquanto ferramenta à mercê do *status,* mas também o aspecto finalístico dela, enquanto forma, pela maneira como cada ministro se posiciona. Neste sentido, há de se reconhecer na retórica, que tem como um de seus principais objetivos a persuasão, um forte recurso para modificação da sociedade.

O discurso trata da forma como o indivíduo procura projetar-se frente a sociedade – principalmente no âmbito formal, requerendo posicionamentos contidos, ponderados, em que declamações eufóricas podem demarcar a derrocada da força argumentativa se feitas de forma grosseira.

A linha entre o brilhantismo argumentativo-persuasivo do discurso e a sua deselegância expressiva é tênue: a construção de cada pronunciamento, portanto, uma arte. A retórica de cada ministro é, assim, singular, originada não só na necessidade de pronunciamento jurídico acerca do tema em questão, mas também na intrínseca conscientização do retrato que cada colocação trará ao seu emissor.

2. TEORIA E CORPUS

2.1 RETÓRICA: DA ABORDAGEM CLÁSSICA À NOVA RETÓRICA

A Retórica, em sentido estrito, é a arte de argumentar, de convencer e persuadir. Criada na Grécia antiga, por volta de 427 a.C, serviu de ferramenta à mercê da primeira experiência democrática da qual se tem notícia. Sob essa perspectiva, engendrou-se o que é chamado hoje de *Retórica Clássica*, cujo idealizador é Aristóteles, sendo esta o que, teoricamente, pode ser capaz de gerar persuasão. (SHIMOTE, in CORRÊA, 2008).

Assim, nasce teoria estruturada de forma triádica, a qual se desenvolve a partir da concatenação de três elementos discursivos interligados: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*; o

orador, o discurso e o auditório, respectivamente. Logicamente, mediante alinhamento diferente de cada ponto, surgem diferentes tipos de discursos, o jurídico, o epidítico e o deliberativo.

Imperioso notar, nesse sentido, que a Retórica começa a ser enxergada como arma legítima na influência do povo, sob perspectiva pública. Os cidadãos, em sentido estrito – e, contudo, histórico – organizavam-se de forma a realizar exposição de suas ideias, posicionando-se mediante tal capacidade de persuadir a fim de, finalmente, convencer e tomar decisões absolutamente imprescindíveis ao funcionamento da *pólis*.

Ainda, sob égide da democratização e publicização das estruturas de poder, nasce a máxima grega, a qual dita que ser cidadão, portanto, é, acima de tudo, poder persuadir e ser persuadido. Sob mesma perspectiva, já colocava Jürgen Habermas (2016, p. 42) que *pólis* era, nada mais nada menos, que "o conjunto de pessoas privadas fazendo o uso público da razão". A retórica clássica, assim, surge enquanto ferramenta reivindicatória de direitos almejados pela coletividade.

Para Aristóteles, a Retórica desenvolve-se no campo de domínio dos conhecimentos prováveis e não das certezas e evidências – até mesmo pelo fato de ser algo moldável conforme o próprio orador (*ethos*). A persuasão, em si, desenvolve-se mediante conhecimento plausível, provável ou verossímil, haja vista pertencer, segundo o filósofo, ao mundo da opinião que, por sua vez, compreende as relações sociais, políticas e econômicas.

Prevalece, deste modo, a demonstração da verossimilhança de fato ocorrida, enquanto pano de fundo para argumentação efetivamente emotiva; cabendo, em última instância, ao receptor da mensagem realizar devido juízo de valor acerca dela: finalmente, depreende-se que a Retórica, como descoberta do que é próprio para persuadir, faz-se valer de ferramentas em favor da indução do receptor a ser persuadido.

Direcionada a teoria aristotélica ao discurso em si, a argumentação foi deixada em segundo plano até meados do século XIX, quando Chaïm Perelman decide ampliar os estudos da Retórica, relacionando-os à profunda necessidade da boa argumentação enquanto fator decisivo à própria persuasão, revalorizando as formas discursivas tomadas pela emoção, inerentes ao discurso persuasivo. Assim, faz-se mister um acordo prévio sobre o significado das palavras, no que diz respeito a sua emissão enquanto corpo do discurso gerado ao interlocutor.

A Nova Retórica traz à tona a intensidade variável que a persuasão carrega (CASAGRANDE, in CORREA, 2008, p. 54). Pode-se aferir, com isso, que o estudo supracitado se relaciona principalmente com a adesão do auditório e não propriamente com a verdade, ao contrário da lógica formal. Esse aspecto é um dos principais pontos abordados na configuração da nova retórica, pois dá importância não só ao discurso formulado pelo emissor, mas também considera os receptores enquanto chave mestre na sua formulação. Assim, a Nova Retórica leva em consideração o contexto mais global do discurso – menos direcionado se levada em consideração restrição do auditório grego, levantando pontos acerca do tipo de linguagem a ser utilizado para persuasão de auditório de maior alcance.

Desse modo, o direcionamento do discurso transforma a linguagem de acordo com o universo dos receptores, sendo o auditório, universal ou particular, determinante na contextualização da mensagem, condicionando-a, desconhecendo as variáveis do primeiro (classes sociais, gêneros, etc....) e a especificidade do último.

Levando em consideração que as técnicas argumentativas devem reforçar ou refutar a aceitação de teses e que não há previsibilidade efetiva sobre o universo do auditório a ser persuadido, determina-se o chamado *lugar-comum*.

Formulado por Aristóteles e ampliado por Perelman, o conceito se caracteriza como fonte de referência valorativa entre ambas as partes, como um piso comum que cerceia o entendimento equivocado do discurso proferido, bem como condiciona a apreensão correta da tese defendida.

> Os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos. Mas diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambiguidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplica-los de modos diversos. (...) É evidente que os fatos, os valores, os lugares-comuns, que servirão de ponto inicial ao orador, sempre constituem apenas uma escolha efetuada em meio a uma massa de dados igualmente disponíveis. O orador, ao escolher tais fatos, tais valores, tais lugares em vez de outros, ao ressaltar a importância deles, graças a diversas técnicas de apresentação, buscará conferir-lhes uma presença, coloca-los no primeiro plano da consciência dos ouvintes. (PERELMAN, 1998, p. 159)

Aqui cabe ao orador insistir em argumentos que se adequam bem ao auditório que deseja persuadir, levando em consideração justamente aqueles pontos supracitados, determinados social, econômica ou politicamente. À Nova Retórica, portanto, diz respeito a preocupação com a persuasão, sua relação com o auditório e o emissor e seu respectivo respeito à contextualização dos receptores, enquanto fontes de divergências ideológicas a serem sanadas de forma a corroborar-se com a tese proposta e defendida.

2.2 DO CORPUS A SER ANALISADO

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, enquanto mais alto órgão judiciário do Brasil, tem como principal competência a guarda da Constituição Federal, conforme o artigo 102 da Magna Carta Brasileira, a votação do Recurso Extraordinário 580.252 representa, fundamentalmente, o reflexo da sociedade brasileira contemporânea – e sua respectiva compreensão na esfera judiciária, na medida em que fora motivada por um caso ocorrido em Mato Grosso do Sul, no qual a Defensoria Pública recorreu contra o Tribunal de Justiça da cidade em questão, que não entendera devidos danos morais ao preso condenado a 20 anos de reclusão, encarcerado sob condições degradantes.

Provido o recurso, quedou-se incontroverso o direito de presos em condições degradantes consequentes do desleixo dos órgãos e agentes públicos à indenização a título de danos morais, limitados a R$ 2.000,00.

A questão social que cerceia o poder jurídico é evidente; dada a repercussão da votação – e a inevitável representação exercida pelos Ministros fora do Órgão público e a mercê da sociedade – é gritante.

Sob essa mesma ótica, ao STF compete, por fim, a representatividade social da realidade vivida diariamente, refletindo enquanto aliado do Poder Público, na facilitação da convivência cotidiana.

Uma mera votação não trata apenas de um caso isolado, mas sim de políticas recorrentes que afetam – e afetarão – absolutamente todas as esferas públicas. Assim, deve-se enxergar a Cúpula Judiciária como porta-voz dos anseios sociais, e, finalmente, portador de caráter decisivo sobre o cotidiano corriqueiro em si.

3. DA ANÁLISE

A existência do STF enquanto órgão julgador imprescindível à democracia é condicionada justamente à sua composição por diversos ministros. Sob essa ótica, torna-se mister notar que cada ministro tem um *ethos*.

Nesse sentido, a justificativa do voto transpõe ao ambiente impessoal a opinião pessoal de cada julgador. Cumpre-se a formalidade da linguagem enquanto aparelhagem indissociável ao conteúdo do voto dos ministros.

Assim, conclui-se que o macrocosmo determinado pelo *ethos* do STF em si é composto pelos microcosmos dos *ethos* de cada julgador. Com isso, estes orbitam àquele primeiro, concatenando opiniões pessoais dentro de um universo teoricamente impessoalizado.

Retomando a teoria aristotélica, a ação política é condicionada pelo estatuto social, havendo relação entre o poder de persuasão de todos e seu posicionamento político.

Neste sentido, ao designar os humanos como "seres políticos", o filósofo os vincula à condição essencialmente ligada à ética, à busca da felicidade pessoal e comunitária. Assim, é possível traçar a relação, mais uma vez, entre a persuasão e a voz pessoal relacionada à *res publica* que cada cidadão realmente tem - determinada no proferimento dos votos de cada ministro.

A posição social de cada um determina a precisão do tema a ser abordado e defendido durante o discurso político de cada voz. A palavra é essencialmente limitada à gama de conhecimentos e experiências que cada cidadão realmente tem na sua vida quotidiana.

> É de fato na esfera do político (e da política) que o homem se expressa mais e usa a palavra para chegar à opinião pública, a um público ou a um indivíduo. Ao referir-se às constituições do Livro I, Aristóteles nos recorda que uma boa argumentação depende de nosso conhecimento sobre as constituições, de

> seus hábitos, interesses e instituições. As manifestações de soberania estão, assim, intimamente ligadas a elas e são, portanto, complexas. (DHAOUADI, 3, 2011, tradução nossa)[3]

Zavascki, por exemplo, reitera a existência de dano moral que fundamenta a indenização almejada. Acaba por demonstrar sua preocupação com a realidade social que paira sob a existência dos presídios.

Sob a concepção aristotélica, inicia-se, nesse instante, o uso do espaço público para o debate de ideias que corroborem com o bem-estar social. Pode-se enxergar a utilização de artifícios linguísticos (leiam-se, aqui, palavras e expressões) que têm como fim último a persuasão tanto dos respectivos ministros quanto da população em geral – ou aquela instruída suficientemente para compreender termos técnicos.

Por expressão como "absoluta precariedade", compreende-se que o referido ministro já estabeleceu o fio condutor de sua argumentação, cuja existência depreende-se da conexão entre determinada opinião e elementos sintáticos que corroborem para sua externalização.

Mister ressaltar, portanto, a incontestável existência do "lugar comum" criado e ampliado por Aristóteles e Perelman, respectivamente. Os presídios e a realidade que os cerca se qualificam como âncora argumentativa; um ponto de partida persuasivo para estabelecer conexão teórica e fática entre a tese defendida e o receptor almejado.

Zavascki compreende que a existência de problema fático atua como base fundamental à argumentação jurídica na Suprema Corte, que, então, poderá discorrer sobre questões subjetivas – o direito material *versus* o direito propriamente real.

Percebe, portanto, necessidade de atuar como interlocutor da realidade e da teoria propriamente dita – até pelo fato da complexidade da última ser critério qualificador de quem pode, efetivamente, compreender o *fazer político*.

Pelo trecho a seguir, depreende-se preocupação em relação à contraposição de tais universos, de forma a justificar sua opinião enquanto servidor público e, portanto, defensor do bem-estar social, bem como guardião da Constituição Federal.

> Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja

[3] Tradução livre. Original: "C'est effectivement dans la sphère du politique (et de la politique) que l'homme s'exprime le plus et use du discours pour atteindre l'opinion publique, un auditoire ou un individu. En évoquant les constitutions dans son Livre I, Aristote rappelle qu'une bonne argumentation dépend de la connaissance que l'on a des constitutions, de leurs habitudes, intérêts et institutions. Les manifestations de souverainetés y sont ainsi intimement liées, et sont donc complexes. " (DHAOUADI, 3, 2011)

> configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida. (BRASIL. RExt 580.252, p. 11, 2017)

Queda-se inegável, com isso, fundamentação pessoal à resolução do problema da *res pública*, justamente pela necessidade de interlocução entre a população em geral e o meio jurídico. O *ethos*, aqui, é condicionado à percepção individual de Zavascki enquanto figura que deve unir tanto a imagem de jurista quanto a vivência de indivíduo social.

À página 131, a ponderação Rosa Weber adiciona ao texto pensamento que se adequa justamente à preocupação aristotélica com os assuntos de cunho governamentais.

> Aponta-se a prevalência da reparação não pecuniária do dano moral sobre a reparação pecuniária, tida como pouco efetiva tanto do ângulo da vítima, que continua a sofrer os efeitos das condições degradantes de prisão, quanto do prisma do Estado, obrigado a gastar recursos que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema prisional. (BRASIL. RExt 580.252, p. 131, 2017)

Realmente, a preocupação em preservar a discussão sociológica sem escapar do escopo jurídico é, muitas vezes, difícil. Resta importante balancear a realidade dos fatos com o factível pela administração pública no sentido de projetar soluções factíveis à problemas extensos.

Ao optar pela melhoria das condições do sistema prisional em detrimento de simples reparações pecuniárias concedidas aos detentos em situações degradantes, Weber apresenta reflexão que demonstra análise circundante ao direito positivo.

A escolha de reduzir parcela da pena de cada detento parte do princípio próprio ao juízo de valor prezado pelo direito enquanto matéria: a análise da realidade, sendo esta o pilar do ordenamento jurídico.

O Estado, quase que um "réu", torna-se refém da escolha de palavras de cada ministro, que ao justificarem seus respectivos votos, condicionam o futuro do primeiro ao *pathos* optado pelo *ethos*.

A linguagem, aqui, mitiga os efeitos negativos das decisões. Em outras palavras, o *pathos* pretendido por cada orador condiciona-se mais que nunca ao público pretendido, ao afastá-lo – ou aproximá-lo – de decisões que gerarão aceitação ou reação negativa, respectivamente.

Explique-se: evita-se rejeição de opiniões ou decisões proferidas justamente pelo entendimento do discurso requintado por parcela privilegiada (e absolutamente reduzida) da população – aquela que efetivamente entende, e na maioria das vezes concorda, com o expresso pelos ministros. Assim, perpetua-se cenário político- jurídico elitizado.

As relações de poder pretendidas tornam-se explícitas. A submissão das parcelas menos privilegiadas da população a decisões proferidas por poucos e apoiadas por alguns reflete justamente aquela realidade apontada – e utilizada - na Suprema Corte como lugar-comum discursivo.

Não se pode alegar, entretanto, ruptura deste lugar-comum descrito por Perelman se ele nunca for estabelecido, isto é, o afastamento de parcelas marginalizadas das decisões jurídicas proferidas não poderá ser justificado por suspensão do "piso" comum entre o auditório e o orador, se este efetivamente nunca for convencionado.

Retorna-se à escolha de palavras como força motriz da limitação do *logos* atingido por ambos o *ethos* e o *pathos*. Tendo formação absolutamente específica, o orador lança mão de discurso evidentemente complexo como forma de demarcar seu espaço discursivo.

Como consequência, somente pessoas que têm percepção mais aperfeiçoada são capazes de compreender o voto – parcela absolutamente restrita se tivermos em mente os índices de analfabetismo e de pobreza do país.

Mais do que simplesmente linguística, a escolha de palavras aqui representa compreensão que supera simplesmente o escopo jurídico ou político do Judiciário, mas sua percepção sociológica.

Irônico pensar que os mesmos que proferem decisões tangentes ao país todo na qualidade de guardiões da Constituição Federal são concomitantemente aqueles que optam por discurso refinado enquanto restritivo do *logos* em questão.

Afinal, refletindo-se bem, a relação de poder intrínseca ao STF supera a própria Corte e orbita a desigualdade social no país. A ocorrência do discurso que reflete o academicismo jurídico gera afastamento das massas de decisões proferidas por um Poder que deveria ser mais acessível, sendo Instância Superior inclusive de processos recorridos pela população em geral.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho era pautar-se no aspecto humano da retórica, da singularidade no discurso de cada ministro como fator distintivo do aspecto formal dado ao STF no geral.

Assim, procurou-se evidenciar as projeções pessoais designadas em cada voto, referentes à votação do Recurso Extraordinário 580.252, permitindo a compreensão das relações de poder entre os ministros, bem como os métodos discursivos pelos quais atingirão seus objetivos.

Nesse sentido, restou comprovada a pessoalidade de cada *ethos* discursivo, apesar de um *logos* "primário" absolutamente comum – a Corte em si. Entretanto, mister ressaltar também a existência de *logos* "secundário": o povo brasileiro, condicionado às decisões tomadas pelos tais guardiões da Constituição Federal.

Consequentemente, evidenciou-se o afastamento popular das decisões tomadas pela Suprema Corte justamente pela escolha discursiva de cada Ministro, cujo

engessamento formalizado remete cada voto ao papel absolutamente acadêmico de cada julgador.

Deve-se discutir, portanto, a opção da linguagem como ferramenta própria ao papel que cada indivíduo pretende preencher na sociedade. No âmbito jurídico resta inegável a exclusão que tal escolha desencarrega.

A figura do advogado, sob esta ótica, acaba representando mediador entre a formalidade das Instâncias Judiciárias e a população, efetivamente, o que gera o debate abordado sobre o acesso à Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, .A. S. *A arte de argumentar gerenciando razão e emoção*. 13ª ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2009.

ADEODATO, J. M. *Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Saraiva. 2009.

ALVES JUNIOR, M.; TOMAZI, M. "Perspectivas Retórico-Discursivas Para O Estudo Da Patemização". *Revista de Linguística (São José do Rio Preto)* – São José do Rio Preto, v. 62, n. 1, 2018. (artigo disponível na íntegra no site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100035&lang=pt, acessado em 12 fev. 2019)

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. *Obras completas: Retórica.* 2ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda: 2005.

_____. *Obra jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Ícone editora: 1997.

_____. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1998.

CARNELUTTI, F. *Arte do Direito*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CASAGRANDE, N. S. *A nova Retórica: um novo olhar sobre a Retórica Clássica por Chaïm Perelman*. In: CORRÊA, L. *Direito e argumentação*. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008, p. 52-71.

DHAOUADI, H. *Aux sources du discours argumentaire Aristote et la Rhétorique*. Saint Étienne: Synergies Monde Arabe, 2011.

FERRAZ JR. T. S. *Direito, Retórica e Comunicação - subsídios para uma pragmática do discurso jurídico* - 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORIN, J. "Argumentação e discurso". *Bakhtiniana, Revista de Estudos do Discurso* – São Paulo, v. 9, n. 1, 2014. (artigo disponível na íntegra no site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732014000100005&lang=pt, acessado em 12 fev. 2019)

MONTEIRO, C. S. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica, (2. Ed.).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, C.; OLBERCHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PAULINELLI, M. P. T. "Retórica, argumentação e discurso em retrospectiva". *Linguagem em (Dis)curso* – LemD, Tubarão, v. 14, n. 2, p. 391-409, 2014. (artigo disponível na íntegra no site http://www.scielo.br/pdf/ld/v14n2/1518-7632-ld-14-02-00381.pdf, acessado em 24 mar. 2018)

REBOUL, O. *Introdução à Retórica*. Martins Fontes: São Paulo,2004.

SHIMOTE. C. "*A Retórica de Aristóteles*". In: CORRÊA, L. *Direito e argumentação*. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008, p. 1- 51

DIÁLOGO INSTITUCIONAL E ACESSO À JUSTIÇA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM ESTUDO DE CASO DO PROJETO "FALANDO SÉRIO"

Felipe Dutra Asensi [1]

RESUMO

Este artigo versa sobre a experiência do Projeto Falando Sério realizada na cidade de São José do Vale do Rio Preto-RJ, em que esta nova estratégia extrajudicial criada a partir do diálogo institucional entre atores jurídicos e políticos vem sendo utilizada para garantir a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A pesquisa foi desenvolvida a partir de um estudo de caso por meio da análise da implantação, execução e resultados obtidos pelo Projeto em prol do acesso à justiça. A abordagem do tema é qualitativa e desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica e documental, além de algumas considerações fundadas na observação participante realizada pelo autores durante os cinco anos do Projeto e entrevistas com os atores jurídicos e políticos envolvidos. Os resultados apresentam uma diminuição do número de ocorrências no Comissariado de Justiça, pois o Projeto permite, através do diálogo institucional, a identificação de situações de risco precocemente, permitindo a aplicação de medidas de proteção de forma a diminuir ou até evitar o dano. O maior desafio do Projeto tem sido a falta de disposição de voluntários que tenham comprometimento com o calendário de atividades anuais. Como conclusão, observa-se que a consolidação do Projeto não significa o fim da demanda judicial na Comarca, mas possibilita a efetivação de direitos fundamentais sem que seja necessário a utilização do processo judicial, contribuindo para melhorar o quadro social vivenciado pelos adolescentes alcançados e ampliando o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Estratégias Extrajudiciais. Diálogo institucional. Criança. Adolescente

INSTITUTIONAL DIALOGUE AND ACCESS TO JUSTICE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: A CASE STUDY ON THE PROJECT "TALKING SERIOUSLY"

ABSTRACT

This article deals with the Project Seriously Speaking experience in the city of São José do Vale do Rio Preto-RJ, where this new non-judicial strategy created through institutional dialogue between legal and political actors has been used to guarantee the children and adolescents rights. The research was developed from a case study through the analysis of the implementation, execution and results obtained by the Project in the access to justice. The approach is qualitative and developed based on bibliographical and documentary research, besides some considerations based on the participant observation realized by the authors during the five years of the Project and interviews with legal and political actors involved. The

[1] Professor de Mestrado/Doutorado da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e Universidade Santa Úrsula (USU), no Brasil, e da Ambra University, nos Estados Unidos. Foi Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).

results show a decrease in the number of occurrences in the Commissariat of Justice, because the Project allows, through the institutional dialogue, the identification of early risk situations, allowing the application of protection measures in order to reduce or even avoid damage. The Project's greatest challenge has been the lack of willingness of volunteers who are committed to the annual activities calendar. As conclusion, it is observed that the consolidation of the Project does not mean the end of the judicial demand in the Region, but it allows the fundamental rights strengthening without being necessary to use the judicial process, contributing to improve the social situation experienced by the children and adolescents and expanding access to justice.

KEYWORDS: *Access to justice. Non-Judicial strategies. Institutional dialogue. Child. Adolescent*

INTRODUÇÃO

Na cidade de São José do Vale do Rio Preto, localizada na região serrana do Estado do Rio de Janeiro, foi instituído, em 2014, um projeto educacional voltado para adolescentes com o intuito de intervir na realidade, contribuindo para melhoria do quadro social vivenciado pela população infantojuvenil. O projeto, que visa abordar temas variados que são o cerne de muitas escolhas feitas nessa fase da vida, e das quais não cabe hesitação, recebeu o nome de "Falando Sério", em alusão à expressão utilizada pelos próprios adolescentes para expressar dúvida em relação a uma determinada afirmação: "Fala sério?".

O objetivo desse trabalho é analisar a implantação desse projeto como uma nova estratégia na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, traçando um paralelo principalmente com as observações de João Pedroso (2002) acerca da relação entre o judicial e o não judicial em Portugal e com o resultado da pesquisa realizada por Felipe Asensi e Roseni Pinheiro (2015) sobre as experiências de judicialição da saúde em Lages-SC, Araguaína-TO e Brasília-DF pelo Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa foi desenvolvida com base no método indutivo a partir de um estudo de caso do referido Projeto por meio da análise da implantação, execução e resultados obtidos em prol do acesso à justiça. A abordagem do tema é qualitativa e desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica e documental, além de algumas considerações fundadas na observação participante realizada pelo autores durante os cinco anos do Projeto e entrevistas com os atores jurídicos e políticos envolvidos.

No primeiro capítulo, abordamos o acesso à justiça a partir do diagnóstico do crescimento explosivo da procura da sociedade moderna pelos tribunais através da judicialização das relações sociais em diversas áreas do direito. Isto enseja desafios para a capacidade de atendimento pelas instituições jurídicas de todas as demandas, seja por conta da pluralidade e complexidade das demandas, seja pela organização do trabalho nas instituições jurídicas.

No segundo capítulo, discutimos o conceito de criança e adolescente e analisamos os aspectos históricos e normativos da construção da concepção moderna de infância a fim de situar a população infantil no mundo jurídico como detentora de todos os direitos inerentes ao ser humano e ainda de direitos específicos em relação à sua condição de pessoas em desenvolvimento.

No terceiro capítulo, apresentamos os resultados da pesquisa empírica sobre o Projeto Falando Sério, dividida em dois aspectos distintos. O primeiro é o momento da

sua criação e implantação criação pelo Comissariado de Justiça da Vara Única de São José do Vale do Rio Preto, esclarecendo as circunstâncias que levaram à sua criação e explorando a Portaria Administrativa 01/2014, documento que instituiu o projeto e através do qual a Juíza regulamenta seus objetivos, composição, coordenação, metas, relações institucionais e metodologia aplicada. O segundo momento se refere à experiência do projeto, observando como ele deu início ao diálogo institucional entre atores políticos e jurídicos e como esse diálogo vem se desenvolvendo na prática, sua recepção pela comunidade escolar, a participação de alunos, professores e equipe diretiva durante a execução do projeto, os resultados observados por esses atores ao longo dos quatro anos em que o Projeto e como este se estabeleceu nova estratégia de garantia dos direitos de crianças e adolescentes, e as dificuldades encontradas para dar continuidade ao Falando Sério.

1. ACESSO À JUSTIÇA: O JUDICIAL E O EXTRAJUDICIAL

1.1 REFORMAS JUDICIÁRIAS E SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não raro observamos o termo "acesso à justiça" ser relacionado ao acesso do cidadão ao Poder Judiciário por meio da judicialização de uma determinada demanda (CAPPELLETTI, 1999; FEREJOHN, 2002). Associado a isso, há autores que também apontam uma busca crescente do Judiciário em juridificar relações sociais anteriormente sujeitas a menos regulação jurídica, como por exemplo relações familiares e laborais (GARAPON, 1996; PEDROSO, 2002).

No caso brasileiro, como elemento relevante de acesso à justiça, observamos a garantia constitucional uma razoável duração para o processo judicial (art. 5°, LXVIII), que apresenta desafios em relação à morosidade do sistema judicial e à sobrecarga de trabalho dos serventuários dos Tribunais de Justiça devido ao número de processos judiciais. Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresenta os dados do Relatório Justiça em Números, que atualmente revela a tramitação de mais de 105 milhões de processos judiciais no Brasil. Os dados revelam ainda uma sobrecarga de trabalho no primeiro grau e um congestionamento significativo no sistema de Justiça brasileiro. As dificuldades de acesso à justiça foram inicialmente pensadas à luz de direitos individuais, mas existem pesquisas relevantes sobre os desafios de acesso à justiça também para direitos coletivos ou metaindividuais (DUARTE, 2007; SPESSIMILLI, FONSECA, LEITE, 2011)

Essa realidade dos Tribunais de Justiça do Brasil é compartilhada por outros países. Exemplo disso é a pesquisa minuciosa de Santos *et al* (1996) sobre os tribunais nas sociedades contemporâneas, com foco no Judiciário português. Outro exemplo é a pesquisa de Elster (1997) sobre a relação entre o mercado e o Judiciário, com foco principal no Judiciário americano. Por fim, podemos também citar a pesquisa de Kapiszewski e Taylor (2008) sobre a relação entre política e Judiciário na América Latina.

Nos séculos XIX e XX, os tribunais assumiram papel central na resolução de litígios. A partir dos anos 60 e 70 observamos uma transformação no sistema de

resolução de litígios, em função de duas pressões: uma interna ao sistema judicial, relacionada à sobrecarga de processos judiciais e a incapacidade de resposta à essa demanda, e outra externa aos tribunais, a qual procede das organizações sociais e econômicas da sociedade e do mercado, ou seja, os movimentos. Por outro lado, uma corrente defende que compete ao Estado central ou às autoridades locais criar alternativas aos tribunais. Essa corrente "estatista" entende que os juízes devem se ocupar de problemas jurídicos importantes, justificando para isso a formação e a competência específica dos juízes e o alto custo dos tribunais. Enquanto outra corrente, a "comunitária", defende o desenvolvimento de redes de entreajuda e sistemas de resolução de conflitos extrajudiciais, como forma de ajuda à comunidade. Pedroso se manifesta contrário à opinião de que a questão do acesso ao direito e da resolução de conflitos seja a de preservar os tribunais judiciais, ele argumenta que muitos conflitos nem chegam ao sistema judicial e que as sociedades são ricas em mecanismos de resolução de litígios. (PEDROSO, 2002, p.31 e 32)

Esse conjunto de fatores, levam a um cenário que é descrito por Pedroso (2002, p.5) como "uma explosão de litigação e a um crescimento da procura a que não consegue dar resposta". O autor especifica ainda que esse, não é um processo de características idênticas em todas as sociedades, justificando que a procura pelos tribunais varia em função do perfil social, econômico e político de cada grupo. Tal explosão levou alguns governos à promoverem reformas da administração judicial, a seu modo.

Nesse contexto, Pedroso (2002, p. 15,16) propõe uma reforma na administração da justiça, passando do modelo atual para um outro que compreenda a "criação" de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas informais e desprofissionalizadas. Tais espaços seriam alternativos no sentido de substituírem ou complementarem a administração tradicional da justiça e se caracterizariam, em tese, por serem mais céleres, rápidos e acessíveis.

Essa reforma prevê um movimento de desregulação social, cujo significado seria a "diminuição ou supressão de uma forma específica de regulação social, como seja o direito em geral (desjuridificação), a lei (deslegalização) ou regulamentação administrativa (desregulamentação) em particular" (Pedroso, 2002, p. 16). O autor destaca que os processos de desregulação devem ser combinados com novos meios de regulação social. Nas últimas décadas, podemos observar um movimento crescente, conhecido como ADR (Resolução Alternativa de Litígio - RAL), que defende a existência de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como por exemplo a negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Este movimento, além de apontar para novos modelos de resolução de conflitos, propõe novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de conflitos. Ele é constituído por meios informais ou formais não judiciais de resolução de litígios, tendo uma matriz comum, mas cheio de diferenças que possibilitem atender uma diversidade de litígios, de formas de composição a serem adotadas, de promotores, espaços de intervenção e importância de discursos.

Outra característica da reforma administrativa proposta pelo autor diz respeito ao funcionamento dos tribunais e está relacionada ao processo de desjudicialização. O conceito de desjudicialização "tem como referência a divisão do trabalho entre os

tribunais do sistema judicial e de outras instituições na resolução de conflitos entre justiciáveis [...]" (Pedroso, 2002, p. 28). Diante da crise instalado nos tribunais judiciais e já denominada "explosão de litigação" resultante da evolução da sociedade, foi possível identificarmos nas últimas décadas um aumento significativo de instituições e programas de resolução alternativa de litígios. Sobre esses programas, Pedroso argumenta que algumas deles são "totalmente autônomos, outros associados a tribunais ou desenvolvidos pelo Estado, outros, ainda, desenvolvidos nas comunidades, ou integrados ao seio de organizações, como por exemplo empresas, hospitais e escolas."

Este novo modelo de administração de justiça proposto por Pedroso enseja a criação de um sistema integrado de resolução de litígios fundado "na promoção do acesso ao direito dos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, econômicas e culturais que obstem a resolução" (PEDROSO, 2002, p.35), construídos pelos Estados e pelas sociedades, a partir de parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado. Dessa forma, as diversas formas alternativas se posicionam em relação aos tribunais judiciais como alternativas, resolvendo litígios que os tribunais também dirimem, ou como complemento, para os litígios que nunca chegariam aos tribunais, ou ainda como substituto, com a transferência de competência de resolução de litígios dos tribunais para este meio.

Esse mecanismo "não deve ser considerado apenas como uma resposta à sobrecarga e à ineficiência da justiça, mas como uma resposta do sistema de resolução de litígios à evolução dos sistemas de regulação social de uma sociedade" (PEDROSO, 2002, p.36). Portanto, o sistema de Pedroso apresenta a informalização da justiça e a desjudicialização, e pode ser representado por uma pirâmide, tendo como base a Autoregulação/Autocomposição, seguida sucessivamente por Aconselhamento de direitos com e sem resolução de litígios, Prevenção de Litígios, Profissões Jurídicas (ou não) que resolvem litígios, Conciliação, Mediação, Arbitragem e Meios híbridos de resolução de litígios próximos ao modelo judicial, e por último os Tribunais.

1.2 DIÁLOGO INSTITUCIONAL E EXPERIÊNCIAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O fenômeno descrito por Pedroso (2002, p.5) como "uma explosão de litigação e a um crescimento da procura a que não consegue dar resposta" pode ser observado em diversos campos do direito, como por exemplo o direito à saúde, conforme relatado no bojo da pesquisa desenvolvida por Felipe Asensi e Roseni Pinheiro (2015) em parceira com o Conselho Nacional de Justiça.

Os autores realizaram uma pesquisa nacional sobre experiências judiciais inovadoras de efetivação do direito à saúde no Brasil, que desenvolveram-se através do diálogo institucional entre os atores políticos, jurídicos e sociais. A pesquisa selecionou as experiências de Lages-SC, Araguaína-TO e Brasília-DF com base em critérios quantitativos e qualitativos pré-determinados, sendo neste artigo analisada a experiência de Lages-SC para fins ilustrativos.

Em Lages, Asensi e Pinheiro observaram o crescimento da procura pelo Judiciário no início da década de 90 para garantir a efetividade do direito à saúde, em especial

para recebimento de medicamentos e insumos, o que resultou numa influência do Judiciário na administração pública. "O resultado foi um "caos administrativo", que se intensificou a partir da proliferação de mandados judiciais e da falta de padronização do seu cumprimento na gestão" (ASENSI e PINHEIRO, 2015, p. 86). A pesquisa destaca que a solução surgiu a partir da iniciativa do magistrado que buscou promover estratégias extrajudiciais, promovendo o diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo, construindo uma relação entre os atores políticos e jurídicos que possibilitou novas formas de efetivação da saúde.

Em 1997, foi criado um Consórcio Intermunicipal que engloba 25 municípios. O Consórcio, enquanto estratégia de diálogo institucional, aperfeiçoou o sistema de saúde da região e atuou como "mecanismo de compra e fornecimento de serviços, produtos e insumos de maneira compartilhada", desonerando os municípios que antes compravam de forma isolada. Em 2008, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica entre o Executivo e o Judiciário, com o objetivo de "estabelecer estratégias conjuntas de efetivação da saúde". Em 2012, foi instituído o Núcleo de Conciliação de Medicamentos, tendo como objetivo "proporcionar uma alternativa ao modelo adversarial da Judicialização". O Núcleo, entre outras funções, procura atender com efetividade e eficácia as solicitações de medicamentos pelos usuários do SUS ainda não judicializadas, por meio de uma central de conciliação pré- processual, além de orientar os usuários acerca de seus direitos. (ASENSI e PINHEIRO, 2015, P. 77,78)

A consolidação de tais iniciativas ao longo dos anos não significou o fim da litigiosidade em matéria de saúde naquele município, mas possibilitou o desenvolvimento de estratégias dialógicas para efetivar o direito à saúde sem que seja necessário valer-se do processo judicial (ASENSI e PINHEIRO, 2015, p. 85)

Neste sentido, tomando como base principalmente o modelo de administração da justiça sob o prisma de Pedroso (2002) e as pesquisas desenvolvidas por Asensi e Pinheiro (2015), é possível afirmar que: a) a relação entre o judicial e o extrajudicial assume diversas vertentes e contempla diferentes grupos de pessoas, sendo o modo de organização do Judiciário decisivo para o acesso à justiça, assim como o desenvolvimento de formas extrajudiciais o será; b) a elaboração de estratégias extrajudiciais para a efetivação de direitos a partir do diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo pode ser um fator decisivo para o acesso à justiça. Tendo como parâmetro estes aspectos, o direito da criança e do adolescente será examinado nos próximos parágrafos como pano de fundo para experiência desenvolvida em São José do Vale do Rio Preto com o Projeto Falando Sério.

2. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nas últimas décadas, configurou-se um discurso no sentido de assegurar os direitos fundamentais relacionados às crianças e adolescentes, impulsionando uma série de implicações para sociedade contemporânea. Andréa Rodrigues Amin assevera que durante muito tempo "os filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas sobre os quais o pai exercia direito de proprietário" (AMIN, 2016, p.46), sendo conferido a este último o poder absoluto sobre sua prole.

A publicação do livro de Phillipe Ariés, intitulado "A História Social da Criança e da Família", na França em 1960 e nos Estados Unidos em 1962, marcou o início do processo de construção da concepção de infância contemporânea. A referida obra foi traduzida para a língua portuguesa e nos permite entender melhor o processo de reconhecimento da infância. Segundo o autor, na sociedade medieval não havia "sentimento de infância" (ARIÉS, 1981, p.156), ou seja, não eram consideradas as peculiaridades da criança em relação aos adultos, e assim que o infante tinha condições de viver sem depender fisicamente de sua mãe, se afastava da família e era incorporado ao mundo dos adultos, partilhando seus trabalhos, festas e jogos. Ariés (1981) enfatiza ainda que tal comportamento não significava negligência, abandono ou desprezo por parte dos adultos em relação aos infantes.

Mary Del Priore (1999), em seus estudos sobre a infância no Brasil, sustenta que o processo de construção da concepção de infância e adolescência ocorreu de forma diferenciada na Europa e no Brasil, em consequência de fatores sociais, culturais e econômicos, destacando que diferente da Europa, no Brasil, a implantação do sistema de escolarização e da industrialização foi tardio, impedindo a adaptação dos indivíduos a este cenário. Quanto à escolarização, ela afirma que, desde a colonização até metade do século XVIII, as escolas eram privilégio para poucas crianças. No século XIX, as crianças oriundas de famílias pobres eram preparadas para o trabalho, esta atividade tinha prioridade em prejuízo da formação escolar (PRIORE, 1999, p.10).

Discorrendo ainda sobre a situação da população infantil na sociedade escravista no Brasil, a autora sustenta que as crianças eram inseridas no trabalho infantil cedo, por volta dos quatro anos de idade, e poucas sobreviviam até os dez anos. Além disso era comum a separação dolorosa de pais e filhos. Mas, com base nos relatos de viajantes estrangeiros, ela conclui que a realidade do Brasil colonial não impedia que o afeto dos pais para com seus filhos permeasse as relações parentais. Segundo Priore, a exploração da mão de obra infantil nas fazendas continuou mesmo após a abolição da escravidão, enquanto nos centros urbanos ocorreu a proliferação de cortiços e favelas (séc. XIX e XX). Esses fatores também colocavam as crianças em situações de risco. Este cenário levou a sociedade a refletir sobre sua relação de responsabilidade para com a população infanto-juvenil, originando uma nova consciência sobre a infância (PRIORE, 1999, p.11-14).

Em nosso tempo, as gerações vivem divididas em espaços exclusivos, sendo facilmente perceptível a separação da existência do homem em faixas etárias expressas através do desempenho de papéis sociais: crianças, adolescentes, adultos jovens e adultos velhos. Benedito Rodrigues dos Santos reconheceu que as crianças possuem um mundo distinto do mundo dos adultos, com instituições, bens e serviços voltados para elas nas diversas áreas e que tal mudança se deu a partir de um modo diferente de se estruturar e de dar significação às passagens da vida. (SANTOS, 2014, p. 27-32). Ele observa que, enquanto nas sociedades medievais a infância era vista como uma etapa natural de progressão que levava a criança a se tornar adulto, atualmente, a infância e a adolescência são encaradas como fases de formação e preparação para fase adulta, sendo a infância vinculada ao tempo de estudar, enquanto a adolescência é o

período de transição da infância para a fase adulta. Nesta fase, o ser humano não é mais criança, no entanto, ainda não se transformou em adulto.

Embora a violação dos direitos de crianças e adolescentes tenha se evidenciado ao longo da história da humanidade, foi somente no final do século XIX que o tema passou a ser alvo de especial atenção. Embora a mudança no paradigma de infância tenha ocorrido de forma mundial, a dinâmica da consolidação das normas de garantia dos direitos da criança e do adolescente em cada país está diretamente ligada a aspectos econômicos e culturais.

Discorrendo sobre a necessidade de atenção aos direitos da criança e do adolescente, Luciano Alves Rossato (2016) relata um caso emblemático ocorrido nos Estados Unidos em 1874, que deu origem à Sociedade de Prevenção da Crueldade contra Crianças de Nova York e ficou conhecido como o caso Mary Ellen. Uma assistente social, Etta Wheeler, teve conhecimento de que uma menina de nove anos de idade chamada Mary Ellen era vítima de maus tratos intrafamiliar. Comovida pela situação em que a criança se encontrava, a assistente social buscou ajudá-la. O caso chegou até a Suprema Corte. Por falta de uma legislação que garantisse os direitos da criança e do adolescente, foi invocada a condição da criança como parte do reino animal e se utilizou a previsão legal que protegia os animais conforme defendido pela Sociedade de Prevenção à Crueldade aos Animais de Nova York (ROSSATO, 2016, p.39).

Conforme fartamente abordado na literatura, o século XIX e o início do século XX foram marcados pela Revolução Industrial, que mudou o desenho da economia mundial, e por duas Guerras Mundiais. Esses eventos tiveram resultados danosos que atingiram diretamente a população infantojuvenil. As indústrias, por exemplo, não se furtavam de utilizar a mão de obra infantil em terríveis condições de trabalho, além disso, as duas grandes Guerras Mundiais levaram ao abandono de muitas crianças em razão da morte de seus pais.

Diante das circunstâncias apresentadas à época, documentos internacionais foram criados e aprovados com o intuito de garantir os direitos de todos os seres humanos, sem, no entanto, deixar de mencionar em seus artigos o direito das crianças (ROSSATO, 2016, p. 41-49). Entre estes documentos podemos citar a Convenções da OIT (1919), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos. Ainda segundo o autor, diante do contexto apresentado, a comunidade internacional reconheceu que as crianças necessitam de atenção especial que as defenda dos danos causados por situações de risco e, consequentemente, passou a adotar documentos voltados para a proteção da infância, reconhecendo sua vulnerabilidade e declarando-a detentora de direitos como pessoa em desenvolvimento.

Outros documentos internacionais foram criados para tutelar os direitos de crianças e adolescentes, e marcaram a história do reconhecimento e da ampliação desses direitos. Estes documentos foram relacionados por Amin (2016), entre os quais destacamos a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra (1924), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), as Regras Mínimas das Nações Unidas para administração

da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing ou Regras de Pequim (1985); e a Convenção dos Direitos da Criança (1989).

No Brasil, nos anos posteriores à sua Independência, a legislação do país já sinalizava uma preocupação com a população infantojuvenil. Tal preocupação era limitada aos casos de crianças órfãs e enjeitadas, com medidas de caráter essencialmente assistencialista. Na segunda metade do século XIX, a legislação demonstra a preocupação do Imperador D. Pedro II com a formação educacional das crianças, como, por exemplo, nos Decretos N. 630, de 17 de setembro de 1851 e N. 1331-A, de 17 de fevereiro de 1854 (RIZZINI, 2002, p. 8-12).

Descrevendo o cenário brasileiro durante os séculos XIX e XX, Rizzini e Rizzini (2004) relata, que houve um aumento da população do Rio de Janeiro e São Paulo causado, principalmente, pelo fim da escravidão. Grande parte da população vivia em condições de pobreza e a quantidade de crianças e adolescentes abandonados ou delinquentes cresceu, trazendo preocupação para a sociedade como um todo. A população infantojuvenil passou a ser considerada como uma categoria jurídica dos menores de idade, e alvo da intervenção formadora e reformadora do Estado e outros setores da sociedade, como as instituições filantrópicas e religiosas. Segundo a autora, o enlace das iniciativas educacionais com os objetivos de assistência e controle social, representou um perigo para aquela população infantojuvenil, pois nesse tipo de educação, o indivíduo vive em reclusão "na sua modalidade mais perversa e autoritária", na qual "o indivíduo é gerido no tempo e no espaço pelas normas institucionais, sob relações de poder totalmente desiguais" (RIZZINI e RIZZINI, 2004, p. 22).

Vale mencionar que, segundo a análise de Juliana Diniz, Eulália Camurça e Carlos Roberto Neto, as duas primeiras constituições brasileiras - a Constituição do Império, de 1824 e a Constituição da República de 1891 – "são silentes do trato da criança e do adolescente, sendo a única menção existente aquela referente á maioridade jurídica do imperador, presente na Constituição de 1824" (DINIZ, CAMURÇA e NETO, 2018, p. 352).

Nessa perspectiva, em 1926, surgiu o primeiro Código de Menores do Brasil (Decreto n°5.083) que cuidava dos infantes expostos e menores abandonados. Em 1927 essa norma foi ampliada e ficou conhecida como Código Mello Mattos (Decreto n° 17.943-A). Se referindo a este código, Rizzini (2002) nos diz que embora seu texto se diferenciasse das normas existentes por ser mais extenso, seu conteúdo era essencialmente o mesmo, acrescentando que "O que o impulsionava era "resolver" o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo todos os possíveis controle sobre os menores [...]" (RIZZINI, 2002, p.28).

Em 1979 foi promulgado um novo Código de Menores[2], que segundo a doutrina em geral, era direcionado aos menores (art. 1°) em situação irregular (art. 2°), condição relacionada ao estado de abandono ou delinquência. A segregação parecia a melhor solução e o recolhimento de crianças às instituições de reclusão foi o principal

[2] Conforme estabelecido pela Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.

instrumento de assistência à infância no país. Dessa forma, a legislação brasileira consolidou a Doutrina da Situação Irregular e centralizou as decisões na figura do juiz da infância.

Em sintonia com as normas internacionais que estabeleciam um novo paradigma da infância e ampliavam os direitos de crianças e adolescentes, o Brasil promulga, em 1988, a sua Constituição Federal, que representa um marco na história do direito e da justiça no país, priorizando a dignidade da pessoa humana e conferindo à população infantojuvenil o status de sujeitos de direito e a titularidade de direitos fundamentais. Em seu artigo 227 estabeleceu a proteção integral e a prioridade absoluta em favor da criança e ao adolescente.

Amin (2016) ressalta que o princípio da prioridade absoluta, estabelecido, no artigo acima estabelece a primazia em favor de crianças e adolescentes na concretização dos direitos fundamentais ali enumerados, levando em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, condição que deixa essa população mais vulnerável do que os adultos (AMIN, 2016, p.63,64). A prioridade é garantida em todas as esferas de interesse e deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral e poder público, realizando a proteção integral e, consequentemente, mantendo a criança e o adolescente a salvo de todas as formas que possam afastá-los do desenvolvimento sadio.

A norma constitucional, prevista no artigo em destaque, "não é meramente programática, tendo se tornado obrigatória desde a promulgação da Constituição" (MACHADO, 2013, p.1122), assegurando à criança e ao adolescente, atenção especial. Dessa forma, toda legislação posterior à Constituição de 1988 observou os princípios estabelecidos por ela.

Em 13 de julho de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que ficou conhecido popularmente como ECA. O documento se alinhou à referida Constituição, superando a cultura do revogado Código de Menores. Ela reproduziu, no artigo 3°, o princípio da proteção integral e, no artigo 4°, o dever de assegurar à criança e ao adolescente a observância de seus direitos fundamentais, pondo-lhes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, com prioridade absoluta, que é imposto à família, à sociedade e ao Estado pela Constituição Federal.

Segundo Diniz, Camurça e Neto, depois da Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, "a expressão "menor" e a gramática a ela associada vão, paulatinamente, desaparecendo, primeiro da legislação infraconstitucional, da doutrina especializada e das políticas públicas brasileiras, em um processo lento e gradual" (DINIZ, CAMURÇA e NETO, 2018, p. 358).

Vale destacar a heterogeneidade de políticas públicas de educação que possuem interface com outras políticas públicas desde a promulgação da Constituição de 1988 e do ECA. Inclusive, há autores que ressaltam a influência de políticas públicas desenvolvidas noutros países, o que reforça a abertura do sistema de proteção da criança e do adolescente à pluralidade de formas de efetivação dos direitos e garantias. Por exemplo, recebe destaque a pesquisa de Vanessa Santiago, Raquel Freitas e Paloma Andrade (2017) a respeito a influência do sistema educacional holandês no Projeto

Dinheiro na Escola. Segundo as autoras, este Projeto "faz parte da sequência de políticas públicas educacionais descentralizadas que atuam no âmbito de autonomia municipal, em colaboração da União com os estados-membros" (SANTIAGO, FREITAS e ANDRADE, 2017, P. 341). Como resultado, "o PDDE representa o empoderamento da cidadania e a disponibilização de mecanismos de reforço a uma prática democrática mais atuante e deliberativa na área educacional" (SANTIAGO, FREITAS e ANDRADE, 2017, P. 346).

Atualmente, crianças e adolescentes são considerados por lei sujeitos de direito e a sociedade reconhece que sua condição de ser humano em desenvolvimento requer atenção diferenciada. A adolescência, por exemplo, é uma fase da vida que apresenta muitos desafios e o acesso à justiça pode significar a prevenção de situações de risco através da orientação e do diálogo, conforme o Projeto Falando Sério desenvolvido na cidade de São José do Vale do Rio Preto.

3. DIÁLOGO INSTITUCIONAL E O PROJETO FALANDO SÉRIO

3.1 CONTEXTO DE CRIAÇÃO DO PROJETO FALANDO SÉRIO

São José do Vale do Rio Preto é uma cidade localizada na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, com cerca de 20.251 habitantes, sendo que a maioria da população vive na zona rural do Município. A cidade é a maior produtora de hortifrutigranjeiros do Estado.[3]

A comarca de São José do Vale do Rio Preto é considerada pequena[4] e só possui uma única vara, que é a Vara Única de São José do Vale do Rio Preto. A Vara não possui um juiz titular, sendo nomeado pelo Tribunal de Justiça um Juiz Titular de outra comarca para que atue como Juiz em Exercício durante determinado período de tempo. Em 2014, foi designada para exercer a função de Juíza em Exercício que também atuava como Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de Teresópolis. A Juíza já possuía cerca de 21 anos de magistratura, atuando cerca de 10 anos em Vara de Família e 06 anos em Vara de Infância. Neste sentido, a Vara Única de São José do Vale do Rio Preto passou a ter sob sua responsabilidade uma Juíza com forte atuação e experiência justamente em família, criança e adolescente.

Na mesma ocasião em que a Juíza chegava em São José do Vale do Rio Preto, havia sido designada para trabalhar no Comissariado da Infância, da Juventude e do Idoso daquela Comarca uma Comissária com forte atuação acadêmica e engajamento no tema. A Comissária, além da formação em direito, possui formação no magistério, tendo trabalhado com crianças e adolescentes cerca de 16 anos consecutivos.

As experiências da Juíza e da Comissária no trabalho com crianças e adolescentes permitiu que em pouco tempo fosse identificado um cenário que colocava em risco a

[3] Dados da página oficial da Prefeitura Municipal de São José do Vale do Rio Preto na internet. Dado populacional, censo 3 de 2010.

[4] Como esclarece o Conselho Nacional de Justiça "comarca corresponde ao território em que o juiz de primeiro grau irá exercer sua jurisdição e pode abranger um ou mais municípios, dependendo do número de habitantes e de eleitores, do movimento forense e da extensão territorial dos municípios do estado, entre outros aspectos" (CNJ, 2016). Em comarcas pequenas, a vara é única e recebe todos os assuntos referentes à Justiça.

integridade da população infanto-juvenil e que acarretaria um aumento de procedimentos administrativos e judiciais para garantir sua proteção ou reparar os danos causados. Por exemplo, chamava a atenção o número de pais e responsáveis que procuram o Comissariado da Infância e Juventude e o Conselho Tutelar em busca de orientação para solucionar problemas relacionados à prática de *bullying* e outros tipos de violência na escola, bem como a utilização de drogas lícitas e ilícitas por crianças e adolescentes, além da quantidade significativa de adolescentes flagrados consumindo bebida alcoólica durante as fiscalizações noturnas realizadas pelo Comissariado de Justiça.

Diante desse cenário, a Juíza decidiu criar um projeto que levasse a uma reflexão sobre diferentes temas, despertando a consciência da população infantojuvenil para a importância das escolhas realizadas no adolescer e intervindo na realidade apresentada. Conforme relata a Juíza em entrevista:

> Desde que eu entrei na magistratura eu tenho uma visão social do que eu poderia fazer enquanto juíza para benefício das pessoas, das famílias, da sociedade. Sempre procurei projetos nesse sentido tanto em São João do Meriti tanto em Teresópolis através de projetos como Fique Esperto[5] e Tecendo a Cidadania[6]. Eu acredito que através desse tipo de trabalho nós atingimos o futuro através das crianças, através da educação.

A Juíza então sugeriu à Comissária que fosse elaborado um projeto a ser desenvolvido nas escolas, levando em conta as características da população infantojuvenil do município e que atendesse suas necessidades. A Comissária iniciou a empreitada realizando um levantamento junto a professores e diretores de diversas instituições de ensino da rede municipal e particular junto ao Conselho Tutelar e no próprio Cartório da Vara para identificar os problemas enfrentados nas unidades escolares e as ocorrências mais comuns no Conselho Tutelar e as demandas judiciais na área da infância e adolescência daquele juízo. A minuta do projeto foi entregue e aprovada pela Juíza e, naquele mesmo ano de 2014, deu origem à Portaria Administrativa 01/2014[7], que instituiu o Projeto Falando Sério.

Figura 1. Logomarca do Projeto Falando Sério. Fonte: própria

[5] Projeto Fique Esperto, foi criado em 2012. O projeto é coordenado pelo Comissariado de Justiça e tem caráter preventivo ao uso de drogas por crianças e adolescentes, atingindo escolas públicas e particulares das zonas urbana e rural da cidade de Teresópolis.

[6] Projeto Tecendo a Cidadania, iniciou suas atividades em 2014. Coordenado pelo Comissariado de Justiça, abrange a rede escolar de Teresópolis e possui uma abrangência temática ampla, de acordo com as necessidades apresentadas pela instituição de ensino. O projeto visa despertar no aluno o sentido de cidadania.

[7] A Portaria Administrativa no âmbito das varas judiciais é um documento editado pelo juiz, que visa instituir ou regulamentar projetos de apoio e assistência a crianças e adolescentes atendidos por determinada vara, conforme regulamenta a Resolução 03/2006 do Conselho de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Através da Portaria 01/2014, a juíza Vânia Mara resolve "Criar, regularizar e organizar a estrutura e as rotinas do Projeto Falando Sério no âmbito da Vara Única de São José do Vale do Rio Preto", regulamentando o projeto nos seguintes segmentos: objetivos, composição, coordenação, metas, relações institucionais e metodologia aplicada. A Portaria também estabelece que os casos omissos e dúvidas serão resolvidos pela autoridade judiciária e determina que seja dado publicidade ao ato através de publicação no Diário Oficial e em periódico de grande circulação no município, além de comunicação do inteiro teor da Portaria aos seguintes órgãos: Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Promotoria da Infância e da Juventude, Defensoria Pública da Infância e da Juventude, OAB/RJ, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar e Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social.

A Juíza salientou na Portaria a especificidade do trabalho realizado na área da Infância e Juventude, que envolve lidar com "problemas que permeiam o seio familiar são de cunho comportamental, ora próprio da idade, ora acima do limite tolerável" e que tais problemas impõem à sociedade "ações de pró-cidadania, de formação básica de um cidadão" e, aos mais jovens, impõem a necessidade de despertar "conceitos importantes para o crescimento de uma cidadania crítica, como ética, valores coletivos, direitos e deveres, levando-os a serem cidadãos sem a consciência de seu papel na sociedade". A Portaria também destaca ainda que essa demanda, exige da equipe da Vara da Infância e Juventude algumas competências e habilidades que vão além do conhecimento jurídico:

> **CONSIDERANDO** que em se tratando da matéria especialíssima, como a área infanto-juvenil, além de observá-la, assim como o respeito ao princípio da legalidade e do devido processo legal, cabe ao Magistrado que atua na referida, a sensibilidade que deverá ter para lidar com as graves situações comportamentais e familiares que lhe surgem. Não basta ao Juiz da Infância e da Juventude o conhecimento do Direito, mas sim que o mesmo se muna do ***PLUS,*** *assim como os servidores lotados em serventia especializada;*

O objetivo do projeto envolve a identificação de situações de risco, e a promoção de ações para o fortalecimento da proteção da criança e do adolescente pela Rede de Atendimento estabelecida no município, conforme salienta a Portaria:

> **O Projeto Falando Sério** tem por escopo específico, identificar as situações de risco a que estão expostos os adolescentes e promover ações para o fortalecimento dos fatores de proteção em parceria com a rede de atendimento, desenvolver nos alunos o senso crítico a fim de identificar as escolhas que contribuam para que tenham um desenvolvimento físico, psíquico e moral compatível com os direitos que lhe são garantidos pela lei, em especial o direito à dignidade humana e, por fim mobilizar os alunos para que sejam multiplicadores das ideias do projeto e agentes transformadores de ações positivas;

A Portaria estabelece ainda que a composição e a coordenação do Projeto Falando Sério seja de responsabilidade do Comissariado da Infância e Juventude da Vara Única de São José do Vale do Rio Preto, localizado nas dependências do Fórum daquela Comarca. A Portaria também que o Comissariado busque e estabeleça parceria junto às escolas da rede pública e particular de ensino, assim como com as secretarias municipais e a outras instituições públicas ou OS (Organizações Sociais) para alcançar as metas estabelecidas, que incluem o atendimento dos alunos do 6° ao 9° ano da rede municipal, estadual e particular de ensino do município.

O Projeto Falando Sério, conforme designado na Portaria, nasceu com o objetivo estimular a discussão de determinado tema, partindo da narrativa dos alunos, levando a uma reflexão sobre as causas e consequências das escolhas de cada pessoa, contribuindo para a autonomia do indivíduo. Em cada uma das abordagens é destacado que a adolescência é a passagem da infância para a vida adulta, e que em meio a tantas transformações é natural que o adolescer seja acompanhado de dúvidas e incertezas, transformando em desafios as várias possibilidades que precisam ser escolhidas nessa fase, o que se torna mais difícil face a complexidade do mundo contemporâneo. A metodologia a ser adotada pelo Projeto Falando Sério envolve discussões sobre os temas selecionados a partir das narrativas dos alunos, seguidas de apresentação de vídeo e palestra com profissionais de vários segmentos da sociedade, além de atividades diversificadas desenvolvidas pelos professores ao longo do ano letivo, como produção de frases, textos, músicas, apresentação de danças e teatro, a serem apresentadas no encerramento anual das atividades, como conclusão do projeto.

O Projeto Falando Sério representa para cidade de São José do Vale do Rio Preto o que Pedroso se refere como sendo "meio de informalização da justiça e de desjudicialização", o autor saliente que estratégias como essa não devem ser consideradas apenas como uma resposta à sobrecarga do Judiciário, mas também "como uma resposta do sistema de regulação social de uma sociedade" (PEDROSO, 2002, p. 36).

3.2 A EXPERIÊNCIA DO PROJETO FALANDO SÉRIO

Em agosto de 2014, foi realizada uma reunião para apresentar o Projeto Falando Sério aos segmentos da sociedade que trabalham com crianças e adolescentes no município, tais como a secretaria de educação, diretores de todas as instituições de ensino públicas e particulares e secretaria de saúde. Foi convidado também o Padre responsável pela Igreja Católica localizada próxima ao Fórum, pois ele tomou conhecimento do interesse da magistrada em desenvolver um trabalho com crianças e adolescentes e prontamente disponibilizou o salão paroquial sempre que fosse necessário, pois o Fórum não possui espaço apropriado para reuniões e palestras.

A Juíza deu início à reunião esclarecendo que a garantia do acesso à justiça não está vinculada à propositura de ações judiciais. Especialmente no caso da criança e do adolescente, tal acesso teria um significado mais amplo e envolveria ações preventivas, pois em muitos casos a violação dos direitos geram danos que são irreversíveis, tendo em vista sua condição de pessoa em desenvolvimento. A Juíza destacou os danos causado pelo consumo de bebida alcoólica por pessoas em desenvolvimento e expressou sua preocupação com o número de ocorrências envolvendo esse tipo de

situação durante as fiscalizações noturnas de rotina do comissariado. Por fim, concluiu dizendo que todos - família, sociedade e Estado - são responsáveis pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Em seguida foi realizada a apresentação do Falando Sério por meio de slides que permitiram uma leitura mais informal da Portaria, seguida da descrição do funcionamento do Projeto, destacando os seguintes aspectos:

- Público alvo: alunos matriculados nas turmas do 6° ano 9° ano da rede pública e particular de ensino.
- A equipe diretiva e o corpo docente devem se comprometer a trabalhar o tema abordado de forma interdisciplinar durante todo o ano letivo, tendo em vista que a equipe do projeto só tem um encontro anual com os alunos, o que não é suficiente para esgotar o assunto.
- A coordenação do projeto deve apresentar um calendário anual com as datas estabelecidas para cada escola para apreciação da direção e confirmação. A data fica sujeita à alteração mediante comunicação prévia.
- Junto com o calendário, a coordenação deve solicitar um mapa especificando as turmas e o número de alunos em cada uma delas para que sejam organizadas as apresentações.
- A apresentação do projeto deve ter duração de cerca de uma hora e meia em cada turma.
- O tema anual do projeto deve ser escolhido a partir de situações relatadas pela direção das escolas e pelo Conselho Tutelar que representam um risco para integridade de crianças e adolescentes.
- As turmas participantes do Projeto Falando Sério são desafiadas a desenvolver uma apresentação (música, peça teatral, etc.) sobre o tema abordado, sob a orientação de seus professores. A equipe diretiva deve selecionar um dos trabalhos para representar a escola durante festa de encerramento anual das atividades do projeto.
- O encerramento anual das atividades do Projeto Falando Sério deve ser realizado com um evento especial no qual os alunos devem apresentar os trabalhos selecionados para as autoridades municipais e demais convidados. A intenção é prestigiar os alunos que se destacaram por seu empenho em pesquisar sobre o tema abordado e elaborar um trabalho e incentivar a participação de outros alunos no ano seguinte de atividades.

Após a apresentação do Projeto, foi destacada a importância da parceria com a Secretaria de Educação a fim de viabilizar a realização do Projeto como, por exemplo, franqueando a entrada da equipe nas escolas da rede municipal que atuam do 6° ao 9° ano do Ensino Fundamental. Foi salientado ainda que a parceria com a instituição religiosa também era importante, pois o Projeto necessita do apoio de voluntários que estivessem acostumados a trabalhar com adolescentes, tendo em vista que o Judiciário só contava com uma Comissária de Justiça para desenvolver o Projeto em todas as

escolas. A Secretaria de Saúde participaria com profissionais que, dentro da sua área de atuação, ministrassem palestras de acordo com a pertinência do tema abordado.

Ao final da exposição do Projeto Falando Sério, a Secretária Municipal de Educação, Cultura, Ciência e Tecnologia colocou as escolas municipais à disposição para que o Projeto iniciasse imediatamente. As diretoras expressaram sua satisfação em participar da experiência, pois acreditavam que diminuiria bastante a demanda de problemas relacionados ao comportamento dos alunos nas suas unidades escolares.

Assim como na experiência em Lages-SC, em que a relação estabelecida entre os atores jurídicos e políticos permitiu o desenvolvimento de novas estratégias de efetivação do direito à saúde (ASENSI e PINHEIRO, 2014), em São José do Vale do Rio Preto estava se estabelecendo um diálogo institucional permitindo o desenvolvimento do Projeto Falando Sério, uma nova estratégia de efetivação do direito da criança e do adolescente.

As atividades do Falando Sério nas escolas iniciaram no dia 29/08/2014 na Escola Municipal José Affonso de Souza. Nos meses seguintes, foram contempladas as seguintes unidades escolares: Escola Municipal Cardeal Dom Sebastião Leme (09/09/2014), Colégio Cenecista do Vale do Rio Preto (15/09/2014), Escola Municipal Santa Isabel (30/09/2014) e Escola Municipal Prefeito Bianor Martins Esteves (13/10, 21/10 e 04/11/2014).

Na primeira edição do Projeto, em 2014, foi abordado o tema "Drogas lícitas e drogas ilícitas". Foi observado que, em quase todas as turmas, o consumo de bebida alcoólica era considerado natural entre adolescentes e, em alguns casos, entre crianças. Na segunda edição, em 2015, o tema debatido foi "Álcool, o que você precisa saber?". Na terceira edição, em 2016, a discussão gerou em torno do tema "Intimidação Sistemática - *Bullying*", abordando a Lei n° 13.185/2015 e o *Cyberbullying*. Em 2017, o tema do Falando Sério foi "Essa máquina maravilhosa, o corpo humano", destacando situações que colocam em risco a integridade física e emocional dos adolescentes, mencionando ainda os jogos virtuais como por exemplo o Jogo da Baleia Azul, os perigos das redes sociais e os crimes sexuais. Em 2018, o tema do Falando Sério foi "Depressão não é frescura!", em que foram discutidos os fatores que ocasionam a depressão e as estratégias e condutas que os participantes podem adotar para superá-los.

Ao longo dos quatro anos do Projeto todas as escolas demonstraram seu comprometimento com o projeto de diversas formas: cumprindo o calendário ajustado, disponibilizando a sala e o equipamento necessário para apresentação de slide, organizando as turmas, e principalmente, realizando atividades que promovam discussão e reflexão sobre o tema, como mostra o relato da diretora de uma das escolas:

> Uma experiência que tivemos com o projeto e marcou bastante foi quando visitamos uma casa de recuperação de dependentes químicos e cantamos alguns louvores e ouvimos muitos depoimentos dos internos que nos marcaram bastante. E foi tão bom que eles fizeram questão de nos prestigiar na culminância do projeto de combate às drogas

Durante as apresentações do Projeto, os temas a serem discutidos são apresentados aos alunos por meio de vídeos, entrevistas, notícias divulgadas na TV,

jornal ou na mídia digital. Os alunos são incentivados a se expressar, emitindo suas opiniões sobre o assunto, sempre que possível fazendo uma relação a determinada escolha e analisando suas possíveis causas e consequências, contribuindo para sua autonomia diante das diversas possibilidades de escolha que lhe são apresentadas nessa fase da vida. O relato de outra diretora mostra o resultado dessas reflexões para a vida dos adolescentes envolvidos no projeto.

> O projeto fez com que os alunos adquirissem mais conhecimento sobre os temas abordados o que os leva a ter mais consciência do que é certo ou errado, além de levarem para suas casas informações que eu acredito que muitos não tenham conhecimento. A maneira que esses conhecimentos são passados para eles é muito rica e motivadora, fazendo com que os alunos venham se envolver e interagir. O projeto é muito importante e riquíssimo. (...) O projeto causou impacto nos alunos, principalmente nos dois últimos anos em que foi sugerido que busquem ajuda para solucionar problemas com a equipe diretiva da escola. Eles passaram a levar informações para serem tratadas na escola, e quando eles sabem de algum fato, nos procuram para contar. Antes era um tabu, eles não contavam nada. Agora eles confiam na gente

O Projeto Falando Sério vem sendo desenvolvido há mais de cinco anos consecutivos, tendo alcançado cerca de 3.612 alunos da rede particular e municipal de ensino de São José do Vale do Rio Preto. O comprometimento dos atores políticos se manteve apesar da transição política no Executivo por ocasião das eleições municipais em 2016. A alternância de poder representa um desafio para a continuidade do diálogo institucional e a manutenção dos projetos (ASENSI e PINHEIRO, 2014, p. 35) que vem sendo superado neste Município.

O comprometimento da Gestão Municipal com Projeto é observado pela coordenação do projeto durante sua execução nas escolas e durante o encerramento das atividades anuais. A equipe diretiva de cada unidade escolar, sob orientação da Secretaria Municipal de Educação, trata as atividades do projeto como prioridade nas datas agendadas e trabalham os temas abordados durante todo o ano letivo. No encerramento a Prefeitura Municipal oferece toda estrutura (local, equipamento de áudio e vídeo, ornamentação do espaço, etc.) para realização da festa, demonstrando esmero na preparação do local do evento.

No relato da experiência de Lages-SC, por exemplo, foi destacada a importância da influência pessoal e institucional do Juiz Coordenador do Projeto, mencionando que nos relatos é comum que haja alusão à liderança do Juiz na abertura de Poder ao diálogo institucional (ASENSI e PINHEIRO, 2014, p. 5). De maneira similar, em São José do Vale do Rio Preto, o reconhecimento da iniciativa e do trabalho da Juíza e da Comissária de Justiça foi realizado pela própria Câmara de Vereadores daquele município. Em 2015, foi concedido a elas o Título Honorífico de Cidadã Riopretana por relevantes serviços prestados à comunidade. Nessa mesma ocasião, o Projeto Falando Sério recebeu uma Moção de Aplausos daquela instituição.

Através do Projeto, o Comissariado de Justiça se aproximou de crianças e adolescentes na medida em que saiu do fórum e foi até a escola. Essa aproximação permite que eventuais situações que colocam os alunos em situação de vulnerabilidade

sejam detectadas e as medidas necessárias de proteção sejam tomadas. Nesse momento, o diálogo com a rede de proteção é essencial para agilizar os procedimentos.

Uma ferramenta utilizada pelo Projeto para garantir a aproximação com os adolescentes e manter um canal de comunicação aberto é a página criada no Facebook[8]. Neste espaço virtual, os temas continuam sendo abordados através de postagens e compartilhamentos, além disso as fotos dos encontros nas escolas e das festas de encerramento ficam disponíveis para que os alunos possam curtir e comentar. Alguns alunos preferem se comunicar de maneira reservada utilizando o recurso oferecido pela rede social de conversa privada, especialmente se for para fazer alguma denúncia ou para pedir ajuda.

O encerramento das atividades anuais do Projeto Falando Sério oferece aos participantes de interagir com estudantes de outras escolas através de uma apresentação de uma atração vinda de outra cidade e a participação em sorteios de brindes. Esses presentes são doados pelo comércio local. Anualmente, a equipe do Projeto visita todas as lojas do centro comercial de São José do Vale do Rio Preto, explicando a cada um sobre o projeto e a importância da cooperação de todos para incentivar a participação dos adolescentes no Projeto. As doações são espontâneas e, após o encerramento, cada um que contribuiu recebe um ofício de agradecimento e a informação sobre os alunos contemplados com o brinde doado.

Na região em que São José do Vale do Rio Preto fica localizada o Projeto se tornou notório através imprensa local por meio de matérias de jornal, rádio e televisão. Na internet, o destaque se deu através dos sites da Prefeitura Municipal[9], do site de Notícias Infonews[10] e da página do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O maior desafio enfrentado para dar continuidade ao projeto Falando Sério é o número reduzido de pessoas disponíveis para executar o projeto. Atualmente, duas Comissárias de Justiça atuam no projeto, uma lotada em São José do Vale do Rio Preto e outra lotada em Teresópolis. Este número é insuficiente, tendo em vista que na maioria das escolas o Projeto é realizado em dois turnos, manhã e tarde, chegando a atender oito turmas por dia. A proposta inicial de trabalhar com voluntários não se consolidou e a Coordenação do projeto encontra dificuldade em encontrar pessoas que tenham disponibilidade para participar, algumas se interessam, mas recusam o convite sob o argumento de que o horário escolar coincide com o comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, discutimos a busca crescente pelo Judiciário na busca de solução de conflitos nos últimos anos, levou os Tribunais a enfrentarem uma uma explosão de litigação que gera, entre outras consequências, a morosidade do sistema judicial e a sobrecarga dos serventuários. Tal situação demanda uma reforma da administração da justiça que se caracteriza por um movimento de desregulação social

[8] A página do Projeto Falando Sério no Facebook pode ser acessada no seguinte endereço: https://www.facebook.com/falandoserio.sj/

[9] A Prefeitura Municipal de São José do Vale do Rio Preto divulgou em sua página na internet o encerramento do Projeto Falando Sério em 2014, sob o título Projeto Falando Sério e em 2015 sob o título Projeto Falando Sério encerra as atividades em 2015.

[10] Rede Infonews. São José realiza a 4ª edição do Projeto Falando Sério. Disponível em http://www.redeinfonews.com/noticias/sao-jose-realiza-4a-edicao-do-projeto-falando-serio/. Acesso em: 12. Dez. .2017

combinados com novos meios de regulação social que incluem meios informais ou formais não judiciais de regulação de conflitos, além da desjudicialização.

Esse aumento na demanda judicial e a consequente ineficiência dos Tribunais em atende-la, pode ser observada em diversos campos do direito, conforme demonstrado por Asensi e Pinheiro (2014) ao tratar, em sua pesquisa sobre judicialização da saúde no Brasil, da experiência da cidade de Lages, em Santa Catarina. O cenário que se apresentava neste município era a busca crescente do Judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde, causando uma interferência deste Poder na gestão municipal através de mandados judiciais, resultando em "caos administrativo" principalmente pela falta de padronização para cumpri-los. Como meio de para o direito à saúde, foram promovidas estratégias extrajudiciais bem como o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo.

A experiência de Lages ilustra a reforma na administração da justiça proposta por Pedroso (2002) na medida em que projetos extrajudiciais como o Consórcio Intermunicipal, o Termo de Cooperação técnica assinado entre o Executivo e o Judiciário e o Núcleo de Conciliação de Medicamentos se constituem novas formas de acesso à justiça. Tendo em vista que a "explosão de litígios" no sistema de Justiça abrange várias áreas do direito, e que assim como Lages, novas estratégias têm sido buscadas como meio de efetivação de direitos fundamentais, voltamos nossa atenção para o direito da criança e do adolescente e para a experiência vivenciada em São José do Vale do Rio Preto, localizada na região serrana do Estado do Rio de Janeiro.

Em São José do Vale do Rio Preto, a Juíza identificou uma série de situações que ameaçavam os direitos fundamentais e colocavam em risco a integridade da população infantojuvenil. Considerando as garantias estabelecidas por lei e a sua experiência no trabalho com projetos sociais e educacionais como meio de intervir na realidade vivenciada, melhorando a qualidade de vida das pessoas e o diálogo institucional, foi criado o Projeto Falando Sério.

Além de se sedimentar como nova estratégia para garantir o acesso da população à justiça, o Projeto Falando Sério marcou o início de um diálogo institucional, promovendo a construção de uma relação entre atores jurídicos e políticos e possibilitando uma nova forma de efetivação de direitos fundamentais. Além disso, contou com estratégias extrajudiciais de acesso à justiça decisivas para a promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Os resultados obtidos os cinco anos de existência do Projeto são satisfatórios na medida em que diminuiu o número de ocorrências no Comissariado de Justiça. Além disso, a presença das Comissárias nas escolas permite que algumas situações de risco sejam detectadas precocemente, permitindo a aplicação de medidas de proteção de forma a diminuir ou até evitar o dano. Os relatos das gestoras das unidades escolares também expressam a obtenção de resultados positivos, pois geraram uma série de atividades durante o ano letivo que promovem discussão e reflexão dos participantes. Além disso, as diretoras descrevem mudanças de comportamento dos alunos, os quais segundo elas, demonstram "ter mais consciência do que é certo ou errado", se tornaram

agentes multiplicadores dos novos conhecimentos, passaram a buscar ajuda na escola para solucionar problemas, a ter mais confiança na equipe diretiva da escola.

O maior desafio que tem sido enfrentado para manter o Projeto em funcionamento é a falta de disposição de voluntários que tenham comprometimento com o calendário de atividades anuais. Algumas pessoas se mostram interessadas, mas apontam como dificuldade os dias e horários dessas atividades, as quais devem ser realizadas em dias de semana, nos turnos da manhã e da tarde, dentro do horário regular de aula das escolas. Assim como em Lages, a consolidação do Projeto Falando Sério não significa o fim da demanda judicial em relação ao direito da criança e do adolescente em São José do Vale do Rio Preto, mas possibilita a efetivação de direitos fundamentais sem que seja necessário a utilização do processo judicial, contribuindo para melhorar o quadro social vivenciado pelos adolescentes alcançados e ampliando o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa R. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia R. F. L. A. (Coord.); CARNEIRO Rosa M. X. G. (Rev. Jurídica). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARIÉS, Phillipe. **História Social da Criança e da Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. 1981.

ASENSI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil**. Brasília: CNJ, 2015

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, *1999*

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ serviço: saiba a diferença entre comarca, vara,entrância e estância**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82385-cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-comarca-vara-entrancia-e-instancia. Acesso em: 09 Dez. 2016.

DEL PRIORE, Mary. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999

DINIZ, Juliana, CAMURÇA, Eulália e NETO, Carlos. A palavra na interpretação da infância: uma análise do legado hermenêutico a partir da Constituição Federal. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul./dez. 2018

DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça – condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. **Oficina do CES**, nº 270, 2007

ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory, In: BOHMAN, J. & REGH, W. (orgs.). **Deliberative democracy -** essays on reason and politics. Cambridge: MIT Press, 1997

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, nº 184, pp. 13-50, 2002

GARAPON, Antoine. **Le Gardien des Promesses -** le Juge et la Democratie. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

KAPISZEWSKI, David. & TAYLOR, Matthew. Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin America. **Perspectives on politics**, vol. 06, nº 04, pp. 741 - 768, 2008

MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna C. C. (Coord.). **Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo.** 4 ed. São Paulo: Manole, 2013.

PEDROSO João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Oficina CES, n.171, 2002.

RIZZINI, Irene. **A criança e a Lei no Brasil: Revisitando a história (1822-2000)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 2002.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A Institucionalização de Crianças no Brasil: Percurso Histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2004.

ROSSATO, Luciano A.; LÉPORE, Paulo E; CUNHA Rogério S. **Estatuto da Criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo.** 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTIAGO, Vanessa, FREITAS, Raquel e ANDRADE, Paloma. Programa Dinheiro Direto na Escola: a contribuição do sistema educacional holandês para a política pública de ensino brasileira. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.1, jan./jun. 2017

SANTOS, Benedito R. dos. Por uma escuta da criança e do adolescente social e culturalmente contextualizada: concepções de infância e de adolescência, universalidade de direitos e respeito às diversidades. In: _____; et all. (Orgs.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual Aspectos Teóricos e Metodológicos: Guia para capacitação em Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. Brasília: Editora da Universidade Católica de Brasília, 2014.

SANTOS, Boaventura, MARQUES, Maria, PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas** – o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996

SPESSIMILLI, Nayanne, FONSECA, Bruno e LEITE, Carlos Henrique. Formação jurídica e efetividade do acesso metaindividual à justiça. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 2, 2011

FINTECHS, TECNOLOGIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AUMENTO DA EFICIÊNCIA

Lucas Vinicios Cruz [1],
Henrique Avelino Lana [2]

RESUMO

O presente artigo faz um estudo jurídico e econômico das *fintechs*, que são sociedades empresárias, geralmente *startups,* que atuam no mercado financeiro, mediante as ferramentas metodológicas da Análise Econômica do Direito. O objetivo geral é demonstrar a inteiração entre *fintechs* e análise econômica do direito. O objetivo específico é demonstrar a utilidade das *fintechs* para reduzir os custos de transação para os seus usuários, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Neste sentido, o problema a ser respondido é saber como o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes. Para chegar-se a hipótese de resposta ao problema, a metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com pesquisa exploratória, em abordagem qualitativa, por método indutivo, mediante pesquisa bibliográfica, toda ela especializada sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: *Fintechs.* Análise Econômica do Direito. Custos de transação.

FINTECHS, TECHNOLOGY AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: REDUCING TRANSACTION COSTS AND INCREASING EFFICIENCY

ABSTRACT

This article makes a legal and economic study of fintechs, which are entrepreneurial companies, usually startups, that operate in the financial market, through the methodological tools of the Economic Analysis of Law. The overall objective is to demonstrate the interaction between fintechs and economic analysis of law. The specific objective is to demonstrate the usefulness of fintechs to reduce transaction costs for their users, from the perspective of Economic Law Analysis. In this sense, the problem to be answered is how the use of fintechs can specifically contribute also to reduce transaction costs, making financial operations faster and more efficient. To arrive at the hypothesis of answer to the problem, the methodology to be used is the purpose of applied research, with exploratory research, in qualitative approach, by inductive method, through bibliographic research, all specialized on the subject.

[1] Mestre em Direito Empresarial pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA. Foi membro pesquisador e bolsista do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA.

[2] Pós-Doutor em Direito Empresarial. Doutor e Mestre pela PUC-MG em Direito Privado. Especialista e Graduado em Direito pela PUC/MG. Cursou o Mestrado e o Doutorado como bolsista CAPES/PROSUP. Foi professor nos cursos de graduação em direito, administração, economia e contabilidade da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e na Pós-Graduação da PUC MINAS.

KEYWORDS: *Fintechs. Economic Analysis of Law. Transaction Costs.*

1. INTRODUÇÃO

O mundo digital está em constante evolução. Cada vez mais, nos deparamos com novas invenções tecnológicas que, até então, muitos acreditavam ser impossível. *Smartphones* cada vez mais modernos e computadores que cabem na palma da mão. Dia após dia, o mercado digital inova e surpreende a todos.

Ao nosso redor, tudo está em constante evolução. E, com o setor financeiro não poderia ser diferente. O setor financeiro possui uma leva de novos agentes que também evoluíram, iniciando uma era de tecnologia, inovação e potencial de crescimento.

Dentre os novos agentes, estão as chamadas *fintechs* que, em apertada síntese, são sociedades empresárias, geralmente *startups,* que utilizam tecnologia para inovar e aprimorar o setor financeiro.

Em um levantamento feito em 2018 pela *Finnovation*, em conjunto com o *Finnovista* e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), apurou-se a existência de 377 *fintechs* no Brasil, um crescimento de 40% em relação ao ano de 2017 [3].

Assim, o presente artigo tem como objetivo, realizar uma análise econômica e jurídica da *fintech,* para demonstrar que a sua utilização pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados, de acordo com a Análise Econômica do Direito.

Para tanto, será realizada uma breve introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito, passando-se para um panorama geral das *startups* e, então, ser feita uma análise da *fintech*, almejando-se, de forma construtiva e acadêmica, refletir se a sua utilização pode, ou não, reduzir os custos de transação.

2. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme foi acima salientado, o principal objetivo deste artigo é demonstrar se a utilização das *fintechs* pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados.

Porém, para se chegar à melhor conclusão, faz-se necessário realizar uma breve explicação acerca da Análise Econômica do Direito, bem como a forma que esta se aplica ao Direito Empresarial[4].

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics*, se trata de um método de estudo jurídico-econômico no que diz respeito à estruturação, formação, impacto e consequências da aplicação dos princípios da Ciência Econômica ao Direito. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica,

[3] Disponível em: http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-maio-de-2018/. Acesso em 08 jun. 2019.

[4] A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 utiliza a expressão Direito Comercial (art. 22, I). Porém, o Código Civil de 2.002 trouxe a chamada Teoria da Empresa, motivo pelo qual a expressão Direito Empresarial, ou Direito de Empresa, passou a ser adotada.

em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 53).

A Análise Econômica do Direito invoca a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico.

Embora a AED já tenha sido mencionada e estudada por outros estudiosos das Ciências Econômicas, como Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, ambos no século XVIII (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74), foi apenas a partir da década de 1960, que a AED ganhou forças para que Direito e Economia se unificassem (PIMENTA; LANA, 2010, p. 92). Isto, pois, em 1960, Ronald Coase publicou a obra *The Problem of Social Cost*, iniciando a chamada Teoria dos Custos de Transação, obra que, em 1991, levou o autor a ser agraciado com o Prêmio Nobel de Economia. Quanto ao assunto, Pimenta e Boglione dissertam:

> O ganhador do Nobel explicou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. A inserção de custos de Transação na economia evidenciaria a importância do Direito na determinação de resultados econômicos (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Importante mencionar, que além da obra de Ronald Coase, acima mencionada, há de se destacar também que Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, ao desenvolver sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution And Law of Torts*, contribuiu fortemente para o avanço da AED. Isto, pois, Calabresi demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial. Com isso, sua obra inseriu a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 1-2). Além de Ronald Coase e Guido Calabresi, há de se destacar que Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law*, bem como Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Wiliamson, entre outros, também contribuíram para o fortalecimento da pesquisa acadêmica acerca da Análise Econômica do Direito (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74).

A Economia pode ser aproveitada para prever as conseqüências das diversas regras jurídicas. Trata-se de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso (COOTER, 1982, p. 1260). Permite-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como conseqüências das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008). De fato, os estudiosos da Análise Econômica do Direito se reúnem em uma mesma classificação, que pertence à mesma denominação, pois detém consenso em relação aos conceitos e institutos que lhes são essenciais, o que não impede que sejam, não raras às vezes, vistos construtivos e pertinentes debates, específicos, doutrinários sobre sua eventual aplicabilidade. Nesta

senda, busca-se com o estudo da AED, elaborar, interpretar e aplicar a metodologia da ciência econômica às relações jurídicas, de modo a reduzir os custos de transação e alcançar a eficiência econômica. Logo, pode-se dizer que a AED tem como finalidade, a busca pela eficiência econômica.

Neste diapasão, eficiência, nas palavras de Bruno Salama, "diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos" (SALAMA, 2008, p. 55).

No Direito Empresarial, o custo de transação possui suma importância, pois é fundamental para o sucesso do empresário, já que é representado pelo valor monetário e pelo tempo despendido para celebrar as transações jurídicas, seja para planejá-las, seja para efetivá-las em seus efeitos. Pode-se dizer, assim, que o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2017, p. 75). De acordo com Eduardo Goulart Pimenta (2010, p. 22-23), "custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual".

Logo, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais, sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas, que são representadas pelo lucro.

Conforme preleciona Eduardo Goulart Pimenta:

> A eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação - mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação - de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção. Sob um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção (PIMENTA, 2010, p. 33).

Existem duas conotações importantes de eficiência conhecidas e utilizadas na AED: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da posição de B, bem como a chamada eficiência *Kaldor-Hicks*, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

A eficiência de Pareto significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles que mais os valorizam (SZTAJN, 2005, p. 76). Ou seja, em Pareto, a eficiência se dá nas transações que melhorem a situação de um agente econômico, sem piorar a situação de outrem.

Segundo Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione, "o padrão ótimo de eficiência se dá quando os agentes econômicos têm acesso aos bens que mais valorizam, através de um sistema de trocas ou alocação de recursos" (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Ainda sobre a eficiência em Pareto, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será Pareto eficiente quando "não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente". (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120). O ponto primordial da eficiência em Pareto é demonstrar que as transações podem ser tão eficientes ao ponto de que seria impossível realizar qualquer transação em que as partes sofreriam prejuízos. Em contrapartida, a eficiência de *Kaldor Hicks* significa que as leis positivadas "devem ser utilizadas para causar o máximo de bem estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns" (PIMENTA; LANA, 2010, p. 107). Nas palavras de Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione:

> Tem-se a Eficiência de Kaldor-hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Portanto, de acordo com a Análise Econômica do Direito, as partes devem tomar decisões que acarretem maior bem-estar, ou seja, devem agir em prol da eficiência, em consonância à eficiência de Pareto ou eficiência de *Kaldor Hicks*.

Seguindo esta linha de raciocínio, Irineu Galeski Junior e Márcia Carla Pereira Ribeiro salientam que o indivíduo deve aplicar a decisão que causar o maior bem-estar, tendo em vista que a AED tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89). Nas palavras dos autores:

> Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de Law & Economics, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89).

Bruno Salama (2008, p. 54-55) bem sintetiza as ferramentas metodológicas que podem ser usufruídas no estudo do Direito e Economia, quais sejam, escassez,

maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Quanto à escassez, o autor entende que, se os recursos fossem infinitos, não seria necessário equacionar a sua alocação. Logo, todos poderiam ter tudo o que quisessem, na quantidade que quisessem.

Já em relação à maximização racional, o autor defende que esta se refere à opção por escolhas que atendam aos interesses pessoais dos indivíduos. Assim, os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios com os menores custos, levando ao processo de decisão marginalista, que quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos só realizarão o próximo passo de uma atividade se os benefícios desta excederem os seus custos. Já no que tange ao equilíbrio, prossegue ao dizer que este é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. E quanto aos incentivos, são preços implícitos, tendo em vista que os indivíduos procuram realizar escolhas que maximizem seus benefícios com a consequente redução dos custos.

Em relação à eficiência que, como já foi dito, refere-se à maximização de ganhos e minimização de custos. Assim, o autor conclui dizendo que um processo será eficiente se for possível aumentar os benefícios sem aumentar os custos.

Como se nota, considerando-se o aspecto dinâmico da empresa, esta é um feixe coordenado de relações jurídicas estabelecidas por contratos e, diante disso, por uma abordagem econômica, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização, acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas representadas pelo lucro. (LANA, 2017, p. 78).

Especialmente em relação aos contratos celebrados pelo empresário ou sociedade empresária, a AED deve ser sempre utilizada, buscando-se reduzir a escassez dos recursos, optando a sociedade empresária por escolhas que atendam aos seus interesses, no intuito de alcançar maior benefício com o menor custo, bem como a eficiência no que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, ou seja, estes atos devem ser praticados de forma a buscar a eficiência.

Assim, avança-se na fundamentação para se saber como as *fintechs* podem ser vantajosas nas transações realizadas pela sociedade empresária para contribuir para reduzir os custos de transação e dar mais celeridade e eficiência.

3. *STARTUP*: UMA MISTURA DE INOVAÇÃO, TECNOLOGIA E INCERTEZAS

O termo *startup* é cada vez mais usado e está em destaque no mundo tecnológico e empreendedor, tendo ganhado maior notoriedade no final da década de 1990, com as chamadas empresas '.com' (OIOLI, 2019, p. 11). Mas, afinal, o que seria uma *startup*? Quais são as suas características?

Eric Ries (2012, p.26) define a *startup* como "uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza". O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição

é o que ela omite, tendo em vista que o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia.

> Passei a perceber que a parte mais importante dessa definição é o que ela omite. Não diz nada a respeito do tamanho da empresa, da atividade ou do setor da economia. Qualquer pessoa que está criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza é um empreendedor, quer saiba ou não, e quer trabalhe numa entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma organização sem fins lucrativos ou uma empresa com investidores financeiros decididamente voltada para o lucro (RIES, 2012, p. 26).

Deste conceito, são destacados pelo autor, os termos instituição, produto, inovação e extrema incerteza como caracterizadores de uma *startup*.

> Consideremos cada uma das partes. A palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma startup? No entanto, as startups bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criativos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados.
>
> Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana.
>
> O fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se tornam clientes.
>
> Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes.
>
> Também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa.
>
> Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maiorias das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas

> desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.)
>
> A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca dão um conceito mais amplo sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é "um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza" (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 31).

Uma grande vantagem do modelo de negócio adotado pelas *startups* é a efetiva capacidade de o produto ser replicável e escalável em virtude do uso da tecnologia, em que ser replicável significa que "é possível entregar o produto ou o serviço em escala de maneira potencialmente ilimitada, sem a necessidade de adaptação ou customização para cliente", enquanto ser escalável significa que a *startup* "tem capacidade para crescer cada vez mais por meio da venda de um produto ou serviço que pode ser produzido ou distribuído em grandes quantidades, resultando em uma economia de escala, sem a necessária alteração do modelo de negócios ou ampliação significativa de seus custos" (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 34-35).

Além das características acima, Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 24-26) também trazem as seguintes características de uma *startup*:

- Encontra-se em estágio inicial, sendo notadamente carente de processos internos e organização, muitas vezes sem um modelo de negócio claro;
- Possui perfil inovador, sendo esta uma das características mais importantes;
- Possui significativo controle de gastos e custos, de modo a focar os investimentos no desenvolvimento de seu produto ou serviço principal;
- Seu produto ou serviço é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável (MVP), que é o desenvolvimento do produto ou

serviço de uma forma simples, apenas para que seja possível verificar se realmente existe demanda e para manter os custos iniciais baixos;

- O produto ou ideia explorado é escalável, isto é, ser facilmente expandido para outros mercados e em diferentes níveis de capilaridade e distribuição, de modo a alcançar uma economia de escala por meio de replicação de um mesmo produto para inúmeros clientes;
- Apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial, razão pela qual é comum a busca por investidores externos para financiamento das operações;
- Utiliza tecnologia a favor do seu modelo de negócio, para desenvolver negócios escaláveis e inovadores;
- Atuam em um mercado de extrema incerteza, em razão do alto risco.

Fato é que apesar do forte laço com a tecnologia, uma *startup* não precisa, imprescindivelmente, trabalhar com produtos ou serviços digitais. As *startups* são a grande aposta do mercado e formam verdadeiros ecossistemas no mundo todo.

São de baixo capital inicial e rápido crescimento, com DNA jovem e um modelo de negócio promissor. Para ingressar no universo das *startups*, não basta ter uma grande ideia. É preciso trabalhar duro, conhecer o cliente a fundo e ter coragem para correr riscos em busca de sonhos ambiciosos.

As *startups* se mostram atividades iniciantes, detentoras de abordagem jovem e adaptadas ao modelo digital, tão importante nos dias atuais. Muito embora sejam pequenas, proporcionam propostas inovadoras de serviços a serem prestados ou produtos a serem produzidos e fabricados.

Almeja-se gerar impacto por meio de algo que se revele novo e possua enormes possibilidades de desenvolvimento. Decorrem de ideias com boas chances de êxito de serem líderes e grandes players dos seus mercados.

A *startup* está em fase embrionária e busca um modelo de negócio repetível, escalável e altamente lucrativo, priorizando a inovação em um ambiente de alto risco.

O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta é um dos principais traços das startups. Com um capital inicial muito baixo, a empresa pode chegar a alcançar milhões de consumidores.

Startups estão fortemente relacionadas à tecnologia. Mesmo que o foco não seja uma solução voltada especificamente para a área, dificilmente algo terá resultado positivo se seus idealizadores não usarem essa ferramenta a favor. Se considerarmos ainda que uma *startup* é uma empresa que explora atividades inovadoras, esse conceito de aplicação de novas tecnologias fica ainda mais evidente e justificável.

As principais características de uma *startup* são a inovação, a escalabilidade, a repetibilidade, a flexibilidade e a rapidez. Ou seja, conceitos muito semelhantes e próximos às novidades tecnológicas.

Atualmente, raramente algo é feito sem que haja influência da tecnologia, sobretudo quando estamos falando de inovações.

Aliás, o próprio conceito do "novo" traz uma ideia futurista, como sendo uma forma de executar tarefas ou resolver questões que ainda não foram criadas. Saliente-se que a inovação é a principal característica das *startups*. Inovar é o primeiro passo de uma empresa que deseja se lançar como *startup*.

O principal alicerce de uma *startup* é apresentar e desenvolver solução para problemas de uma maneira inovadora e nunca antes testada, mas que tem grandes chances de dar certo e se tornar um excelente negócio.

Assim, trazem serviços que sempre foram necessários, mas que nunca foram pensados antes. Igualmente, acontece com os produtos, pois servem como soluções certeiras referentes as inúmeras e diferentes demandas da sociedade.

São disruptivas. Isso pois as *startups* rompem e quebram padrões em relação a outras empresas do mesmo segmento, geralmente já consolidadas. Esta característica se denota por meio de formas de atendimento, isenção ou redução de taxas e até mesmo no modo como os serviços são prestados ou disponibilizados.

Ou seja, o propósito é fugir do que o mercado oferece, destacando-se e auferindo a competitividade necessária. Ademais, são escaláveis, ou seja, detêm muita possibilidade de crescimento, vertiginoso, fazendo isso sem consequências ou limites nas suas operações. Tal escalabilidade ocorre sobretudo por serem geralmente atreladas ao meio digital. Consequentemente, seus produtos e serviços podem ser entregues a um número cada vez maior de clientes, sem que enseje mais esforços, investimentos, gastos ou despesas. Um negócio escalável é aquele que pode crescer em um ritmo muito acelerado sem alterar o modelo proposto. Ou seja, a receita da empresa aumenta exponencialmente, mas os custos continuam praticamente os mesmos.

Uma *startup* é repetível, pois o mesmo produto ou serviço pode ser ofertado em larga escala, não possuindo nenhum tipo de limitação. Para tanto, deve ser pouco flexível ou customizável. Ser repetível é entregar os mesmos produtos e serviços de modo reprodutivo, sem a necessidade de customizar em excesso. A proposta é multiplicar e alcançar mais clientes e adaptações atrapalhariam essas metas.

Lembre-se que outra característica é inerente: a incerteza. Isso pois uma *startup* não tem um direcionamento bem definido no que diz respeito ao sucesso e há alto risco de insucesso. Portanto, apesar de serem propostas sólidas e com grande chance de terem bons resultados, não possuem precedentes que a autorizem e ajudem a deter perspectivas claras e absolutas ao longo do tempo futuro.

Insta mencionar que, como regra, atividades inserta no contexto do empreendedorismo digital possuem sua atuação pela rede mundial de computadores, dispensando-se locais físicos e também a necessidade de deslocamento para realizar atendimentos, consultas, reuniões, etc. Geralmente, são negócios praticamente 100% digitais.

As *startups* pairam em torno de produtos e serviços realmente inovadores. Logo, ao se ter boas reflexões e ser atento a serviços que podem ter êxito e sucesso, mais cedo ou mais tarde, ideias totalmente incríveis tendem a surgir. No mesmo sentido,

qualquer *startup* decorre a partir de uma fase de protótipo, pela qual o modelo de negócio será testado perante o seu público-alvo, em uma amostragem reduzida e pequena.

É importante começar por uma versão básica, compreender e observar os resultados que ela obtém, avaliando-se a reação do público. Depois dos testes, também será possível e relevante focar nas adaptações para se chegar ao modelo final. Para criar uma, deve-se ter bons parceiros, pois começar sozinho é sempre muito difícil. Precisam de diferentes competências para serem exercidas por pessoas de confiança dentro do seu networking, que possuam habilidades complementares à sua.

Logo, uma *startup* é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável. Agora, passa-se a aprofundar em um segmento específico de *startup*, quais sejam, *fintechs*.

3.1 A DEFINIÇÃO DE STARTUP DE ACORDO COM LEI COMPLEMENTAR N. 167/2019

Em que pese o crescimento exponencial das *startups* no ecossistema empreendedor, foi apenas no ano de 2019 que a legislação pátria regulamentou, de forma expressa e inequívoca, as *startups*. Assim, foi publicada a Lei Complementar n. 167/2019, que alterou a Lei Complementar 123/2016 e trouxe o conceito de *startup*, bem como um regime tributário específico para o empreendedor que queira seguir este modelo de negócio.

De acordo com o artigo 13, da LC 167/19, foi incluído, na LC 123/16, o artigo 65-A[5], acompanhado de 13 parágrafos, que criou o Inova Simples, que consistente em um

[5] LC 123/2016 – Art. 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva. § 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita. § 3º O tratamento diferenciado a que se refere o caput deste artigo consiste na fixação de rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, no mesmo ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim), em sítio eletrônico oficial do governo federal, por meio da utilização de formulário digital próprio, disponível em janela ou ícone intitulado Inova Simples. § 4º Os titulares de empresa submetida ao regime do Inova Simples preencherão cadastro básico com as seguintes informações: I - qualificação civil, domicílio e CPF; II - descrição do escopo da intenção empresarial inovadora e definição da razão social, que deverá conter obrigatoriamente a expressão "Inova Simples (I.S.)"; III - autodeclaração, sob as penas da lei, de que o funcionamento da empresa submetida ao regime do Inova Simples não produzirá poluição, barulho e aglomeração de tráfego de veículos, para fins de caracterizar baixo grau de risco, nos termos do § 4º do art. 6º desta Lei Complementar; IV - definição do local da sede, que poderá ser comercial, residencial ou de uso misto, sempre que não proibido pela legislação municipal ou distrital, admitindo-se a possibilidade de sua instalação em locais onde funcionam parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e espaços compartilhados de trabalho na forma de coworking; e V - em caráter facultativo, a existência de apoio ou validação de instituto técnico, científico ou acadêmico, público ou privado, bem como de incubadoras, aceleradoras e instituições de ensino, nos parques tecnológicos e afins. § 5º Realizado o correto preenchimento das informações, será gerado automaticamente número de CNPJ específico, em nome da denominação da empresa Inova Simples, em código próprio Inova Simples. § 6º A empresa submetida ao regime do Inova Simples constituída na forma deste artigo deverá abrir, imediatamente, conta bancária de pessoa jurídica, para fins de captação e integralização de capital, proveniente de aporte próprio de seus titulares ou de investidor domiciliado no exterior, de linha de crédito público ou privado e de outras fontes

regime especial simplificado, que permite às iniciativas empresariais que se autodeclarem como *startups* ou empresas de inovação tratamento diferenciado.

Este regime diferenciado se trata de um rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, de forma digital, através da Redesim – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Art. 65-A, §3º, LC 123/16).

Ainda de acordo com o dispositivo, o objetivo do Inova Simples é estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação destas iniciativas empresariais como agentes indutores de avanços tecnológicos, bem como fomentar a geração de emprego e renda.

Neste diapasão, o artigo 65-A, §§1º e 2º, da LC 123/16, conceitua, de forma expressa, o que seria uma *startup*. De acordo com a referida Lei, considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, já existentes ou totalmente novos.

É importante pontuar que a atividade desenvolvida pela *startup* pode visar aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos já existentes, ocasião em que se caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, estar relacionada à criação de algo totalmente novo, caracterizando-se *startups* de natureza disruptiva.

Além disso, as *startups* também tem como característica o desenvolvimento das suas inovações em condições de incerteza, que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à complementação plena e à obtenção de receita.

Destrinchando o conceito trazido pelos parágrafos 1º e 2º, do artigo 65-A, da LC 123/16, percebe-se que o legislador seguiu fielmente as características de *startups* usadas mundialmente, tendo em vista que, para ser considerado *startup*, é preciso, principalmente mas não apenas: ***(i)*** ter caráter inovador e ***(ii)*** desenvolvimento da atividade em condição de incerteza.

O artigo 65-A, §4º, da LC 123/16 traz as informações que devem ser prestadas, através de preenchimento de cadastro pelos empreendedores que adotarão o Inova Simples. Dentre estas informações, destaca-se o que consta no inciso II, que preleciona que a razão social da *startup* que adotar este regime especial simplificado deverá conter, obrigatoriamente, a expressão "Inova Simples (I.S.)".

Ainda, os recursos capitalizados pela *startup* que adotar este regime, não constituirão renda e serão destinados, exclusivamente, para o custeio do

previstas em lei. § 7º No portal da Redesim, no espaço destinado ao preenchimento de dados do Inova Simples, deverá ser criado campo ou ícone para comunicação automática ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do conteúdo inventivo do escopo da inciativa empresarial, se houver, para fins de registro de marcas e patentes, sem prejuízo de o titular providenciar os registros de propriedade intelectual e industrial diretamente, de moto próprio, no INPI. § 8º O INPI deverá criar mecanismo que concatene desde a recepção dos dados ao processamento sumário das solicitações de marcas e patentes de empresas Inova Simples. § 9º Os recursos capitalizados não constituirão renda e destinar-se-ão exclusivamente ao custeio do desenvolvimento de projetos de startup de que trata o § 1º deste artigo. § 10. É permitida a comercialização experimental do serviço ou produto até o limite fixado para o MEI nesta Lei Complementar. § 11. Na eventualidade de não lograr êxito no desenvolvimento do escopo pretendido, a baixa do CNPJ será automática, mediante procedimento de autodeclaração no portal da Redesim. § 12. (VETADO). § 13. O disposto neste artigo será regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional".

desenvolvimento dos seus projetos. Além disso, a Lei faculta a comercialização experimental, pela *startup*, do serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual.

Portanto, a alteração trazida pela LC 167/19, 19 é fortemente voltada para a *startup* em seu estágio inicial. Todavia, ao caracterizar e conceituar uma *startup*, mostrou um grande avanço na legislação brasileira. Porém, percebe-se que referidas alterações carecem de maiores regulamentações e esclarecimentos, tendo em vista que ainda há lacunas a serem preenchidas.

4. *FINTECHS*: TECNOLOGIA E INOVAÇÃO DOS SERVIÇOS FINANCEIROS

O termo *fintech* junta a atividade de finanças com tecnologia (em inglês, *financial technology*), e pode ser utilizado para se referir a empresas e negócios que apliquem tecnologia para prestar serviços financeiros ou serviços relacionados a serviços financeiros (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 187).

De acordo com Rébecca Menat, diretora de comunicações do *The Assets* (2017, p. 10), *fintech* significa tecnologia financeira e "engloba uma nova onda de empresas mudando a maneira que as pessoas pagam, enviam dinheiro, emprestam e investem".

São exemplos de *fintechs*: *NuBank, Creditas, GuiaBolso, PayPal, Bidu, PicPay, Toro Investimentos, Neon, QuintoAndar, Méliuz*, dentre outras.

O Banco Central define as *fintechs* da seguinte forma:

> *Fintechs* são empresas que promovem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Internacionalmente, as *fintechs* são classificadas da seguinte forma: de pagamento, compensação e liquidação, depósito, empréstimo e levantamento de capital, financiamento, e gestão de investimentos. No Brasil, podemos identificar as seguintes categorias de *fintechs*: de pagamento, gestão financeira, empréstimo, investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, criptoativos e Distributed Ledger Technologies (DLTs), câmbio, e multisserviços (BRASIL, 2018).

Conforme Mariana Congo (2017), *fintech* é o termo usado para descrever empresas que prestam serviços de natureza financeira, tendo o uso da tecnologia como seu diferencial, sendo que todos os seus clientes são atendidos apenas pelo computador ou *smartphone*.

A Equipe Nubank (2019), define as *fintechs* como "startups ou empresas que desenvolvem produtos financeiros totalmente digitais, menos burocráticos, mais transparentes e que desafiam o mercado dominado pelos grandes bancos".

Esta terminologia teve origem na cidade de *New York*, em um programa de aceleração de *startups* desenvolvido pela Accenture, em parceria com a Prefeitura de *New York*. Com o tempo, *fintech* passou a designar o seguimento de *startups* que inovam

os serviços financeiros, baseando-se em tecnologia e, assim, criando novos modelos de negócio em áreas como conta corrente, cartão de crédito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos, seguros, entre outros (GANZER, et al., 2017)

Neste sentido, as *fintechs* utilizam a tecnologia para conseguirem inovar e aprimorar os serviços financeiros fornecidos pelos bancos, ou seja, "as empresas do ramo utilizam recursos tecnológicos amplamente disseminados para criar metodologias, processos e ferramentas que facilitam o acesso a serviços financeiros" (ALECRIM, 2018).

Ganzer, citando o Manual da OECD (GANZER, et al., p. 5, apud OECD, 2005), afirma que inovar não significa necessariamente criar algo que nunca existiu, mas consiste também no aprimoramento das técnicas produtivas que podem afetar desde a qualidade até as características físicas do produto ou serviço, ou até mesmo o desenvolvimento de modelos de negócios econômicos.

Neste diapasão, as *fintechs* oferecem os mais diversos serviços financeiros, tais como financiamentos, financiamentos alternativos, seguros, gestão patrimonial, gestão de finanças, pessoais, pagamentos, investimentos, gestão de finanças empresariais e bancos digitais, sendo que estes serviços são oferecidos por meio de celular ou *internet banking* sem que haja necessidade de deslocamento físico até a instituição (BIGNARDI; PIACENTE, 2018, p. 569).

4.1 A REGULAMENTAÇÃO DAS FINTECHS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

Atualmente, não há nenhuma lei que regule diretamente as *fintechs*. Porém, em 2018, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou a Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a *fintech* exclusivamente de crédito.

De acordo com o Banco Central, as *fintechs* de crédito são instituições financeiras que concedem e intermediam operações de crédito (BRASIL, 2018).

Neste diapasão, conforme o artigo 1º, da Resolução n. 4.656/18, esta criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

De acordo com esta Resolução, tanto a SCD, quanto a SEP são consideradas instituições financeiras, podendo operar exclusivamente por meio de plataformas digitais, ou seja, pela internet ou aplicativos (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 190).

O artigo 3º desta Resolução dispõe que a SCD é instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio.

Já a SEP está prevista no artigo 7º, da Resolução 4.656/18, que preleciona que a SEP é uma instituição financeira, que tem por objeto a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica.

Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 191), esclarecem que a principal diferença entre a SCD e a SEP é que a primeira só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a segunda poderá captar recursos das partes envolvidas na operação, agindo como intermediário das instituições financeiras tradicionais, sem reter o risco de crédito.

Abaixo, veja-se quadro comparativo da SCD e da SEP, criado por Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 190-191):

	SCD	SEP
Objeto	Empréstimos; Financiamentos; e Aquisição de Direitos Creditórios	Empréstimos e Financiamentos
Origem do Capital	Próprio	Credores e devedores
Forma de atuação	Exclusivamente por plataforma eletrônica	Exclusivamente por plataforma eletrônica
Outros serviços	Análise de crédito para terceiros; Cobrança de crédito para terceiros; Atuação como representante de seguros por meio de plataforma eletrônica; e Emissão de moeda eletrônica	Análise de crédito para clientes e terceiros; Cobrança de crédito para clientes e terceiros; Atuação como representante de seguros; e Emissão de moeda eletrônica
Denominação	"Sociedade de Crédito Direto"	"Sociedade de Empréstimo entre Pessoas"
Vedações	Captar recursos públicos, exceto mediante emissão de ações; e Participar do capital de instituições financeiras	Realizar operações de empréstimo e financiamento com recursos próprios; Participar do capital de instituições financeiras; Coobrigar-se ou prestar qualquer tipo de garantia nas operações de empréstimo ou financiamento, exceto em algumas hipóteses; remunerar ou utilizar em seu benefício os recursos captados pelas operações de empréstimo ou financiamento; transferir recursos aos devedores antes de sua disponibilização pelos credores; transferir recursos aos credores antes do pagamento pelos devedores; manter recursos dos credores e dos devedores em conta de sua

		titularidade não vinculados às operações de empréstimo ou financiamento; e vincular o adimplemento da operação de crédito a esforço de terceiros ou do devedor, na qualidade de empreendedor.

Ainda de acordo com os autores, esta Resolução também estabelece as diretrizes para a obtenção da autorização para que uma *fintech* funcione como SCD ou SEP, bem como os procedimentos a serem observados em suas operações. Em suas palavras:

> No caso da SCD, o empréstimo ou financiamento deve ser realizado sempre por meio de plataforma eletrônica, com utilização exclusiva de recursos próprios. Já com relação à SEP o empréstimo ou financiamento se iniciará com a manifestação inequívoca de vontade das partes (potenciais credores e devedores). Em seguida, ocorrerá a disponibilização, pelos credores, dos recursos objeto da transação à SEP, que por sua vez celebrará instrumento representativo do crédito com os devedores e com os credores. Apenas após a conclusão desta etapa que a SEP poderá realizar a transferência dos recursos aos devedores, de modo a assegurar que entidade não retenha para si o risco de crédito decorrente de eventual inadimplemento das partes envolvidas na transação (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 191).

Portanto, apenas as *fintechs* de crédito possuem regulamentação pela CMN, consistentes em Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP).

5. VANTAGENS DAS FINTECHS: REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E BUSCA PELA EFICIÊNCIA

De acordo com Kashyap e Weber (2017, p. 227), internet, mobilidade, redes sociais e a ascensão de sites de comparação de preços mudaram o jogo ao longo da última década e criaram uma nova geração de clientes que exigem simplicidade, velocidade e conveniência em suas interações com os prestadores de serviços financeiros. Assim, as *fintechs* colocam os seus clientes no centro do seu modelo de negócios.

Para Spiros Margaris (2017, p. 240), conselheiro da FinTech Forum e CEO do Margaris Advisory, *fintechs* são especializadas e focadas na adaptação aos sonhos e desejos dos clientes, "são, portanto, mais flexíveis e adaptáveis do que as grandes empresas financeiras. Além disso, sua razão de existir e futuro estão sempre intimamente ligados com a satisfação das necessidades e desejos dos clientes".

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* possuem menor custo operacional, motivo pelo qual os serviços oferecidos chegam ao consumidor com um preço mais baixo que os serviços ofertados por instituições financeiras tradicionais.

A título de ilustração, a *fintech* Creditas, que atua com empréstimos com garantia, faz empréstimos a uma taxa de 0,99% ao mês, conforme informado pelo seu *site*[6].

Em contrapartida, de acordo com estatísticas apresentadas pelo Banco Central[7], os bancos tradicionais cobram taxa de juros mensais multo superior, como o Banco Santander, que impõe uma taxa mensal de 14,77, ou a Caixa Econômica Federal, com taxa mensal de 12%.

Neste sentido, as *fintechs* aparecem como uma opção mais viável para o consumidor pessoa física e as sociedades empresas, através de uma estrutura de custos significativamente mais baixa que os bancos tradicionais, tendo em vista o seu modelo de negócio mais enxuto, através da utilização da tecnologia.

Com isso, pode-se oferecer soluções mais eficientes, com serviços financeiros personalizados de acordo com as necessidades do usuário, por exemplo, empréstimos, desconto de recebíveis, serviços de pagamento e recebimento, gestão de fluxo de caixa, remessas de pagamento *offshore* e *trade finance* eletrônico (FARIA, 2018, p. 53).

Um grande diferencial das *fintechs* em relação às instituições financeiras tradicionais é o uso da tecnologia, pois é possível que os clientes controlem os produtos através dos seus *smartphones* (NUBANK, 2019).

Outra vantagem é a desnecessidade de deslocamento até agências ou sede das *fintechs*, tendo em vista que tudo é contratado e solucionado através da internet.

Em seu site, a Nubank cita como vantagens das *fintechs*:

> No geral, as *fintechs* são conhecidas por oferecer soluções financeiras inéditas, menos burocráticas, mais intuitivas de serem usadas – afinal, elas normalmente estão disponíveis no smartphone do cliente – e com custos baixíssimos, às vezes inexistentes, para os usuários.
>
> Um exemplo são os cartões de crédito sem anuidade ou as contas digitais gratuitas.
>
> Tudo isso graças à tecnologia. Por já terem nascido no mundo digital e não contarem com grandes estruturas físicas, como as agências bancárias, seus custos são muito reduzidos. Por isso muitas oferecem produtos livres de taxas e conseguem escalar rapidamente.
>
> Em resumo, as *fintechs* chegam no mercado trazendo produtos financeiros inovadores. Em muitos casos, eles foram desenhados para serem mais simples e vantajosos para os clientes (NUBANK, 2019).

[6] Disponível em: https://www.creditas.com.br/. Acesso em 06/08/2019.

[7] Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial&parametros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em 06/08/2019.

Em razão de todas estas vantagens, as *fintechs* conseguem inovar o sistema financeiro, tornando-o mais eficiente, tendo em vista que, com a sua utilização, é possível reduzir os custos de transação.

Isto, pois, como foi acima exposto, o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2014, p. 29).

Com as *fintechs*, o usuário economiza dinheiro, pois as transações são menos custosas e, muitas vezes, gratuitas, bem como as taxas de juros são muito inferiores à cobrada pelas instituições financeiras tradicionais.

Além disso, o usuário também consegue economizar tempo, já que, em regra, as *fintechs* operam exclusivamente pela internet, não sendo necessária a presença física do contratante, poupando-o de perder tempo com deslocamento. Assim, caso seja necessária a realização de transferência de valores, por exemplo, as partes conseguem fazê-la de qualquer lugar através de um computador ou *smartphone*. Ainda, algum empresário ou sociedade empresária que necessite de capital de giro para manter as operações, consegue fazer um empréstimo de forma rápida, eficiente e segura, a juros mais baixos do que tradicionalmente se consegue.

Consequentemente, acarretará redução dos custos de transação. Com a redução dos custos de transação, haverá maior eficiência nos negócios jurídicos celebrados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, pode-se afirmar que as *fintechs* tornam o serviço financeiro e as relações jurídicas mais eficientes, pois consegue reduzir os custos de transação, beneficiando os seus usuários.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O problema a ser respondido neste artigo é se o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes.

Como foi acima exposto, a Análise Econômica do Direito (AED), trata-se de um método de estudo jurídico-econômico, em que os princípios da Ciência Econômica são aplicados ao Direito, isto é, a aplicação da teoria econômica ao Direito. Assim, com o estudo da AED, busca-se, através dos métodos da Ciência Econômica, reduzir os custos de transação, que é tudo aquilo que se precisa pagar ou abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.

Com a redução dos custos de transação, será possível alcançar a eficiência e, assim, aumentar o lucro.

Assim, quando da celebração dos negócios jurídicos, as partes devem sempre buscar a redução dos custos de transação e a maximização dos resultados, alcançando-se a tão almejada eficiência.

Neste diapasão, com as novas tecnologias, cresce, cada vez mais, o número de *startups*, que é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável.

Inclusive, o conceito adotado pela LC 167/19, ao regulamentar as *startups*, preservou estas características.

Algumas *startups* atuam no setor financeiro. A estas, dá-se o nome de *fintech*, que é a *startup* que usa a tecnologia para aprimorar e inovar os serviços financeiros. As *fintechs* prestam serviços como empréstimos, financiamentos, pagamentos, gestão financeira, gestão patrimonial, dentre outros, todos utilizando a tecnologia.

Apenas as *fintechs* de crédito são regulamentadas no Brasil, através da Resolução n. 4.656/18, do Conselho Monetário Nacional, que criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* conseguem prestar serviços financeiros, a valores mais baixos do que usualmente cobrado por uma instituição financeira tradicional. Além disso, as *fintechs* dispensam o deslocamento para comparecimento em agências físicas, o que economiza o tempo do usuário.

As *fintechs* possuem inúmeras vantagens que trazem inovação ao sistema financeiro, acarretando na redução dos custos de transação e maior eficiência nos serviços financeiros prestados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, como hipótese de resposta à pergunta problema que foi proposta neste artigo, constata-se que as *fintechs* podem sim contribuir para reduzir os custos de transação e aumentar a eficiência.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. **O que é fintech?**. Disponível em <https://www.infowester.com/fintech.php>. Acesso em 03 jun. 2019.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações**. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BIGNARDI, Silvia Dourado Casado; PIACENTE, Fabricio. **Fintech, a inovação no segmento bancário e o uso da tecnologia blockchain, uma análise bibliométrica do estado da literatura**. Disponível em <http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/013-workshop-2018/artigos/SistemasProdutivos/Tecnologia_Informacao/Fintech_a_inovacao_no_segmento_bancario_e_o_uso_da_tecnologia_blockchain.pdf>, acesso em 03 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. **FAQ-*Fintechs***. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2F*fintechs*.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADAO>. Acesso em 04 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. **Pessoa física – cheque especial**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial&parametros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false>. Acesso em 11 ago. 2019.

BRASIL, Banco Central. **Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf>. Acesso em 11 ago. 2019.

CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. **A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**. 1960. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CONGO, Mariana. O **que é fintech e como ela revoluciona hoje o mercado financeiro?**. Disponível em <https://blog.magnetis.com.br/o-que-e-fintech/>. Acesso em 03 jun. 2019.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman. 2010.

COURTNEY, Anthony MC. **Fintech: o que é e por que está em alta?**. Disponível em <http://blog.eqseed.com/o-que-e-fintech/>. Acesso em 04 jun 2019.

CREDITAS. Disponível em <https://www.creditas.com.br/>. Acesso em 08 jun. 2019.

EQUIPE NUBANK. **O que é fintech e por que esse termo ficou tão popular?**. Disponível em <https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>. Acesso em 04 jun. 2019.

EU SOU EMPREENDEDOR. **O que é fintech, a revolução no mercado financeiro**. Disponível em <https://eusouempreendedor.com/fintech-mercado-financeiro/>. Acesso em 03 jun 2019.

FARIA, Emerson. ***Fintechs* de crédito e intermediários financeiros: uma análise comparativa de eficiência.** 2018. Dissertação (Mestrado em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.12.2019.tde-07012019-112337. Acesso em: 2019-08-11.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FINNOVATION. **O que é fintech**. Disponível em <http://finnovation.com.br/o-que-e-fintech/>. Acesso em 03 jun 2019.

FINTECHLAB. **Missão Fintechlab**. Disponível em <http://fintechlab.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Report_FintechLab_2017.pdf>. Acesso em 11 ago. 2019.

JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Juruá, 2016.

KASHYAP, Manoj K.; WEBER, Grégory. **Como tecnologias emergentes mudarão os serviços financeiros**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

KESSLER, Luiz Felipe. **Conheça algumas das maiores *fintechs* brasileiras**. Disponível em <https://seucreditodigital.com.br/maiores-*fintechs*-brasileiras/>. Acesso em 08 jun. 2019.

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas**: Análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012;

LANA, Henrique Avelino. **Falência e Recuperação de Empresas:** Análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017;

LANA, Henrique Avelino. **Sociedades Limitadas:** Uma Leitura Via Law And Economics. In: SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/15206/14724>. Acesso em: 10 mar. 2018.

MANKIW, Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning. 2009.

MARGARIS, Spiros. **O supermercado de fintech – o banco está morto, vida longa ao banco!**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

MORETTI, Eduardo; OLIVEIRA, Leandro Antônio Godoy. S**tartups: Aspectos jurídicos relevantes**. Lumen Juris, 2018.

MENAT, Rébecca. **Por que estamos tão animados com FinTech**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

OIOLI, Erik Frederico; SILVA, Rafael Toni; ZILIOTI, Matheus. ***Fintechs* e a regulação do sistema financeiro nacional**. In: OIOLI, Erik Frederico (coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GANZER, Paula Patrícia. et al. **Startups *fintechs*: uma análise a partir do radar da inovação**. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/323199144_STARTUPS_*FINTECHS*_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DO_RADAR_DA_INOVACAO>. Acesso em 10 jun. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Campus Jurídico. 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **Princípios e Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito**. In: MARÇAL; Antônio Cota; PIMENTA; Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). *Os Princípios na Construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise Econômica do Direito e Sua Relação Com o Direito Civil Brasileiro**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 57. p. 85-138. Belo Horizonte: jul/dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campos. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é "Direito e Economia"?**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito & Economia. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SANTOS, Ricardo Paulo Henrique dos. **As Fintech na geração Millennials.** Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/23184/1/RicardoSantos_ISG.pdf>. Acesso em 03 jun. 2019.

SZTAJN, Raquel. **Law & Economics**. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito e Economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elseivier. 2005.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Ed. Campus. 2005;

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques; BARROS, Letícia Lins de Souza. ***Fintechs* e bancos tradicionais: parceria ou competição?.** Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XJzyxShgLN0J:https://www.facet.br/gc/artigos/completo.php%3Fartigo%3D129%26formato%3Dpdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 15 jul. 2019.

DISRUPTIVE INNOVATIONS AND PERSONAL DATA PROTECTION: NEW CHALLENGES FOR THE LAW

Valter Shuenquener de Araujo [1],
Daniel Calil [2]

ABSTRACT

Disruptive technological innovations interfere in the regulatory framework of public services and in the execution of economic activities. Therefore, they demand a new regulatory conformation that is able to absorb new demands and to allow competition between economic agents. In this context, the protection of personal data has evolved significantly nationally and internationally, which is why this subject should be deeply researched. The research is qualitative, bibliographic and descriptive of jurisprudence, doctrine and of the positive law.

Keywords: Technologic innovation. Disruptive innovation. Data Protection Law. Privacy. Fundamental rights.

INOVAÇÕES DISRUPTIVAS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO

RESUMO

As inovações tecnológicas disruptivas interferem na formatação jurídica do modelo de prestação de serviços públicos e na execução de atividades econômicas e, assim, reclamam uma nova configuração regulatória que seja capaz de absorver as novas demandas e viabilizar a competição entre os concorrentes. Nesse contexto, a proteção de dados pessoais tem evoluído significativamente em âmbito nacional e internacional, razão pela qual sua pesquisa merece maior aprofundamento. A pesquisa é qualitativa, bibliográfica e descritiva da jurisprudência, doutrina e do direito positivo.

PALAVRAS-CHAVE: *Inovação tecnológica. Inovação disruptiva. Lei de Proteção de Dados. Privacidade. Direitos fundamentais.*

1. INTRODUCTION

In the 21st century, the expansion of the use of new technologies, not only among individuals, but also by the Public Administration, arouses debates about the best regulatory design to be adopted for each economic activity or public service. One of

[1] Doutor em Direito Público pela UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conferencista da EMERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ (PPGD). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[2] Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006). Assessor Jurídico da Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

the problems that has arisen in the regulation of new technologies is the protection of personal data, which has recently been shaped by the decision of the US Supreme Court[3], the new European legislation on the subject[4] and, at the national level, by virtue of the treatment provided to the matter by Law 13,709/18.[5]

In this context, there is a need to strike a balance between the normative incentive for innovation and for the liability it causes. If, on the one hand, disruptive innovations and the adoption of new technologies can lead to the reduction of public expenditure, to the increase of the public services quality and can make the Public Administration more transparent, on the other hand, its uncritical and unbridled application may conflict with fundamental rights. In this way, given the risks that disruptive innovations can offer, especially to the protection of personal data, there is a pressing demand for legal and regulatory mechanisms for risk prevention and control.

Faced with the unbridled use of new technologies today, the protection of personal data has become a fundamental measure, and is permeated by risks, for example, regarding the formation of a *Big Data*. The complexity of the thematic is such that the definitions about this phenomenon of data accumulation are very different from each other, which is why there are those who classify them into four groups, according to the focus presented by each concept: (i) data attributes, (ii) technology needs, (iii) overcoming limits, (iv) social impact.[6] A *Big Data* concept that seeks to reconcile its main elements is that of an "*information asset characterized by such a volume, speed and variety that it requires specific technology and analytical methods for its transformation into value.*"[7]

In this context, it can be stated that there are at least three problems concerning the relationship between the *Big Data* analysis and the protection of personal data:

(a) data life cycle management;

(b) privacy and data security, and

(c) data representation.[8]

Firstly, because of the media profusion from which the data are originated and their unlimited quantity, traditional storage technologies are insufficient to deal with such a large volume, thus raising the demand for efficient data analysis mechanisms able to determine which should be archived or discarded. In addition, another relevant

[3] Case Carpenter v. United States No. 16,402, 585 U.S. (2018). Decision of June 22, 2018.

[4] General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679. This is a legislative act applicable to both the European Union and the European Economic Area.

[5] General Law on Data Protection, dated August 14, 2018.

[6] MAURO, Andrea de; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features. Library Review, Vol. 65 Iss: 3, pp.122 – 135. 2016, https://doi.org/10.1108/LR-06-2015-0061.

[7] MAURO, loc. cit.: "On the whole, we argue that the definition for Big Data should refer to its nature of 'Information asset', a clearly identifiable entity not dependent on the field of application. Therefore, the following consensual definition is proposed: "Big Data is the Information asset characterized by such a High Volume, Velocity and Variety to require specific Technology and Analytical Methods for its transformation into Value." Such a definition is compatible with the usage of terms such as "Big Data Technology" and "Big Data Methods" when referring directly to the specific technology and methods cited in the main definition.

[8] TAYLOR-SAKYI, Kevin. Big Data: Understanding Big Data. 2016. Available at: https://www.researchgate.net/publication/291229189_Big_Data_Understanding_Big_Data. Access in: march, 4th 2018.

aspect is related to data privacy. Despite the legal rules and normative guidelines intended to provide the security of such information, it is difficult to specify which data demand greater protection and to ensure that there are no failures in these systems. Finally, it can be said that the collected data are presented in different types (texts, numbers, graphs), as well as their "semantics, organization, granularity and means of accessibility"[9] are also different, so that their representation is, also, an obstacle to an effective selection and data protection.

In this way, there is a clear need for research and construction of legal systems and regulatory environments to safeguard personal data that are exposed and accumulated due to new technologies.

2. PRIVACY AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Privacy is one of the most important and relevant values in the light of the Brazilian Constitution, being characterized as a fundamental right in its article 5th, item X. Thus, it is a fundamental clause and, therefore, not subject to the action of the derived constituent power that tends to abolish its protection core.

Despite the *status* of fundamental right and all legal protections arising from this circumstance, there is no doctrinal consensus on the scope of privacy protection with respect to, for example, the protection of personal data. As an example, Tércio Sampaio Ferraz conceptualizes the right to privacy as:

> A fundamental subjective right, whose holder is any person, physical or juridical, Brazilian or foreign, resident or in transit in the country; whose content is the ability to constrain others to respect and to resist the violation of what is proper to them, that is, of the vital situations which, by their being concerned with him, wish to maintain for themselves, under their sole and discretionary decision; and whose object is the moral integrity of the holder.[10]

In contrast to this comprehensive concept, Gilmar Mendes understands that:

> The right to privacy, in a narrower sense, leads to the individual's claim not to be the focus of third-party observation, not to have their affairs, personal information and particular characteristics exposed to third parties or the general public.[11]

[9] HU, H, 2014. Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial, 1, 658-659, 665: "semantics, organization, granularity, and means of accessibility"

[10] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Secrecy of data: the right to privacy and limits to the state's oversight function. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 77.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Course of Constitutional Law. 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 287.

The distinctions between concepts are justified not only by the terminological problems involved, given the similarity with the protection, also at the constitutional level, of the intimacy and even of the right to honor and to the image, but also by the current scenario of technological development. New challenges for the legal protection of that right arises at all times, mainly due to the difficulty of legal norms to keep up with economic and social transformations.

Recognizing the difficulty to solve the diversity of problems related to the extent of the private life protection, Ingo Sarlet makes the following observations:

> The notion, developed by sectors of the doctrine and by German constitutional jurisprudence, that one can distinguish between three spheres (the so-called theory of spheres) within the right to privacy, an intimate sphere (which is the essential and intangible nucleus of the right to privacy and privacy), a private sphere (which refers to non-confidential or restricted aspects of the individual's family life, professional and commercial life, and can be weighed against other legal goods) and a social sphere (where image and word rights, but no longer to privacy and intimacy) has been criticized as insufficient to account for the diversity of cases involving the protection of privacy.[12]

From another point of view, emphasis should be placed on the idea that the fundamental right to privacy is also related to other values protected by the Brazilian legal system, such as bank secrecy, fiscal secrecy, home inviolability and confidentiality of communications. In fact, the latter hypothesis, foreseen in article 5th, item XII,[13] of the 1988 Constitution, is currently much debated. In addition, the protection of user's personal information on the most different platforms, whose procurement and management, often not expressly authorized, as in mobile applications, is closely related to the protection of privacy and personal data.

In this sense, Gilmar Mendes points out that:

> The secrecy of communications is not only a corollary of the guarantee of the free expression of thought; also expresses traditional aspects of the right to privacy and privacy. The breach of confidentiality of communication means frustrating the right of the issuer to choose the recipient of the content of his communication.[14]

Therefore, the privacy protection, in spite of the divergences as to its scope, due to the constitutional entrenchment of this value and its relation with other rights

[12] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Course of Constitutional Law. 6ª ed – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 446 e 447.

[13] Art. 5º, XII - the secrecy of correspondence and telegraphic communications, data and telephone communications is inviolable, except in the latter case, by court order, in the cases and in the form established by law for the purpose of criminal investigation or criminal procedural instruction.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Course of Constitutional Law. 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 298.

provided in the constitutional level, reveals the importance of the topic and the relevance of its discussion from the new technologies' perspective. It serves, therefore, as a foundation for normative systems that seek to realize this protection, as will be explained below.

3. INNOVATION AND THE PERSONAL DATA PROTECTION

In contemporary law, the protection of privacy and personal data suffers the direct influx of the increasingly frequent and intense social impact of innovations. As an example, Uber and Airbnb, two of the leading joint-stock companies,[15] have tripled the value of their business in recent years.[16] Among the several factors that have supported this growth, we can mention the flexibility offered to the contractors, the easiness of workers entry, the existing regulatory mismatch in relation to the activity, the innovative character of the (disruptive) technology and the operational efficiency.[17] There are also estimates that sharing cars and rooms, collective financing, personal services and streaming audio and video will reach $ 335 billion (global revenue) by 2025.[18]

The economic impact of these economic activities is such that various sectors are affected. There are, for example, changes in the labor market, which now has more temporary and alternative options, all members and resulting from the so-called *gig economy*.[19] In the current digital age context, there is a greater flow of workplaces and an increase of short-term jobs, which is justified by the possibility of companies saving financial resources and maintaining a balance of costs, since they do not need to rent spaces for the performance of their business and do not need the traditional hiring of personnel.[20] In this way, the expansion of digital platforms creates "*innovative employment options and democratizes the employment process*".[21]

Another relevant economic repercussion that comes up from disruptive technological innovations is that "*people postpone the decision to buy new cars in cities after using options like Uber, Ola (Indian tour company) or Lyft*."[22] The revolutionary character of the results of these new business models is recognized by Patrizia Grifoni and Alessia D`Andrea in the following terms:

---

[15] GÖRÖG, Georgina. The Definitions of Sharing Economy: A Systematic Literature Review. Available at: https://doi.org/10.26493/1854-4231.13.175-189. Access in: march, 8th 2019. P. 183: "The term "sharing economy" refers to the activity of sharing underutilized assets with the help of technology."

[16] YARAGHI, Niam; RAVI, Shamika. The Current and Future State of the Sharing Economy. Brookings India IMPACT Series No. 032017. March 2017, p. 8.

[17] YARAGHI, *ibidem*, p. 8 – 15.

[18] HAWSKSWORTH, J. and VAUGHAN, R. The Sharing Economy—Sizing the Revenue Opportunity. PricewaterhouseCoopers, 2014.

[19] "The gig economy involves the exchange of labour for money between individuals or companies via digital platforms that actively facilitate matching between providers and customers, on a short-term and payment by task basis." LEPANJUURI, Katriina; WISHART, Robert; CORNICK, Peter. The Characteristics of those in the Gig Economy. Final Report. Department for Business, Energy & Industrial Strategy. UK Government. Fev/2018, p. 4. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/ uploads/system/uploads/attachment_data/file/687553/ The_characteristics_of_those_in_the_gig_economy.pdf. Access in: 08/03/2019.

[20] YARAGHI, Niam; RAVI, Shamika (2017). "The Current and Future State of the Sharing Economy," Brookings India IMPACT Series No. 032017. March 2017, p. 20.

[21] YARAGHI, *ibidem,* p. 21.

[22] YARAGHI, *ibidem*, p. 22.

> the economy of sharing and collaboration could have the same impact on the Western economic model (based mainly on capitalism) as the incorporation of mass production, from the organization of labor to the nature of the social contract in a capitalist society.[23]

Thus, it is uncontroversial that new technologies, and especially shared economies, have significant effects in today's society, and stimulate a growing appeal for digital tools and innovative applications. From the consumers perspective, the choice of technological innovations can be explained not only by the economic advantages, but also by the greater certainty about the contracted product or service, as well as greater security and confidence, due to the evaluation and classification policies,[24] if compared to the traditional options available in the market.

However, there are several risks involved in these new technologies, such as those related to exposure, management and control of personal data, which, because of these innovations, tend to accumulate exponentially. In Comparative Law, an example that demonstrates the relevance of guardianship of personal data in the midst of the new technologies is the one pertinent to the recognition of the "right to forget" by the European Court of Justice, which has recognized the responsibility of the Internet search engine operators due to the need of privacy protection. In this sense, the judgment of case *C-31/12, Google Spain SL, Google Inc. Vs. Spanish Data Protection Agency (AEPD), Mario Costeja González*:

> a processing of personal data such as that at issue in the main proceedings by the operator of a search engine is liable to significantly affect the fundamental rights to respect for privacy and the protection of personal data when searching through that engine is carried out from the name of a natural person, since this treatment allows any surfer to obtain, with the results list, a structured overview of the information about that person, which can be found on the Internet, to many aspects of their private life and which, without such a search engine, could not or could hardly have been related, and thus to establish a more or less detailed profile of the person concerned. respect of the rights provided for in those provisions and provided that the conditions laid down therein are effectively fulfilled, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results, following a search carried out from the name of a person, links to other web pages published by third parties and containing information about that person, also in the case of that name or that information not be previously or simultaneously erased from these web pages, that is, if applicable, even when its publication on those pages is, in itself, lawful.[25]

[23] GRIFONI, Patrizia; D'ANDREA, Alessia. Sharing Economy: Business Models and Regulatory Landscape in the Mediterranean Areas. International Business Research; Vol. 11, No. 5; 2018. P. 64.

[24] WALLENSTEIN, Judith; SHELAT, Urvesh. Hopping Aboard the Sharing Economy. Available at: https://www.bcg.com/publications/2017/strategy-accelerating-growth-consumer-products-hopping-aboard-sharing-economy.aspx. Access in: 04.11.2018.

[25] Case C-31/12, Google Spain SL, Google Inc. vs. Spanish Agency for Data Protection (AEPD), Mario Costeja González. Available at: <http://curia.europa.eu>. Accessed March 4, 2019.

The new guidelines of the courts, such as the one mentioned above, which arise in the face of new technologies do not, however, hinder the demand for new regulatory models for the protection of personal data. Besides, in this context, it is possible that the regulatory framework of an activity achieved by disruptive innovations, such as in the case of search engines, is also influenced by other factors, such as self-regulatory practices, in order to maximize the effectiveness of legal protection. In this sense, Patrícia Baptista and Clara Keller:

> Google Inc. has been acting as a true decision maker when it comes to ensuring privacy on the network. Since the European Court of Justice recognized about two years ago the right to forgetfulness and set the responsibility of the search tool on data protection, Google began to examine thousands of requirements for the suppression of search results. And, with very low transparency, he decided to stay or withdraw these results. [...] European regulatory authorities, on the other hand, admit that the system adopted has worked well, that the number of challenges to the company's decisions is not significant and that the regulatory bodies would not have the technical, financial and personnel resources to deal with the nearly 1.4 million applications submitted since the TJCE ruling.[26]

Therefore, it is evident that the regulatory challenges in this area are the most diverse, either because of the non-adaptability of traditional regulatory models or because of the uncertainty about the efficiency of the new regulatory systems. The innovations effects on worker protection, discrimination between economic agents, damage to local communities, threats to consumer safety and harmful anti-competitive practices can also be highlighted.[27] All these problems spread in an environment of profound regulatory asymmetry, where perplexity with what is new has not yet given way to the emergence of secure legal norms.

Thus, in view of the expansion of new technologies and the insufficiency of traditional regulatory and legislative models, the theme of personal data protection makes it imperative to research by effective methods in the treatment and control of personal data. In this context, it is of crucial relevance to evaluate the recent experiences of Comparative Law in relation to the subject. This is justified because, just as the popularization of new technologies is gaining worldwide expression, the data treatment regulation controlled by large business groups also becomes an international issue.

It must be considered that if, on the one hand, there are risks arising from the spread of new technologies, on the other hand, the dissemination, especially by the

[26] BAPTISTA, Patrícia F., KELLER, Clara. Why, when and how to regulate new technologies? The challenges brought by disruptive innovations. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 126.
[27] STEMLER, Abbey. The Myth of the Sharing Economy and its Implications for Regulating Innovation. Emory Law Journal. Vol. 67:197, p. 203.

State, of qualified and adapted regulation is crucial for a society progress.[28] Thus, the possibility of adopting regulatory alternatives capable of extracting the greatest possible benefits from disruptive innovations should be evaluated.

In this perspective, especially in the face of the need for personal data protection, the challenge that arises is how existing legal systems must "*address these innovations, given their broad but sometimes inert legislation*."[29]

Therefore, it is necessary to analyze the current stage of interaction between new technologies and their respective regulation, in order to investigate the advantages and disadvantages in the adoption of certain normative treatment concerning the protection of personal data. For this reason, we will analyze the Carpenter v. United States 585 U.S., *General Data Protection Regulation*, in force in Europe, and Law No. 13,709 / 18.

4. CASE CARPENTER V. UNITED STATES 585 U.S.

Timothy Carpenter had his cell phone number apprehended by police and prosecutors in the wake of robberies at RadioShack and T-Mobile stores and obtained court orders to track location data of suspected cell phones, including Carpenter was included. With the data provided, the prosecutors had 12,898 user location points, which meant an average of 101 points per day and thus sufficient to prove the crime. In turn, the defense argued that the collection of these data would violate the Fourth Constitutional Amendment,[30] since it would require a warrant based on a probable cause, having only been satisfied the standard least demanding of reasonable grounds.[31]

Firstly, because of a revolution in the telecommunications service, the US Supreme Court had to revisit its old jurisprudence that supported the access to customer data from telephone operators. In the *Carpenter v. United States 585 U.S. (2018)*, there was thus the overruling of the preceding precedent *Smith v. Maryland, 442, U.S. 735 (1979)*. In short, it had been established that the use of a dialed numbers registry does not constitute a violation of the "legitimate expectation of privacy", since the numbers would be available and would already be registered by the telephone company.[32] Thus, considering that the registration device was installed on the property of the telephone company and at its central offices, there would be no violation of the

[28] WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. Technology in Society 26, 2004, p. 496.

[29] CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. Berkeley Technology Law Journal. Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. p. 184. No original: “The contemporary challenge, then, is how existing agencies can confront these innovations given their broad but sometimes inert statutory frameworks”.

[30] Amendment IV - Constitution of the United States of America: "The right of the people to the inviolability of their persons, houses, papers and assets against arbitrary search and seizure shall not be infringed; and no warrant shall be issued except by evidence of guilt confirmed by oath or declaration, and particularly by the description of the place of the search and the indication of the persons or things to be apprehended."

[31] FREIWALD, Susan. SMITH, Stephen. The Carpenter chronicle: a near-perfect surveillance. Harvard Law Review. 205. P. 217.

[32] Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979): We therefore conclude that petitioner in all probability entertained no actual expectation of privacy in the phone numbers he dialed, and that, even if he did, his expectation was not "legitimate." The installation and use of a pen register, consequently, was not a "search," and no warrant was required. Available at: <https://www.loc.gov/>. Accessed March 4, 2019.

Fourth Amendment, since there would be no expectation of privacy regarding the registrations of dialed telephone numbers.[33]

In general, in the *Carpenter v. United States* case, the court understood that the provision of data, as has been possible with modern applications and handsets, could pose a great threat to the fundamental right of privacy. Therefore, no more support would be given to the thesis of "*lack of privacy expectation over documents delivered to third parties*".[34] Indeed, what prevailed was the understanding that location records derived from cellular devices, by reason of their unique and revealing nature, are not subject to the third-party doctrine of the *United States v. Miller (1976)* and *Smith v. Maryland (1979)*" cases,[35] according to which an individual would have no legitimate privacy expectation concerning information that he voluntarily transmits to third parties.[36]

The *Carpenter v. United States* case therefore addressed the constitutional compatibility of "*long-term clandestine tracking by a single powerful device capable of near-perfect surveillance*"[37] when faced with the guarantee of the Fourth Amendment of the US Constitution. The constitutionality analysis of the mentioned tracing included not only an exam on whether the technique employed was (a) hidden, (b) continuous, (c) indiscriminate and (d) intrusive, although such factors were not explicitly listed,[38] but also an assessment of the application relevance to the case of the third-party doctrine.

It was understood, therefore, that since the information obtained by cell phone tracking revealed exhaustive details of Carpenter's location, unlike the cases in which the previous precedent was based, involving not so advanced technology, there would be, in this new reality, a significant and inappropriate extension of the circumstances legitimated by the third party doctrine.[39] Therefore, a technological innovation turned a prevailing judicial understanding completely inappropriate, especially because it was grounded on older equipment.

The lesson from the foreign experience is that even if "*the legislative and judiciary powers adapt law to the new technology to ensure that the proper balance between security and freedom is maintained*,"[40] they do not do it efficiently. Thus, there is a need for a dynamic and flexible state regulation and interpretation of technological innovations.

---

[33] Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979): Since the pen register was installed on telephone company property at the telephone company's central offices, petitioner obviously cannot claim that his "property' was invaded or that police intruded into a "constitutionally protected area." Available at: <https://www.loc.gov/>. Access in March 5, 2019.

[34] CASAGRANDE, **Cássio**. Is your cell phone an electronic anklet? No, says the US Supreme Court. American constitutional court restricts search of location data to telephone companies.Available at: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/o-seu-celular-e-uma-tornozeleira-eletronica-nao-diz-a-suprema-corte-dos-eua-06072018. Accessed December 26, 2018.

[35] FREIWALD, Susan. SMITH, Stephen. The Carpenter chronicle: a near-perfect surveillance. Harvard Law Review. 205. P. 218.

[36] PRICE, Michael W. Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Party Doctrine. Journal of National Security. Law & Policy, vol. 8: p. 247-299, 2016, p. 265: "under an aggressive reading of the third-party doctrine, the Fourth Amendment would not guarantee the privacy of any personal data held by any private company. This would include virtually all records of electronic communications, web browsing activity, and cloud data, to name just a few examples".

[37] FREIWALD, Susan. SMITH, Stephen. The Carpenter chronicle: a near-perfect surveillance. Harvard Law Review nº 205, 2018, p. 217.

[38] *Ibidem* p. 219.

[39] *Ibidem* p. 224.

[40] *Ibidem* p. 205.

Otherwise, outdated decisions and norms will prevail and they will not be able to understand what the new already is.

5. GENERAL DATA PROTECTION REGULATION [GDPR] FROM EUROPEAN UNION

Since May 2018, the General Data Protection Regulation (GDPR) has been in force in Europe, which, in addition to the protection of personal data, guarantees greater clarity and specificity regarding the requirements for the consent to the collection and processing of such data, as well as portability and the suppression of data.[41] The normative treatment conferred by the GDPR also establishes requirements regarding data security and protection concerning those responsible for its treatment. One of the highlights are the ones the provisions of the GDPR apply. There are four main addressees:

(a) data subjects,[42] who are natural persons, whose data are processed;

(b) controllers,[43] which are usually companies that define the destination and means of processing personal data;

(c) processors,[44] entities that treat personal data on behalf of controllers, in a hierarchical relationship, and[45]

(d) data protection authorities.

Traditionally, in the North American system, with a liberal matrix, it is believed that data subjects are more responsible than natural persons, who should be critical and make conscious choices regarding the exposure and treatment of their data. However, in the system implemented by GDPR at a European level, there is a broader scope of responsibility for controllers, even in the case of breaches perpetrated by processors, the former being, in principle, responsible since they must guarantee, in accordance with the provisions of the GDPR, that processors are competent and responsible.[46]

Under another approach, there is, as far as the scope of the GDPR is concerned, an emphasis on its extraterritoriality. As can be inferred from the analysis of its article

[41] LEMOS, Ronaldo *et al*. GDPR: the new personal data protection legislation in Europe. What will change in the international business environment? And what are the effects on Brazilian citizens and entities? Available at: <//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dados-pessoais-europa-25052018>. Accessed March 4, 2019.

[42] Article 4, paragraph 1, of the GDPR: "Personal data" refers to any information relating to an identified or identifiable natural person ("data holder"); an identifiable natural person is one that can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier, or one or more specific factors of physics, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person.

[43] Article 4, paragraph 7, of the GDPR: "Controller" means the natural or legal person, public authority, agency or other body that, individually or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; If the purposes and means of such processing are determined by the law of the Union or the Member State, the controller or the specific criteria for their appointment may be laid down in Union or Member State law.

[44] Art. 4, § 8, of GDPR: "Processor" is a natural or legal person, public authority, agency or other body that processes personal data on behalf of the controller.

[45] HOOFNAGLE, Chris Jay, VAN DER SLOOT, Bart & BORGESIUS, Frederik Zuiderveen. The European Union general data protection regulation: what it is and what it means, Information & Communications Technology Law, 28:1, 65-98, 2019, p. 73.

[46] HOOFNAGLE, 2019, *loc. cit*.

3,[47] the GDPR applies to all companies processing personal data of data holder's resident in the European Union, irrespective of the location of the company. The GDPR also applies to the processing of personal data by controllers and processors in the EU, regardless of whether processing takes place in the EU. Furthermore, GDPR achieves the processing of personal data of data holders in the EU and is done by someone not established in the EU, when the activities concern: (a) offering goods or services to EU citizens (regardless of payment be necessary) and (b) monitoring of behavior in the EU. Finally, non-EU companies processing EU citizens' data also have to nominate a representative in the EU.[48]

The importance of GDPR is therefore not only due to the fact that it has provided more adequate data protection that proliferate with technological innovations, but also because of the potential to "*lead to a large-scale (but not total) harmonization of data protection law across the European Union*"[49] and to generate "*global impact by restricting cross-border data transfers, directly regulating the conduct of many non-EU organizations, and, importantly for our discussion here, influencing data protection legislation around the world.*"[50]

However, now that the standard has already come into effect and produces its effects, the risks and implementation difficulties involved are evident:

> Even before the data are being processed, both data controller and data processor need to have in place a lot of policies which makes them compliant with the regulation. Yet, it is difficult to predict what will happen at every step of data processing. The steps include new rights to be respected, joint responsibilities and mandatory notifications, as a consequence, the company or public entity will be on alert (…) all the time. A lot of uncertainties, a lot of documents and many departments are involved by the GDPR. Finding the right interpretation of definitions and legal interpretations is not easy.[51]

Other problems resulting from the immediate implementation of the GDPR relate to the duty nature of the data protection and to the uncertainty of such liability range.

---

[47] Article 3. Territorial scope.
1. This Regulation shall apply to the processing of personal data carried out in the context of the activities of an establishment of a controller or a subcontractor located within the territory of the Union irrespective of whether the processing occurs within or outside the Union.
2. This Regulation shall apply to the processing of personal data of holders resident in Union territory by a controller or subcontractor not established in the Union where the processing activities relate to:
(a) the supply of goods or services to such data holders in the Union, irrespective of the requirement that data holders make a payment;
(b) control of their conduct, provided that such conduct takes place within the Union.
3. This Regulation shall apply to the processing of personal data by a controller established not in the Union but in a place where the law of a Member State applies under public international law.

[48] GDPR Key Changes. An overview of the main changes under GDPR and how they differ from the previous directive. Available at: < https://eugdpr.org/the-regulation/>. Accessed March 4, 2019.

[49] KUNER, Christopher. JERKER, Dan. The GDPR as a chance to break down borders. International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, p. 231–232, 1st November 2017, p. 231.

[50] KUNER, 2017, p. 231.

[51] DODE, Albi. The challenges of implementing General Data Protection Law (GDPR). 14th International Conference in "STANDARDIZATION, PROTYPES AND QUALITY: A MEANS OF BALKAN COUNTRIES' COLLABORATION", September 21 - 22, 2018, Tirana, Albania. Available at: https://www.researchgate.net/publication/327829348 _The_challenges_of_implementing_General_ Data _Protection_Law_GDP R/download. Accessed March 8, 2019.

In the European Union, there is still some difficulty regarding the precise delimitation of the term "appropriate protection", since "*The European rules impose a duty to implement appropriate technical and organizational security measures. This is an 'obligation of means'. The actors are not obligated to provide a perfect security. The meaning of 'appropriate' depends on the context.*"[52] Thus, despite the uniformity proposal in the law field of data protection at European level, there could still be great discretion on the part of the national courts because:

> A German court might set different requirements for an 'appropriate' security than a Spanish court. […]. After all, the national courts and data protection authorities will still play an important role for the enforcement of the rules in specific situations.[53]

Considering the liability regime for the violation of the GDPR rules, there are also differences as to its scope, that is, whether it would be objective or subjective, and this would ultimately affect the data protection itself. The controversy arose because of the drafting of the Data Protection Directive (*Directive 95/46 / EC*) adopted in the European Union from 1998 onwards. It is based on the text of the Directive, "s*ome member states have adopted a system of strict liability. In other legal systems, the controller is not liable if he can prove an absence of fault.*"[54] As the text of Article 82, paragraph 3, of the GDPR[55] does not contain a totally clear content on the option of the liability regime, uncertainty may persist until there is jurisprudential understanding to pacify the issue in each Member State.

It is therefore clear that, despite the progress made by the GDPR in relation to the protection of personal data within the EU, there are still problems to be solved, especially those related to data protection effectiveness, regarding the uniformity of its application and those arising from the uncertainties surrounding the legal regime of accountability.

6. LAW 13,709/18

In Brazilian, the subject of data protection became regulated by Law 13,709/18, the so-called General Law on Data Protection (GLDP).

Previously, the protection of personal data was disciplined by other existing legal instruments. In this sense, SANTOS (2018):

> Notwithstanding the Federal Constitution (LGL \ 1988 \ 3), the Consumer Protection Code, the Civil Code (LGL \ 2002 \ 400), the Positive Registration Law and the Civil Registry of the Internet already protected, in some way, rights related to data and privacy, given the technological advances and as a way of granting greater legal certainty to relations so that Brazil would have

[52] WOLTERS, P. T. J. The security of personal data under the GDPR: a harmonized duty or a shared responsibility? International Data Privacy Law, 2017, Vol. 7, Nº. 3, p. 165-178, 2017, p. 172.
[53] WOLTERS, *idem*, p. 175.
[54] WOLTERS, *loc. cit.*
[55] Article 82, paragraph 3: The controller or subcontractor shall be exempt from liability in accordance with paragraph 2 if he proves that he is in no way responsible for the event giving rise to the damage.

> a level of legislation and protection compatible with that of other countries, facilitating the investment and the flow of data, on August 15,2018, Law 13,709 / 18 (LGL \ 2018 \ 7222) was enacted and published, which provides for the protection of personal data and changes the Civil Registry of the Internet.[56]

Federal Law 13,709/18, a framework for the protection and processing of personal data in Brazil and which adhered to an overall trend of safeguarding these values, provides for the natural person's ownership of their personal data,[57] establishes the right of access to their own data, correction of inaccuracies, as well as obtaining information about the sharing of data with public and private entities. In addition, it regulates the international transfer of data (articles 33 and subsequent articles of Law 13,709/18), restricting, even, the hypotheses where it is possible, which features a guarantor position. Besides, it expressly creates administrative sanctions for infringements to that provided by law.

Among the main aspects of the GLDP, it is worth mentioning:

> (a) its application to any activity that involves the use of personal data, including Internet treatment, of consumers and employees, among others;
>
> (b) the fact that data subjects will have broad rights: information, access, rectification, cancellation, opposition and portability;
>
> (c) application also to companies that do not have an establishment in Brazil;
>
> (d) provision of specific rules on sensitive data processing, international data transfer and data use of children and adolescents;
>
> (e) has discipline on data protection impact assessment (similar to DPIA), and
>
> (f) provides that any company responsible for data processing shall appoint a person in charge of the protection of personal data.[58]

In addition, it is worth to emphasize the wide extent of the law content. The law has wide scope, due to the concept of personal data treatment it adopted. As Laura Schertel Mendes and Danilo Moneda point out, "*all personal data processing is in principle subject to the GLDP, whether it is carried out by the public or private sector. The hypotheses of exception of application are restricted and are foreseen in its art. 4th*".[59]

Although most of the provisions of the GLDP only come into force twenty-four months after the date of their official publication, the ideal is that companies, of course, comply with the new law, as adequacy will require considerable technical, procedural and cultural activities.

---

[56] SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. TALIBA, Rita. General Law on Data Protection in Brazil and the possible impacts. Revista dos Tribunais | vol. 998/2018 | p. 225 - 239 | Dec / 2018. P. 225.

[57] Art. 17 of Law 13,709/18: Every natural person is guaranteed the ownership of his personal data and guaranteed the fundamental rights of freedom, privacy and privacy, under the terms of this Law.

[58] REANI, Valéria. The impact of the Brazilian data protection law on labor relations. Available at: https://www.conjur.com.br/2018-set-21/valeria-reani-alei-protecao-dados-relacoes-trabalho. Accessed December 27, 2018.

[59] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Commentary to the new data protection law (Law 13,709 / 18): the new paradigm of data protection in Brazil. Revista de Direito do Consumidor | vol. 120/2018 | p. 555 - 587 | Nov - Dec / 2018.

It should also be noted that Law 13,709/18 is heavily influenced by General Data Protection Regulation in several respects. Both diplomas present similarities in the treatment conferred on aspects such as:

> consent of the holders of personal data, burden of proof of obtaining consent, right of information of the holders, portability of data, responsibility of the agents, indication of the person in charge of data processing and provision of safety parameters for their treatment, custody and handling.[60]

One of the important influences of the European law on the Law 13,709/18 appears in its art. 46, paragraph 2nd.[61] This paragraph provides that measures must be taken to protect personal data from the design stage of the product or service until its execution, which was inspired by art. 78[62] of the European regulation, whose application has the following effect:

> for any activity that involves the processing of personal data, it is necessary that the company responsible for the treatment observes, from the creation of the system for data collection, or for the provision of its services and products, the principles [...], adopting effective measures (such as data minimization, appropriateness for purpose, unambiguous consent, etc.). And such principles should be observed throughout the treatment, including, but not limited to, storage, access, transmission, archiving and destruction.[63]

Another example of GDPR's influence on Brazilian legislation concerns the similarity between the European Data Protection Committee (Article 68[64] and subsequent articles of the GDPR) and the National Data Protection Authority or NPDA (articles 55-A and subsequent articles of Law 13,709/18). Both are entities created to act with autonomy[65] and to supervise and promote the application of the respective law.

---

[60] MACHADO, José Mauro Decoussau; SANTOS, Matheus Chucri dos, PARANHOS, Mario Cosac Oliveira. GLDP and GDPR: a comparative analysis between legislations. Available at: http://www.pinheironeto.com.br/Pages/publicacoes-detalhes.aspx?nID=1362. Accessed March 5, 2019.

[61] Art. 46 §2º GLDP: The measures dealt with in the main section of this article should be observed from the design stage of the product or service until its execution.

[62] (78) - The protection of the rights and freedoms of natural persons in relation to the processing of their personal data requires the adoption of appropriate technical and organizational measures to ensure compliance with the requirements of this Regulation. In order to be able to demonstrate compliance with this Regulation, the controller shall adopt internal guidelines and apply measures in particular that respect the principles of data protection from design and data protection by default. Such measures may include the minimization of the processing of personal data, the pseudonymisation of personal data as early as possible, transparency as regards the functions and processing of personal data, the possibility for the data subject to control data processing and possibility for the controller to create and improve safety measures. In the context of the development, design, selection and use of applications, services and products that rely on the processing of personal data or use this processing to perform their functions, the manufacturers of products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing it and, with due respect for the most advanced techniques, to ensure that controllers and subcontractors are in a position to fulfill their data protection obligations. The principles of data protection from design and by default should also be taken into account in the context of public procurement.

[63] SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. TALIBA, Rita. General Law on Data Protection in Brazil and the possible impacts. Revista dos Tribunais | vol. 998/2018 | p. 225 - 239 | Dec / 2018. P. 225.

[64] Article 68 of the GDPR. European Committee for Data Protection. 1. The European Data Protection Committee ('the Committee') shall be established as a body of the Union and shall have legal personality.

[65] Art. 55-B of Law 13,709 / 18: Technical autonomy is guaranteed to the NPDA.

Initially, GLDP devices dealing with the national authority were vetoed because of initiative flaws. However, with the edition of MP 869/18, there was change in the GLDP and the NPDA was created.

It is imperative that Brazilian law has as one of its main purposes to encourage the creation of an institutional custom of data protection, and especially through the National Data Protection Authority, the concern to ensure effectiveness in compliance with the norms on the subject. Among its main attributions, the National Data Protection Authority has exclusivity in the application of the penalties provided for in Law 13,709/18,[66] can determine to the controller the elaboration of an impact report regarding the protection of personal data,[67] receives complaints from users,[68] in order to ensure efficiency in its activities,[69] publishes rules and procedures on the protection of personal data[70] and deliberates on the interpretation of Law 13,709/18, its powers and eventual omissions.[71]

Another point of note is the importance of Law 13,709/18 to the consumer relations, insofar as the protection of personal data in the scenario of expansion of new technologies, not only in Brazil, but on a world scale, is a topic which usually involves the legal sphere of consumers, and their hypo sufficiency that justifies the need for a greater legal protection. In this sense, KIMMELMAN:

> Some find it abusive that their privacy is the price to pay for access to socially or economically unavoidable Internet platforms. Others hate paying twice for their internet service, both with their money and with their personal information. And everyone is outraged by data breaches, hacks, revelations of corporate and state surveillance, and other social and political scandals. Consumers in the US, European Union (EU) and other countries want more control over their personal data and require privacy protection.[72]

Thus, the protection granted by Law 13,709/18 is crucial for the fruition of the most varied fundamental rights in Brazil, since, as Laura Schertel Mendes and Danilo Doneda point out, "*any data treatment, because it influences the representation of the person*

[66] Article 55-K of Law 13,709 / 18: The application of the sanctions provided for in this Law is the exclusive responsibility of the NPDA, whose other competences will prevail, as regards the protection of personal data, on the related competencies of other entities or bodies of public administration.

[67] Article 38 of Law 13,709 / 18: The national authority may determine to the controller to prepare an impact report on the protection of personal data, including sensitive data, regarding its data processing operations, according to the regulation, observing the trade secrets and industrial.

[68] Art. 55-J. It is the responsibility of the NPDA: V - to implement simplified mechanisms, including by electronic means, to register complaints about the processing of personal data in violation of this Law.

[69] Article 55-J §2 of Law 13,709 / 18: The NPDA and the public bodies and entities responsible for the regulation of specific sectors of economic and governmental activity must coordinate their activities, in the corresponding spheres of action, with a view to ensuring compliance with its attributions with the greatest efficiency and promote the proper functioning of the regulated sectors, according to specific legislation, and the processing of personal data, in the form of this Law.

[70] Art. 55-J. It is incumbent upon the NPDA: II - to edit norms and procedures on the protection of personal data.

[71] Art. 55-J. It is incumbent upon the NPDA: III - to deliberate, in the administrative sphere, on the interpretation of this Law, its powers and the omitted cases.

[72] KIMMELMAN, Eugene. The limits of antitrust in privacy protection. International Data Privacy Law, Volume 8, Issue 3, 1 August 2018, Pages 270–276. P. 270: "Some find it abusive that their privacy is the price to pay for access to socially or economically unavoidable internet platforms. Others hate to be paying twice for their internet service, both with their money and with their personal information. And all are outraged by data breaches, hacks, revelations of corporate and state surveillance, and other social and political scandals. Consumers in the USA, the European Union (EU), and elsewhere want more control over their personal data, and they demand privacy protection".

in society, can affect their personality and therefore has the potential to violate their fundamental rights".[73]

7. CONCLUSION

The topic of personal data, in the context of new technologies evolution, deserves a particular approach, based on the analysis of specific cases, by regulatory models sufficiently capable of protecting this right in accordance with the degree of protection conferred not only by the 1988 Constitution, but also by institutes found in foreign norms.

As seen, the examples offered by the *Carpenter v. United States 585 U.S.*, General Data Protection Regulation (GDPR) and Law 13,709/18 (GLDP) demonstrate a growing concern at the national and international level with data protection. In addition, they indicate constant changes in the courts' understandings, in the legal norms and changes of the new technology's users' rights.

The rapid change in this regulatory landscape does not dissociate itself from the constant evolution of the technological scenario and is indicative of the difficulty of adapting the legal plan to the factual plan Given the need for regulating new technologies, the responses offered by traditional legal mechanisms and case law have not been sufficient. The above experiences likewise tend to confer a high degree of protection to users and to extend controller and processor liability regimes, which reveals the high importance of safeguarding privacy in the contemporary world.

However, there is also the fact that there is no complete solution to the discrepancy between technological reality and legal protection. In this context, problems related to the uniformity of data protection between different systems are evident, which would be imperative, given the international nature of data circulation and processing, and the difficulty of implementing the various protection mechanisms of users, either because there is a wide discretion in the interpretation of the rules, as exists in the case of the GDPR, or because it was not possible to verify the degree of effectiveness of the legal rules, as in the case of the recent Law 13,709/18.

Thus, it is imperative to continue in the researches aimed at identifying a north for the regulation of disruptive innovations, which should be flexible, dynamic and sometimes detached from the traditional solutions. The effective preservation of privacy and personal data in the contemporary world depends, therefore, on the ability to adapt and to review traditional regulatory models to face the challenges posed by innovation.

8. REFERENCES

BAPTISTA, Patrícia F., KELLER, Clara. Why, when and how to regulate new technologies? The challenges brought by disruptive innovations. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273

[73] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Commentary to the new data protection law (Law 13,709 / 18): the new paradigm of data protection in Brazil. Revista de Direito do Consumidor | vol. 120/2018 | p. 555 - 587 | Nov - Dec / 2018.

CASAGRANDE, Cássio. Is your cell phone an electronic anklet? No, says the US Supreme Court. American constitutional court restricts search of location data to telephone companies. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/o-seu-celular-e-uma-tornozeleira-eletronica-nao-diz-a-suprema-corte-dos-eua-06072018. Accessed December 26, 2018.

CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. Berkeley Technology Law Journal. Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014

DODE, Albi. The challenges of implementing General Data Protection Law (GDPR). 14th International Conference in "Standardization, protypes and quality: a means of balkan countries' collaboration", September 21 - 22, 2018, Tirana, Albania. Disponível em: https://www.researchgate.net/ publication/327829348 _The_challenges_of _implementing_General_ Data _Protection_Law_GDP R/download. Accessed March 8, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Secrecy of data: the right to privacy and limits to the state's oversight function. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREIWALD, Susan. SMITH, Stephen. The Carpenter chronicle: a near-perfect surveillance. Harvard Law Review nº 205, 2018.

GDPR Key Changes. An overview of the main changes under GDPR and how they differ from the previous directive. Disponível em: < https://eugdpr.org/the-regulation/>. Accessed March 4, 2019.

GÖRÖG, Georgina. The Definitions of Sharing Economy: A Systematic Literature Review. Number 2. Volume 13. Summer 2018.

GRIFONI, Patrizia. D'ANDREA, Alessia. Sharing Economy: Business Models and Regulatory Landscape in the Mediterranean Are*as*. International Business Research; Vol. 11, No. 5; 2018.

HAWSKSWORTH, J. and VAUGHAN, R. The Sharing Economy—Sizing the Revenue Opportunity. PricewaterhouseCoopers, 2014.

HOOFNAGLE, Chris Jay, VAN DER SLOOT, Bart & BORGESIUS, Frederik Zuiderveen (2019) The European Union general data protection regulation: what it is and what it means. Information & Communications Technology Law, 28:1, 65-98

HU, H, 2014. Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial, 1, 658-659, 665.

LEMOS, Ronaldo *et al*. GDPR: the new personal data protection legislation in Europe. What will change in the international business environment? And what are the effects on Brazilian citizens and entities? Disponível em: <//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dados-pessoais-europa-25052018>. Accessed March 4, 2019.

LEPANJUURI, Katriina; WISHART, Robert; CORNICK, Peter. The Characteristics of those in the Gig Economy. Final Report**.** Department for Business, Energy & Industrial Strategy. UK Government. Fev/2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/ uploads/system/uploads/attachment _data/file/687553/ The_characteristics_ of_those_in _the_gig_ economy.pdf . Accessed March 8, 2019.

KIMMELMAN, Eugene. The limits of antitrust in privacy protection. International Data Privacy Law, Volume 8, Issue 3, 1 August 2018, Pages 270–276.

KUNER, Christopher. JERKER, Dan. The GDPR as a chance to break down borders. International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, 1 November 2017, p. 231–232.

MACHADO, José Mauro Decoussau; SANTOS, Matheus Chucri dos, PARANHOS, Mario Cosac Oliveira. GLDP and GDPR: a comparative analysis between legislations. Disponível em: http://www.pinheironeto.com.br/Pages/publicacoes-detalhes.aspx?nID=1362. Accessed March 5, 2019.

MAURO, Andrea de; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features. Library Review, vol. 65, nº 3, p. 122-135, 2016, https://doi.org/10.1108/LR-06-2015-0061.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Commentary to the new data protection law (Law 13,709 / 18): the new paradigm of data protection in Brazil. Revista de Direito do Consumidor | vol. 120/2018 | p. 555 - 587 | Nov - Dec / 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Course of Constitutional Law. 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

PRICE, Michael W. Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Party Doctrine. Journal of National Security. Law & Policy, vol. 8: p. 247-299, 2016.

REANI, Valéria. The impact of the Brazilian data protection law on labor relations. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-21/valeria-reani-alei-protecao-dados-relacoes-trabalho. Accessed December 27, 2018.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. TALIBA, Rita. General Law on Data Protection in Brazil and the possible impacts. Revista dos Tribunais | vol. 998/2018 | p. 225 - 239 | Dec / 2018. P. 225.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Course of Constitutional Law. 6ª ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

STEMLER, Abbey. The Myth of the Sharing Economy and its Implications for Regulating Innovation. Emory Law Journal [Vol. 67:197].

TAYLOR-SAKYI, Kevin. Big Data: Understanding Big Data. 2016.

WALLENSTEIN, Judith; SHELAT, Urvesh. Hopping Aboard the Sharing Economy. Disponível em: https://www.bcg.com/publications/2017/strategy-accelerating-growth-consumer-products-hopping-aboard-sharing-economy.aspx. Accessed November 4, 2018.

WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. Technology in Society 26, 2004.

WOLTERS, P. T. J. The security of personal data under the GDPR: a harmonized duty or a shared responsibility? International Data Privacy Law, 2017, Vol. 7, Nº. 3, p. 165-178, 2017.

YARAGHI, Niam; RAVI, Shamika (2017). The Current and Future State of the Sharing Economy, Brookings India IMPACT Series No. 032017. March 2017.

A REFORMA DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO – À PROCURA DO EQUILÍBRIO ENTRE A DEFESA DOS INTERESSES OFENSIVOS E OS INTERESSES DEFENSIVOS

Maria João Palma [1]

RESUMO

O presente artigo analisa a recente reforma dos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs), com ênfase nas mudanças impulsionadas pela União Europeia a partir do Tratado de Lisboa. Diante do crescente tensionamento geopolítico e da fragmentação dos fluxos internacionais de comércio e investimento, os Estados buscam redefinir os padrões de proteção aos investidores estrangeiros, equilibrando seus direitos com a necessidade de preservar a autonomia regulatória e os interesses públicos nacionais. A nova geração de BITs reflete essa transição paradigmática, incorporando cláusulas relativas a direitos humanos, desenvolvimento sustentável e responsabilidade social. No entanto, surgem desafios quanto à definição de um nível justo de proteção ao investimento e à convivência normativa entre os tratados antigos e os novos. O texto propõe uma reflexão crítica sobre os limites e possibilidades desse novo modelo regulatório.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados bilaterais de investimento; União Europeia; proteção ao investimento; direito de regular; autonomia estatal; nova geração de BITs.

THE REFORM OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES – IN SEARCH OF A BALANCE BETWEEN THE PROTECTION OF OFFENSIVE AND DEFENSIVE INTERESTS

ABSTRACT

This article examines the ongoing reform of Bilateral Investment Treaties (BITs), with a focus on the changes promoted by the European Union following the Lisbon Treaty. Amid increasing geopolitical tensions and the fragmentation of global trade and investment flows, States seek to redefine the standards of foreign investor protection, balancing investor rights with the preservation of regulatory autonomy and national public interests. The new generation of BITs reflects this paradigm shift, incorporating provisions on human rights, sustainable development, and social responsibility. Nevertheless, challenges remain regarding the appropriate level of investor protection and the coexistence of old and new BITs. The article offers a critical analysis of the boundaries and potential of this evolving regulatory framework.

[1] LL.M College of Europe, Brugge, Bélgica; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutoramento pela Faculdade de Direito de Lisboa; Jurista na Direção-Geral das Atividades Económicas do Ministério da Economia e do Mar. O texto baseia-se na nossa comunicação efetuada no Seminário "Cooperação Europa e América do Sul: a sustentabilidade como foco", que teve lugar na Universidade Europeia, em Lisboa, a 15 de fevereiro de 2024. As opiniões aqui expressas vinculam apenas a autora. A autora agradece o gentil convite que lhe foi dirigido pela Professora Doutora Elizabeth Accioly.

KEYWORDS: *Bilateral investment treaties; European Union; investment protection; right to regulate; state autonomy; new generation BITs.*

1. INTRODUÇÃO

Vivemos tempos difíceis em que assistimos a uma fragmentação dos fluxos internacionais de comércio e de investimento, em que os Estados, movidos mais por considerações geopolíticas do que económicas, erguem barreiras a estes fluxos, um pouco por todo o mundo, em prol do reforço da segurança nacional e do fortalecimento da resiliência das economias[2].[3]

Perante estas preocupações, os políticos enfrentam um difícil *trade-off* entre minimizar os custos da fragmentação dos fluxos e maximizar a segurança e a resiliência[4].

Somado a estes constrangimentos, emerge uma necessidade de os Estados serem dotados de maior desenvoltura na promoção de políticas públicas, nomeadamente na área da saúde pública, educação pública, proteção dos consumidores, alterações climáticas, proteção de dados, diversidade cultural, pretendendo defender estes interesses legítimos sem que daí advenha a necessidade de pagar indemnizações avultadas aos investidores estrangeiros, eventualmente lesados pela adoção dessas políticas, o que a doutrina designa de direito de regular[5].

Além do direito de regular, os acordos internacionais mais recentemente negociados pela Comissão Europeia em nome da União Europeia (UE) e dos Estados-Membros[6] (CETA, UE Indonésia, UE Vietname, UE Singapura, UE Chile, UE México, entre outros) afirmam, também, preocupações com os direitos humanos, com o desenvolvimento sustentável, com os direitos laborais ou com a responsabilidade social.

A mesma linha de pensamento encontra respaldo nos Tratados Bilaterais de Investimento (TBI ou BIT na sigla inglesa) celebrados mais recentemente pelos Estados-

[2] Os Estados que adotaram regimes de análise ou de screening de investimento estrangeiro proliferam pelo mundo hodierno, sendo exemplo o caso dos Estados Unidos da América, do Japão e de vários Estados- Membros da União Europeia. Sobre a evolução da adoção de regimes de screening na União Europeia, vide, Relatório Especial sobre Análise dos investimentos diretos na União Europeia, do Tribunal de Contas da UE (2023). Disponível aqui: https://www.eca.europa.eu/pt/annual-activity-reports.

[3] LUÍS PEDRO RODRIGUES DA CUNHA nota com preocupação a atual decadência do multilateralismo nas relações comerciais internacionais: "Notas sobre matérias de comércio internacional e OMC: a parte "clássica"". *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - série Working Papers* 33 (2022): 1-38. Disponível aqui: https://www.uc.pt/site/assets/files/850029/33_wp_bce_2022.pdf.

[4] GITA GOPINATH – "How policymakers should handle a fragmenting world", February 6, 2024. Disponível aqui: https://foreignpolicy.com/2024/02/06/how-policymakers-should-handle-a-fragmenting- world/#cookie_message_anchor

[5] Sobre o direito de regular, *inter alia*, CATHARINE TITI – "The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)", in *International and Comparative Law Research Center,* 2022. Disponível aqui: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4058447

[6] A necessidade de celebração conjunta por parte da EU e dos seus Estados-Membros dos acordos internacionais que contenham disposições relativas à proteção do investimento estrangeiros, designados no jargão da UE por acordos mistos, decorre do facto de os mesmos dizerem respeito a competências exclusivas da UE (IDE), mas também a competências partilhadas entre a UE e os seus Estados-Membros (investimento de carteira e resolução de litígios investidor-Estado). Nesse sentido, *vide* o Parecer do TJUE 2/2015, de abril de 2017. Disponível aqui: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/15&language=PT

Membros da UE[7], os quais surgem alinhados com os ditames da Política Europeia de Investimento.

Como é sabido, a UE conquistou com o Tratado de Lisboa, em vigor desde dezembro de 2009, competência para o investimento direto estrangeiro (IDE), assumindo-se como a grande mentora da redefinição dos *standards* de proteção do investimento estrangeiro na UE[8].

Seriam estas preocupações que iriam estar na origem da mudança de paradigma[9] que passaria a reger os equilíbrios entre os direitos dos investidores estrangeiros e os interesses defensivos dos Estados e que levam, presentemente, a distinguir os BIT[10] da "velha geração", celebrados, em regra, na década de 90, dos BIT da "nova era", os primeiros mais centrados nos direitos dos investidores e os segundos procurando um equilíbrio entre os direitos dos investidores e os interesses dos Estados.

Enfatize-se, porém, que o redesenhar dos BIT na procura desde novo equilíbrio coloca dois problemas:

i) Desde logo, determinar qual o **nível de proteção adequado e justo** a conceder aos investidores estrangeiros. Sendo a finalidade última destes Tratados a proteção dos direitos dos investidores estrangeiros, o exercício de afinamento das disposições com o propósito de travar eventuais arbitragens internacionais de investimento mais agressivas não poderá resvalar rumo a um exercício de excessiva defesa por parte dos Estados que ponha em risco direitos ou legítimas expetativas dos investidores estrangeiros[11].

ii) Em segundo lugar, como assegurar a convivência de BIT mais antigos e BIT mais recentes sem que isso provoque **desequilíbrios**, quer ao nível dos direitos substantivos e processuais dos investidores estrangeiros, quer ao nível da defesa dos interesses legítimos dos Estados?[12]

[7] Alguns desses Estados-Membros publicaram os respetivos Modelos de BIT no site da UNCTAD (Itália, República Checa, Eslovénia, Bélgica/Luxemburgo, Países Baixos e Bulgária): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements

[8] Sobre a Política Europeia de Investimento, vide, MARIA JOÃO PALMA – A Proteção do Investimento Estrangeiro: uma Nova Política Europeia?, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, 2023. Disponível aqui: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/61154/1/scnd_td_Maria_Palma.pdf

[9] *Ibidem* p. 92.

[10] Por ser mais conhecida usaremos, ao longo do texto, a sigla inglesa BIT.

[11] A este respeito, cite-se o exemplo da Declaração Interpretativa do CETA sobre a definição do Tratamento Justo e Equitativo, aprovada a 9 de fevereiro de 2024, a qual, em nosso entender, assume um cariz demasiado limitador dos direitos dos investidores estrangeiros, nomeadamente, ao clarificar que, para que se verifique uma situação de denegação de justiça que dê acesso à plataforma arbitral, o investidor deverá ter exaurido os meios internos, ao arrepio do entendimento geral segundo o qual tal não é necessário. A Declaração encontra-se aqui: https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd- a7af-fe32e36cbd0e/library/6d1b2d5b-6c9e-45d5-9027-07642a8e511a/details?download=true

[12] Sobre as incongruências resultantes da convivência de vários tipos de BIT no espaço europeu, vide, MARIA JOÃO PALMA – A Proteção *do Investimento Estrangeiro: uma Nova Política Europeia?*, 2023, p. 521.

2. A PROCURA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES OFENSIVOS E OS INTERESSES DEFENSIVOS

Com as regras do jogo a mudar, torna-se necessário não enveredar para um *design* de BIT demasiado protecionista dos Estados, com um quase esvaziamento dos direitos dos investidores estrangeiros.

Ao analisarmos BIT e/ou acordos internacionais recentes vemos que, um pouco por todo o mundo, se assiste a um esforço de burilar as regras essenciais dos BIT de modo a blindá-las de certas situações que os grandes casos de arbitragem internacional de investimento vieram revelar como injustas, quiçá abusivas.

A este respeito podemos mencionar os casos de constituição de empresas veículo (*mailbox companies*) no território de uma Parte contratante (*home state*) para colocar os investimentos feitos na contraparte (*host state*) ao abrigo do BIT e lhes dar acesso à plataforma arbitral sem que, porém, a empresa desenvolva real atividade económica no lugar onde se constituiu (*home state*), situações em que poderemos falar em claro abuso da personalidade jurídica.

Ainda assim, ao fazermos um balanço das várias reformas que tem ocorrido, verificamos que, de um modo geral, se têm tentado preservar os grandes princípios ou regras estruturantes dos BIT, tais como o Tratamento Nacional, a Cláusula da Nação Mais Favorecida, o Tratamento Justo e Equitativo, a livre transferência de capitais, ou a proibição de expropriação sem justa indemnização, os quais têm sido mantidos, embora afinados, e não simplesmente suprimidos dos Tratados.

No sentido da preservação do espólio dos princípios estruturantes dos BIT podemos citar o caso dos acordos internacionais *supra* negociados pela UE e, bem assim, os recentes Modelos de BIT dos Estados-Membros divulgados no site da UNCTAD: Países Baixos, Itália, Luxemburgo/Bélgica, República Checa, Eslováquia e Bulgária[13][14].

No plano mundial encontramos também BIT que procederam a um exercício de afinamento semelhante, aprimorando os meios de defesa dos Estados, podendo citar os casos do BIT assinado em 2016 entre a Argentina e o Catar; o BIT assinado em 2020 entre Israel e os Emirados Árabes Unidos; o BIT assinado em 2018 entre Argentina e Emirados Árabes Unidos; ou o BIT assinado em 2018 entre Japão e Argentina.

Nos casos citados não se verificou, em regra, uma penalização excessiva dos direitos dos investidores estrangeiros reflexo do incremento dos meios de defesa dos Estados.

[13] Divulgados no site da UNCTAD: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment- agreements/model-agreements

[14] A Comissão Europeia divulgou, a 21 de setembro de 2023, Cláusulas Modelo para BIT no site da UNCTAD. *Vide:* https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty- files/8390/download. Em virtude de a UE ter ganho competência para IDE com o Tratado de Lisboa, em 2009, a Comissão Europeia passou a autorizar a negociação e a assinatura dos BIT dos Estados-Membros. Esta articulação de competências viria a ser regulada pelo Regulamento (UE) nº 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros, disponível aqui: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA

2.1 O CASO PARTICULAR DO BIT VENEZUELA/COLÔMBIA

Há, porém, casos em que se enveredou por caminhos muitos restritivos, sendo o BIT Venezuela/Colômbia, assinado a 3 de fevereiro de 2023[15], um exemplo[16].

Este BIT surge num contexto muito próprio, mas é um bom exemplo para refletirmos sobre o exercício de reforma que vem sendo feito relativamente às disposições clássicas dos BIT.

A Venezuela tem no seu histórico 60 casos reportados de arbitragem internacional de investimento, ao passo que a Colômbia enfrentou cerca de 20 casos, o que explica o apelo a tão fortes limitações dos direitos dos investidores estrangeiros plasmadas no BIT. Note-se, porém, que quando a Colômbia negociou o BIT com a França em 2014 ou com a Espanha em 2021, não recorreu a tão duras limitações, o que será explicável pelo facto de as limitações contidas no BIT Venezuela/Colômbia não terem correspondência com os padrões de proteção do investimento estrangeiro vigentes na UE[17].

Saliente-se que o Relatório de 2023 do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos de Investimento (CIRDI ou ICSID na sigla inglesa)[18] indica que, de entre os 45 novos casos de litígios registados nesse ano, 21 foram interpostos contra países da América Latina e das Caraíbas.

Este crescendo de litigância contra os países da América Latina e Caraíbas tinha sido anteriormente vaticinado[19] em virtude das mudanças em direção a regimes políticos mais favoráveis a intervenções estatais nas economias, as quais poderiam ter repercussões no investimento estrangeiro, nomeadamente através de expropriações diretas ou indiretas (*creeping or crawling expropriation*), revisões de contratos, cancelamento de concessões, implementação de novas taxas e tarifas, supressão de subsídios, nacionalizações.

Como salienta Daniela Pãez-Salgado: "*À medida que o investimento aumenta na América Latina, preveem se mais litígios de investimento em 2024. Projetos de larga escala em setores como energia, infraestruturas e mineração requerem investimento estrangeiro e incentivos do governo para serem viáveis. Violações a estes incentivos podem dar lugar a uma onda de novos casos … Este foi um dos tópicos de discussão na primeira semana de arbitragem no México que teve lugar em 2023, onde os conferencistas concluíram que a região poderá vir a*

---

[15] Disponível aqui: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty- files/6951/download

[16] Sobre a arbitragem de investimento na América Latina, *vide*, DANIELA PÃEZ-SALGADO e outros: "2023 Year in Review. Latin America and Investment Arbitration", *in Kluwer Arbitration Blog*, 13.01.2024. Disponível aqui: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/13/2023-year-in-review-latin- america-and-investment-arbitration/. Sobre o caso particular do BIT Venezuela-Colombia *vide* DIEGO P. FERNÃNDEZ ARROYO- "The Venezuela-Colombia BIT: An original development of uncertain impact", *in Kluwer Arbitration Blog*, 19.04.2023. Disponível aqui: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/04/19/the-venezuela-colombia-bit-an-original- development-of-uncertain-impact/

[17] O maior alinhamento entre o BIT assinado entre a Colômbia e a França ou entre aquela e a Espanha e os ditames da Política Europeia de Investimento explicam-se pelo peso que a Comissão Europeia tem no processo de negociação dos BIT dos Estados-Membros, pois é a esta que assiste a competência para autorizar os textos que serão sujeitos à negociação com a contraparte, e, bem assim, a autorização para a assinatura do texto final, como referimos *supra.*

[18] O relatório anual do ICSID do ano de 2023 encontra-se disponível aqui: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR2023_ENGLISH_web_spread.pdf

[19] MARIA JOSE MONROY – "Facing Latin America´s leftward shift: implications and recommendations", *in Kluwer Arbitration Blog*, 27.07.2023. Disponível aqui: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/07/27/facing-latin-americas-leftward-shift- implications-and-recommendations/

testemunhar futuros litígios de investimento relacionados com alterações climáticas, finanças, tecnologia, projetos energéticos de grande dimensão e telecomunicações"[20].

Ainda que o referido BIT entre a Venezuela e a Colômbia seja pouco generoso na conceção dos direitos dos investidores estrangeiros, o facto é que o mesmo concede um voto de esperança à arbitragem internacional de investimento, uma vez que a Venezuela denunciou a Convenção CIRDI, em 2012[21].

Pese embora o BIT enviar sinais positivos aos investidores estrangeiros, o mesmo encerra, como sublinhamos, sérias limitações aos direitos dos mesmos[22].

Quando comparado com outros BIT recentes que procuraram também introduzir flexibilidade de modo a aumentarem os poderes regulatórios dos Estados, encontramos diferenças assinaláveis.

Em primeiro lugar, no que se refere ao âmbito de aplicação *ratione materia,* o artigo 1º do BIT Colômbia/ Venezuela determina que o BIT apenas se aplica a IDE[23], ao arrepio de uma tendência mais generalizada de albergar também investimento de carteira (*portfolio*)[24].

Em segundo lugar, merece destaque a definição de investimento estrangeiro prevista no artigo 2º, a.), a qual obedece ao chamado teste *Salini*[25], do qual resultam 4 critérios cumulativos para a verificação de um investimento estrangeiro: compromisso de capital, duração, expectativa de lucro e contribuição para o desenvolvimento da economia do país. Pese embora a sua razoabilidade, não é usual encontrarem-se BIT que façam apelo ao 4º critério do *teste Salini*, não sendo o mesmo utilizado, nomeadamente, pela UE, ou pelos seus Estados-Membros.

Outra diferença respeita ao afastamento expresso do campo de aplicação do BIT dos investidores estrangeiros com dupla nacionalidade (artigo 2º, f.i.)), não atendendo à teoria da nacionalidade dominante e efetiva.

Na UE pelo menos 3 dos Modelos de BIT dos Estados-Membros acolheram o conceito de nacionalidade efetiva e dominante, em caso de dupla nacionalidade: o Modelo dos Países Baixos, da Eslováquia e da República Checa.

De salientar também a definição de investidor como pessoa coletiva (artigo 2º, b. ii)), a qual, além de exigir a constituição legal, exige o exercício de "*atividades comerciais importantes*" no território da parte onde se constituiu, requisito que se tem vindo a generalizar na UE e não só, como modo de afastar do campo de aplicação dos BIT as *mailboxes companies.* Porém, no caso do BIT Venezuela/Colômbia exige-se que as pessoas coletivas não deverão ser controladas por um nacional da parte recetora do

[20] *Op. cit.*

[21] Até ao presente, denunciaram a Convenção CIRDI a Bolívia em 2007, o Equador em 2009 e a Venezuela em 2012. O Equador viria a aderir de novo em 2021. A 24 de fevereiro de 2024, seria a vez das Honduras denunciarem a Convenção CIRDI. Notícia disponível aqui: https://icsid.worldbank.org/news-and- events/communiques/honduras-denounces-icsid-convention. Mais expressivos do desconforto hodierno com a arbitragem internacional de investimento são dos dados relativos à denuncia de BIT. Segundo a base de dados da UNCTAD, entre 2004 e 2022, foram denunciados 345 BIT, sendo que 258 dessas denúncias ocorreram entre 2017 e 2022 e que 320 dos 345 ocorreram após 2010. Dados disponíveis aqui: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search

[22] Na opinião de DANIELA PÃEZ SALGADO e outros, trata-se de um dos BIT mais restritivos, *op.cit.*

[23] Entendido como aquele investimento estrangeiro que permite ter uma influência no controle ou na gestão do ativo.

[24] Como via de regra, os BIT preveem uma *open list of assets.*

[25] *Vide* TZENG PETER – "Salini test", *in* https://jusmundi.com/en/document/publication/en-salini-test

investimento estrangeiro, afastando, e bem, situações que poderão ser próximas de situações puramente internas.

Saliente-se, todavia, que as diferenças mais impactantes se referem não ao que está escrito no texto do BIT, mas ao que não está inscrito, uma vez que este não faz qualquer referência a disposições clássicas e importantes como: Tratamento Justo e Equitativo; Proteção e segurança completa; Cláusula da Nação Mais Favorecida e *umbrella clause* – esta última, embora tratando-se de uma disposição clássica, vem-se tornando uma presença menos assídua nos BIT recentes.

Passamos a analisar cada uma das **4 grandes ausentes.**

Em primeiro lugar, a disposição referente ao **Tratamento Justo e Equitativo** não consta do BIT Venezuela/Colômbia. Esta disposição é bastante assídua nos BIT embora o seu alcance surja com significativas flutuações, quer nos textos dos BIT, quer ao nível das decisões arbitrais[26].

De modo a evitar a incerteza na determinação do alcance da disposição, assistimos a uma tendência recente que consiste na introdução de uma lista fechada de situações que poderão configuram uma violação do Tratamento Justo e Equitativo[27], onde são enumeradas: a negação de justiça em processos judiciais ou administrativos; a violação fundamental do devido processo, incluindo uma violação fundamental da transparência em processos judiciais e administrativos; a arbitrariedade manifesta; a discriminação com base em motivos manifestamente ilícitos, como género, raça ou crença religiosa; e o tratamento abusivo, como assédio, coação ou coerção[28].

A segunda grande ausente no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia é a **Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF)**. Esta disposição visa estender o tratamento concedido a um investidor estrangeiro nacional da contraparte, um tratamento não menos favorável do que aquele concedido a investidores de um terceiro Estado.

À semelhança de outros atores internacionais, quer a UE, quer os Estados-Membros, têm sido favoráveis a manter a cláusula NMF nos seus Tratados.

Todavia, de modo a evitar o contágio entre BIT de "velha geração" que ainda permanecem em vigor e os BIT da "nova era" sujeitos a diferentes filosofias, têm-se desenhado formas de limitar as potencialidades virtuosas da NMF.

As formas de limitar a NMF são variadas, *inter alia,* citem-se as seguintes:

[26] Recorde-se que a regra do precedente não vigora na arbitragem internacional de investimento, o que explica as oscilações decisórias.

[27] A UE (*vide,* por exemplo, o artigo 8.10 do CETA) e os seus Estados-Membros (ver os Modelos de BIT supracitados) são seguidores desta tendência. Na mesma linha, *vide* todos os BIT concluídos pelo Canada desde 2006.

[28] Os acordos da UE e os Modelos dos Estados-Membros *supra*mencionados determinam, ainda, que as violações das expectativas legítimas do investidor estrangeiro poderão ser apreciadas pelos tribunais arbitrais, o que poderá ocorrer quando avaliarem uma alegada violação do Tratamento Justo e Equitativo com base em qualquer conduta constante da lista fechada mencionada acima. Isto implica, que as expectativas legítimas não poderão ser abordadas de modo autónomo, o que, em nosso, entender implica uma afetação injustificada dos direitos dos investidores estrangeiros.

i. excluir expressamente do campo de aplicação da NMF as **definições** contidas no BIT, assim assegurando que a definição de investidor estrangeiro e de investimento são *taylor m*ade[29];

ii. excluir a aplicação da NMF às normas do BIT que regulam os **litígios**[30];

iii. determinar que a NMF só possa ser invocada uma vez que tenha sido adotada uma **medida concreta** que implemente a norma do BIT[31];

iv. incluir uma **cláusula REIO**[32] no BIT;

v. determinar a **aplicação da NMF apenas para o futuro**[33]**.**

Esta última limitação teria a virtualidade de estabelecer uma fronteira entre o conjunto de BIT antigos e o conjunto de BIT de nova geração, impedindo os investidores estrangeiros de repescaram disposições anacrónicas, mas que, em virtude das conhecidas dificuldades de rever, de forma célere, os BIT antigos permanecem em vigor no ordenamento jurídico de determinados Estados.

As diferentes limitações podem ser usadas de modo **cumulativo**, pois não colidem umas com as outras, e podem ser usadas em paralelo com cláusulas de uso comum como por exemplo a cláusula REIO[34]: esta exclui o contágio entre os BIT e zonas aprofundadas de integração económica, ao passo que a NMF para o futuro previne o contágio dos BIT entre si.

Uma outra disposição ausente do BIT celebrado entre a Venezuela e a Colômbia é a disposição que permite colocar os contratos de investimento celebrados entre o investidor estrangeiro e o Estado recetor do investimento sob a égide da proteção do BIT, incluindo o acesso à arbitragem internacional, i.e., a designada *umbrella clause*.

Na UE esta disposição é tratada com parcimónia: ou não constando do texto dos acordos (*vide,* por exemplo o caso do CETA que não a prevê), ou sendo sugerida nas Cláusulas Modelo da UE, mas limitada aos casos em que o Estado anfitrião recorra à autoridade governamental – ou seja, a poderes soberanos para além da relação contratual – para violar um compromisso contratualizado relativamente ao investidor estrangeiro.

Ainda outras diferenças ao nível do constante no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia:

---

[29] Refira-se que tal cautela é, em rigor, supérflua uma vez que a NMF apenas se aplica ao "tratamento" concedido (exemplo, regras sobre transparência ou sobre expropriação) e não às definições contidas nos BIT. No entanto, encontram-se exemplos de BIT em que se optou por vedar expressamente a captura das definições pela NMF. Nesse sentido, *vide,* o artigo 4º nº 3 do BIT celebrado entre Israel e os Emiratos Árabes Unidos (*supra*citado).

[30] Assim se afastando a decisão *Maffezini* da qual tinha resultado que os direitos processuais também seriam direitos dos investidores estrangeiros invocáveis pela via da NMF. Uma síntese do caso pode ser encontrada aqui: https://www.biicl.org/files/3930_2000_maffezini_v_spain.pdf

[31] Solução seguida pela UE nos seus acordos e pelos Estados-Membros nos vários Modelos de BIT suprarreferidos, mas também prevista em BIT como o celebrado entre Israel e os Emirados Árabes Unidos, artigo 4º, nº 4, *supra.*

[32] A cláusula REIO (*regional economic integration organization*) tem uma dupla função: por um lado, assegura que os membros da REIO possam cumprir as obrigações decorrentes da pertença a esta organização pese embora o BIT; por outro lado, a cláusula REIO impede que as condições mais favoráveis conseguidas pela pertença à zona económica aprofundada sejam estendidas à contraparte no BIT.

[33] Esta limitação ainda não foi adotada pela UE e os seus Estados-Membros, mas surge em diversos BIT, nomeadamente, Nigéria/Canadá (2016); Argentina/Emirados Árabes Unidos (2018), artigo 4º, nº 7; Israel/Emirados Árabes Unidos (2021), artigo 14º, nº 1 a); Argentina/Catar (2016), artigo 4º, nº 4; Japão/Argentina (2018), artigo 3º.

[34] Sobre a articulação entre a NMF e a cláusula REIO, *vide,* UNCTAD – "The REIO exception in MFN treatment clause", New York, Geneva, 2004. Disponível aqui: https://digitallibrary.un.org/record/542079?v=pdf

O Princípio do Tratamento Nacional surge com contornos muitos distintos do habitual. Classicamente, trata-se de uma disposição que visa assegurar que os investidores estrangeiros não recebem um tratamento pior do que os nacionais (teto mínimo ou *floor*). Porém, no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia surge como um teto máximo (*ceiling*), ou seja, em vez de se afirmar que os investidores estrangeiros não poderão receber um tratamento menos favorável do que os nacionais, afirma-se que os investidores estrangeiros não poderão receber um tratamento superior aos nacionais (princípio também conhecido como *no greater rights*).

A disposição relativa à Expropriação (artigo 7º, c)) surge, também, com contornos próprios, afirmando que medidas jurídicas adotadas para proteger objetivos legítimos de bem-estar público (ou seja, eventuais situações de expropriação indireta), como a saúde, a segurança e o meio ambiente, desde que não discriminatórias, não equivalem a uma expropriação.

A UE tem uma abordagem diferente relativamente à expropriação indireta[35] considerando que, em caso de medida (ou conjunto de medidas) que tenham um impacto severo, a indemnização será ainda assim assegurada, pese embora a medida ser não discriminatória e destinar-se a garantir interesses legítimos públicos.

Relativamente à Resolução de litígios investidor-Estado (artigo 12º) prevê-se a resolução de litígios pelos tribunais nacionais ou, em alternativa, arbitragem *ad hoc* de acordo com as regras UNCITRAL de 1976, i.e, as regras antigas que não incluem as modernas regras de transparência, de 2013.

Na UE a referência à regras UNCITRAL é feita já com remissão para as regras de 2013[36], i.e., incluindo as regras de transparência.

No que se refere à Denegação de benefícios (artigo 13º) – também de modo original, a disposição admite a denegação de benefícios caso o investimento (empresa) seja detido ou controlado por um nacional de um terceiro Estado, uma vez que essa empresa não tenha "*atividades comerciais substanciais*" no território da parte recetora do investimento, ao invés de, como é usual, se exigir que o investidor tenha atividade substancial no território do *home state*.

Relativamente a medidas ambientais e laborais - o BIT refere a relevância de regras ambientais e laborais, mas não se refere ao desenvolvimento sustentável, indo ao arrepio de uma tendência recente de ao mesmo fazer referência.

Por sua vez, indo na mesma linha minimalista de proteção dos investidores estrangeiros, a *sunset clause* (art. 17º)[37] é de apenas 5 anos, e não os usuais 10 a 20 anos.

[35] *Vide* anexo 8º A do CETA e Anexo das Cláusulas Modelo.
[36] *Vide* Cláusulas Modelo.
[37] Isto é, o tempo durante o qual os investimentos estrangeiros efetuados à data da denúncia do BIT, permanecerão protegidos, após a ocorrência da mesma.

3. A TRANSIÇÃO ENTRE OS BIT DE "VELHA GERAÇÃO" E OS BIT DA "NOVA ERA"

A convivência no plano mundial de BIT em vigor que protegem os direitos dos investidores estrangeiros segundo parâmetros distintos coloca delicados problemas[38].

Mediante a invocação da NMF será possível aos investidores estrangeiros continuarem a invocar, em contendas atuais, "*velhos padrões*" inscritos em BIT celebrados nos anos 80, 90, a menos que não seja incluída a cláusula NMF, tal como se verifica no caso do BIT Venezuela/Colômbia *supra* analisado.

A não inclusão da NMF nos BIT não nos parece uma medida adequada. A mesma é considerada um princípio basilar do direito das relações económicas internacionais[39], de acordo com a qual as partes num BIT asseguram reciprocamente a não discriminação face a partes terceiras parceiras noutros BIT.

A tendência observada em BIT mais recentes de limitar a operacionalidade desta cláusula apenas para o futuro (*supra*) não nos parece colidir com a essência da mesma, sendo compatível com os princípios gerais de direito, *maxime* com o princípio da *boa fé*.

A convivência entre BIT com níveis de proteção desfasados entre si acarreta constrangimentos, dos quais são merecedores de enfase os seguintes:

1. No plano mundial, poderemos afirmar que se impõe a necessária substituição dos "velhos BIT" por BIT dotados de modernos padrões de proteção do investimento estrangeiro, sob pena de os *standards* antigos continuarem a ser invocados pelos investidores estrangeiros na arbitragem internacional pela via da NMF.

Para resolver este problema de desfasamento existem duas opções principais: a denúncia ou a revisão dos BIT.

Por seu lado, a denúncia poderá ser feita de modo unilateral ou bilateral. Sendo feita de modo unilateral, além de despir *ad futurum* os investidores estrangeiros de proteção dos seus investimentos deslocalizada (ou despolitizada) do país onde ocorre o conflito, deixa pendente, ainda, o problema da vigência do BIT relativamente aos investimentos estrangeiros feitos antes da denúncia pela via da *sunset clause*, o que leva a que os "velhos padrões" perdurem por mais 15 a 20 anos relativamente a esses investimentos[40].

Por outro lado, a denúncia bilateral, ou por consenso de ambas as Partes, tendo a virtude de permitir revogar a *sunset*, nem sempre é simples de negociar, pois acarreta uma situação de ausência de proteção dos investidores estrangeiros que muitos não desejam.

---

[38] Em março de 2021, a OCDE lançou um programa sobre o *Futuro dos Tratados de Investimento*, onde são discutidas as reformas necessárias a introduzir nos BIT para os adequar a modernos padrões de proteção do investimento internacional. Os trabalhos podem ser acompanhados num site próprio: https://www.oecd.org/investment/investment-treaties.htm

[39] Sobre as origens da consagração da NMF no comércio internacional e no investimento internacional, *vide*, *International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives,* OECD 2005, Chapter 4. Disponível aqui: https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40077165.pdf

[40] Este será o problema a enfrentar pelos Estados que denunciaram o Tratado da Carta da Energia, inconformados com os resultados da modernização da mesma.

A alternativa à denúncia poderá ser uma revisão de aspetos pontuais[41], a qual poderá não levar a resultados harmoniosos, perante o conjunto significativo de alterações necessárias.

A solução que nos parece mais eficiente seria a celebração de um novo BIT que operasse a revogação do anterior (incluindo a revogação da *sunset)*, assim se assegurando a continuidade da proteção dos investidores estrangeiros, todavia, à luz dos novos padrões de proteção. A título complementar, este novo TBI que revoga e substitui o anterior deverá incluir uma NMF aplicável *ad futurum*, de modo a evitar o contágio com TBI de velha geração.

Todavia, na medida em que a negociação de BIT é morosa e complexa, e os novos padrões de proteção de investimento nem sempre são fáceis de assimilar pelos parceiros a estes menos habituados[42], o recurso a Declarações Interpretativas (eventualmente conjuntas) as quais, prescindindo do formalismo de uma revisão dos Tratados, e que venham aclarar o sentido de certos conceitos utilizados nos BIT que se tenham tornado de uso comum[43], não nos parece ser de pôr de parte.

Ainda que a sua eficácia vinculativa seja controvertida[44], parece-nos que poderão funcionar como uma *rescue solution* ao dispor dos Estados, para travar arbitragens internacionais agressivas devido a interpretações demasiado generosas por parte dos tribunais arbitrais, *inclusive* na pendência de uma morosa negociação de um novo BIT que venha substituir o anterior.

4. CONCLUSÃO

Num mundo em mudança, em que se procuram abandonar padrões anacrónicos de proteção do investimento estrangeiro, cegos às necessidades de adaptação dos Estados aos problemas hodiernos como a transição energética, é necessário afinar a medida justa de proteção dos investidores estrangeiros sem fazer desvanecer *La raison d´être* dos BIT, evitando, numa avidez protecionista dos interesses dos Estados, minimizar os direitos dos investidores estrangeiros, a ponto de a sua proteção ser quase destituída de efeito útil.

[41] Cite-se, como, exemplo o caso da revisão do BIT entre Angola e Portugal de 2008, efetuada em 2021, texto disponível aqui: https://files.dre.pt/1s/2021/12/24400/0002100027.pdf

[42] Os países em desenvolvimento serão aqueles que terão maior resistência a normas que refiram padrões laborais, ambientais ou relativas ao desenvolvimento sustentável.

[43] Como a exigência de atividade substancial relativamente as pessoas coletivas enquanto investidor, *vide*, neste sentido, a Declaração Interpretativa assinada entre a India e as Maurícias, de 1998, disponível aqui: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6937/download 44 Sobre a *vexata quaestio* da eficácia das Declarações Interpretativas, *vide,* Lucas Clover Alcolea – "States as Masters of (Investment) Treaties: The rise of Joint Interpretative Statements", in C*hinese Journal of International Law*, Volume 22, Issue 3, September 2023, Pages 479–527. Disponível aqui: https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmad030