

REVISTA DA AGU

Volume 24, número 1, Brasília-DF, março 2025



Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA AGU

Volume 24, número 1, Brasília-DF, março 2025

revistaagu.agu.gov.br

| | | | | | | |
|----------------|----------|--------------|-------|------|----------|---------------|
| Revista da AGU | Brasília | Qualis A2 | v. 24 | n. 1 | p. 1–224 | Março 2025 |
|----------------|----------|--------------|-------|------|----------|---------------|

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG – Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo

CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.

E-mail: agu.avaliaditorial@agu.go.br

© Advocacia-Geral da União – AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

| | |
|---|--|
| Flavio José Roman | Advogado-Geral da União Substituto |
| Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda | Secretaria-Geral de Consultoria |
| Clarice Costa Calixto | Procuradora-Geral da União |
| André Augusto Dantas Motta Amaral | Consultor-Geral da União |
| Adriana Maia Venturini | Procuradora-Geral Federal |
| Heráclio Mendes de Camargo Neto | Corregedor-Geral da Advocacia da União |
| João Carlos Souto | Diretor da Escola Superior da AGU |
| Francis Christian Alves Scherer Bicca | Ouvidor da Advocacia-Geral da União |

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

| | |
|---------------------------------------|---|
| João Carlos Souto | Diretor da Escola Superior da AGU |
| Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio | Coordenador-Geral de Pós-Graduação |
| Cláudia dos Santos Vieira | Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu |
| Lohana Gregorim | Revisão de texto |
| Walbert Kuhne/Kamilla Souza | Diagramação/Capa |

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes

Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

JOÃO CARLOS SOUTO

Diretor da Escola Superior da AGU.

Doutor (*Summa Cum Laude*) e mestre pelo CEUB. Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Pós-Graduação.

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado da União.

EDITORA-ASSISTENTE

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA

Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX – Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU – Ferramenta (rede social acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO – Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR – Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Candido Mendes (UCAM). Professor visitante da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY

Pós-doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC), em História do Direito e em Literatura pela Universidade de Brasília (UnB), em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Comparado na Universidade de Boston (BU, Estados Unidos). Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

ARTUR STAMFORD DA SILVA

Pós-doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI, Chile). Doutor e mestre em Direito pela da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de graduação na Faculdade de Direito do Recife (FDR) e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos e da UFPE.

CARLA AMADO GOMES

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

Pós-doutorado pelo Center for Transnational Legal Studies (CTLS, Grã-Bretanha). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master in Science (MSc) pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (UC, Portugal). Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito da Universidade Estadual de Roraima (UERR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Pós-doutorado pela École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS, França) e pela Pace University (PACE, Estados Unidos). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor visitante integrante da diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE) da Pace University. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA e da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

JEFFERSON CARÚS GUEDES

Pós-doutorado em Teoria Literária pela Universidade De Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO

Doutor em Ciência Jurídico-Política pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Laws pela Harvard Law School (Estados Unidos). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LÊNIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor visitante da ULisboa, da Universidade Católica de Lisboa (UCP,

Portugal) e da Universidade de Coimbra (UC, Portugal).

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Pernambuco.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Pós-doutorado pela Universidade de Frankfurt (Alemanha) e pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Doutor em Direito pela Universidade de Bremen (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO

Pós-doutorado pelo Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Alemanha) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito pela PUCRS. Professora convidada da PUCRS e da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Advogada da União.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Pós-doutorado e doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unifor. Procurador do Município de Fortaleza.

MONICA TERESA COSTA SOUSA

Pós-doutorado pela Universitat de València (UV, Espanha). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia (PVEX-CAPEs, Espanha). Docente permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult) e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir). Coordenadora de Pesquisa e Pós-Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA).

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Processual da USAL.

PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Administrativo da USAL.

REGINA LINDEN RUARO

Pós-doutorado pelo Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU, Espanha). Doutora em Direito Universidad Complutense de Madrid (UCM, Espanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora titular da PUCRS. Professora visitante da Universidad (CEU, Espanha).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE

Pós-doutorado pelo King's College London (Grã-Bretanha), pela New York University (NYU, Estados Unidos) e pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

PARECERISTAS

ALEXANDER MARQUES SILVA

Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Pós-graduando em Direito Constitucional e Administrativo pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Minas Gerais Educação (MGE). Professor de pós-graduação no Instituto Federal do Sul de Minas (IFSULDEMINAS), na Unileya e na PUC-Minas.

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI

Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora do Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Professor no Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO).

DEILTON RIBEIRO BRASIL

Pós-doutorado em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália), em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e em Democracia e Direitos Humanos junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro (UGF). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton (MG). Especialista em Direito Público e em Direito Civil pela Universidade Presidente Antônio

Carlos. Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Professor licenciado da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor da graduação e da pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT) e da Faculdade Santo Agostinho (FASASETE/AFYA).

ELISA DE SOUSA RIBEIRO

Doutora e mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas da Universidade de Brasília (CEPPAC/UnB). Mestre em Direito Internacional e Relações Exteriores e Internacionais pelo Instituto Europeu Campus Stellae (Espanha). Especialista em Relações Internacionais e em Direito Internacional pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Pesquisadora visitante no Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI).

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Pós-doutorado pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha), Kent Law School (Inglaterra) e Weizenbaum Institute for Connected Society and Humboldt University of Berlin (Alemanha). Doutor em Direito Internacional Magna Cum Laude pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Master in Laws (LL.M.) pela Università degli Studi di Torino (Itália). Especialista em Direito do Comércio Internacional pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Bacharel em Direito pela USP, com período de intercâmbio na Eberhard-Karls-Universität Tübingen (Alemanha). Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Inovação Tecnológica da UFMG.

FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS

Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pós-graduado em Direito Processual e Direito Constitucional pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação e pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Graduado em Direito pela

Fundação Educacional Jayme de Altavila (FEJAL).
Professor na Universidade Plesbiterina Mackenzie.
Juiz Auxiliar no Superior Tribunal Militar.

HELENA KUGEL LAZZARIN

Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinós). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professora da Escola de Direito da PUCRS. Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. Acadêmica Titular da Cadeira 15 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

ICARO DEMARCHI ARAUJO LEITE

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna (Itália). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Direito pela USP. Professor Titular de Direito e Relações Internacionais na Faculdade Ibmec (São Paulo). Professor de Pós-Graduação no Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES).

IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO

Doutora em Ciências Jurídico Cívicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Ciências Jurídico Políticas pela FDUL. Especialista em Ciências Jurídicas Urbanísticas pela FDUL. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Docente da Afya Faculdade de Ciências Médicas de Palmas (Tocantins). Pró-reitora de graduação do Centro Universitário UNINOVAFAPI – Afya (Teresina, Piauí).

JALUSA PRESTES ABAIDE

Pós-doutorado em Direito pela Universitè du Saint Esprit de KASLIK/Lb. Doutora em Filosofia Jurídica Moral y Política pela Universitat de Barcelona. Mestrado em Ciências Políticas e Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora e Líder GP/CNPq-LEIn (Laboratório de Estudos Internacionais) e do

GP/CNPq-NEJURP (grupo pesquisa sobre Bens Naturais de Interesse Público).

KLEVER PAULO LEAL FILPO

Doutor em Direito na Universidade Gama Filho (UGF). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Participa como Ministrante do convênio institucional firmado entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD-UCP) e a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (Argentina).

LUIS CARLOS ZUCATTO

Doutor em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Administração pela UFRGS. Especialista em Logística e Gestão de Custos pela SETREM. Graduado em Administração pela Faculdade Três de Maio (SETREM). Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e Professor dos Programas de Pós-Graduação em Gestão de Organizações Públicas e de Pós-Graduação em Administração Pública da UFSM. Coordenador do Curso de Bacharelado em Administração na UFSM.

LUIZ FABRICIO THAUMATURGO VERGUEIRO

Pós-doutorado em modelagem de sistemas complexos pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (USP). Visiting fellowship em Defesa e Segurança Hemisférica pelo Colégio Interamericano de Defesa. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito pela Universidade Bandeirante de São Paulo (Uniban). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado da União.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Bacharel em Ciências Econômicas pela UnB. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU).

**RENATO DE ALMEIDA OLIVEIRA
MUÇOUÇAH**

Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA/CAPES). Doutor e mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/Franca). Professor Adjunto IV do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharel em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). Docente nos cursos de graduação EAD no Centro Universitário Unifacvest.

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-doutorado em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor na Faculdade de Direito UFBA.

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

Pós-doutorando em Direito e Inteligência Artificial pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil/Curitiba). Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha) e em Direito e Administração Pública pelo IBE (Ponta Grossa). Graduado em Inteligência Artificial Aplicada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor de Direito e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Graduado em Direito Público e em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Graduado em Direito pela UNICAP. Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Professor Adjunto IV da UNICAP. Magistrado, atualmente atuando como Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6) de Pernambuco.

VIVIANE GRASSI

Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestra em Direito pela

AUTORES

CAIO CASTELLIANO DE VASCONCELOS

Doutor e mestre em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Foi Visiting Scholar na Universidade de Colúmbia, em Nova York (EUA). Professor do Programa de Pós-Graduação Profissional em Administração Pública da Universidade de Brasília (PGAP/UnB). Professor do Mestrado em Administração Pública na Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE/FGV). Professor da Pós-Graduação em Advocacia Pública na Escola Superior da AGU (ESAGU). Advogado da União.

CARLOS ANDRÉ CORRÊA DE MATTOS

Doutor em Ciências Agrárias pela Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA). Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté (Unitau). MBA em Gestão Empresarial e Gerenciamento de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Administração pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA) em exercício na Faculdade de Administração (FAAD) e nos Mestrados em Administração (PPGAD) e Contabilidade (PPGC).

CÁSSIO MONTEIRO RODRIGUES

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor convidado pela UERJ e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

CLÁUDIO MACEDO DE SOUZA

Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Ciências Penais pela UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Santa Catarina (UFSC). Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direito Penal Internacional (GDPI/CNPq) na UFSC.

HAIDE MARIA HUPFFE

Pós-doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora e mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos e bacharel em Direito pela Unisinos. Bacharel em Ciências Contábeis pela Fundação Machado de Assis agregada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenadora substituta do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. Docente e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Química Aplicada (Unicentro) e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento (CNPq/Feevale).

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Engenharia Civil pela PUC-Rio. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá (UNIC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e em Engenharia Civil pela UFMT. Professor Adjunto da Graduação e do Programa de Mestrado

da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor convidado dos cursos de especialização da PUC-SP.

INGRID DOS SANTOS WASEM

Mestranda em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Uniamérica e em Direito Previdenciário e Trabalhista pela Faculdade Uniamérica.

JAMYLLÉ HANNA MANSUR

Mestre em Administração pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Compliance Público-Privado, Integridade Corporativa e Repressão à Corrupção pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS) e Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Assessora Técnica Especializada do Ministério Público do Estado do Pará (MPPA).

KAIQUE RUAN REZENDE SANTOS

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharel em Direito pela FDSM. Graduado em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

MARCOS POERSCH ZANOVELLO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CAPES/PROEX. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Compliance pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IDPEE/IBCCRIM). Bacharel em Direito pela UFSC.

MATHEUS DE ANDRADE BRANCO

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Univali. Bacharel em Direito pela Univali. Professor titular de Direito da Univali.

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ

Pós-doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma – La Sapienza. Mestre em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Diretora Acadêmica da Associação Paranaense de Direito Economia (ADEPAR). Professora da FAE Centro Universitário.

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Pós-doutorado pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e Delaware Law School. Doutor em Ciência Jurídica pela Univali. Dupla titulação de doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Preparação à Magistratura Federal pela Univali e em Direito e Gestão Judiciária pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-Graduação da Univali. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito em Santa Catarina.

POLLYANA MARIA DA SILVA

Pós-doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Univali e Centro Universitário da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE).

THIAGO DE FREITAS BENEVENUTO

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Prática Processual nos Tribunais e em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado da União.

VICTOR V. CARNEIRO DE ALBUQUERQUE

Doutorando em Direito e mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-graduado em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador Federal.

VINICIUS LOUREIRO DA MOTA SILVEIRA

MBA em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Uniderp e em Advocacia Pública pela Escola Superior da AGU (ESAGU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador Federal.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 15

ARTIGOS

- Impactos da lei da liberdade econômica sobre os contratos de economia compartilhada
Impacts of the economic freedom law on shared economy contracts
Cássio Monteiro Rodrigues 17
- A tecnologia CRISPR na produção agrícola e o direito à informação sobre potenciais riscos
CRISPR technology in agricultural production and the right to information about potential risks
Ingrid dos Santos Wasem
Haide Maria Hupffe..... 45
- Transparência pública e a influência no controle social: uma pesquisa com agentes públicos
Public transparency and influence on social control: a survey with public agents
Jamyllé Hanna Mansur
Carlos André Corrêa de Mattos 73
- O paradigma do risco e a expansão do direito penal: horizontes possíveis
The risk paradigm and the expansion of criminal law: possible horizons
Kaique Ruan Rezende Santos
Hamilton da Cunha Iribure Júnior..... 99
- Da política criminal internacional anticorrupção ao Acordo 167 do Mercosul: possibilidades de enfrentamento à corrupção nas transações comerciais do bloco sul-americano
From anti-corruption international criminal policy to Mercosur Agreement 167: possibilities of confronting bribery in commercial transactions in the south american bloc
Cláudio Macedo de Souza
Marcos Poersch Zanovello..... 125
- Maternidade e trabalho: mapeamento dos instrumentos internacionais no âmbito da organização internacional do trabalho e a correlação com os objetivos do desenvolvimento sustentável
Maternity and labor: mapping international instruments within the context of the international labor organization and the correlation with the sustainable development goals
Miriam Olivia Knopik Ferraz..... 153

| | |
|--|-----|
| Inteligência artificial e vieses morais na tomada de decisão <i>Artificial intelligence and moral bias in decision making</i> Orlando Luiz Zanon Junior Mathheus de Andrade Branco Pollyana Maria da Silva..... | 175 |
| As rodadas de licitações dos volumes excedentes da cessão onerosa e os testes judiciais de sua sustentabilidade jurídica <i>The transfer of rights surplus bidding rounds and the judicial tests of its legal sustainability</i> Thiago de Freitas Benevenuto..... | 199 |
| Notas preliminares sobre os smart contracts <i>Preliminary remarks on smart contracts</i> Victor V. Carneiro de Albuquerque | 225 |
| Boas práticas na gestão de equipes judiciais desterritorializadas na AGU <i>Good practices in the management of deterritorialized judicial teams at AGU</i> Vinicius Loureiro da Mota Silveira Caio Castelliano de Vasconcelos..... | 245 |

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de novo número da Revista da AGU, composto por dez artigos que tratam de assuntos atuais e de elevado interesse para os estudiosos da Advocacia Pública e do Direito Público. Todos os trabalhos selecionados foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as normas editoriais adotadas pelo periódico.

No primeiro deles, Cássio Rodrigues investiga os impactos da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) sobre a interpretação e revisão dos contratos, com foco na necessidade de tutelar adequadamente as partes vulneráveis em contratos de economia compartilhada.

Na sequência, Ingrid Wasem e Haide Hupffer defendem o estabelecimento de diretrizes regulatórias, bem como a necessidade de fomentar a responsabilidade ética dos pesquisadores, a fim de promover o uso seguro e sustentável, na atividade de produção de alimentos, da tecnologia de sistemas de repetições palindrômicas curtas regularmente interespaçadas (CRISPR).

Com apoio em dados obtidos a partir de survey e tratados com técnicas de estatística descritiva, correlacional e multivariada, Janylle Mansur e Carlos André Mattos sustentam que a transparência das informações governamentais exerce influência positiva e significativa na percepção do controle social e na participação cidadã dos agentes públicos do Estado do Pará.

Partindo da concepção de sociedade de risco desenvolvida por Ulrich Beck, os juristas Kaique Ruan e Hamilton Iribure Júnior abordam o fenômeno da expansão do Direito Penal, que busca oferecer respostas a problemas sociais de violência e criminalidade em sociedades complexas, as quais devem observar os princípios basilares de um sistema penal democrático.

O trabalho de Cláudio Souza e Marcos Zanovello tem por objeto o Acordo 167 do Mercosul, que versa sobre a prevenção e luta contra a corrupção no comércio e nos investimentos internacionais. No entendimento dos autores, as diretrizes veiculadas nesse ato devem orientar o estabelecimento de uma base normativa comum aos membros do Mercosul sobre o tema, sem desconsiderar, entretanto, as especificidades de cada país.

Após mapear os instrumentos da Organização Internacional do Trabalho relacionados à maternidade, Miriam Ferraz conclui que os *standards*

mínimos estabelecidos por esse organismo internacional sobre a matéria podem ser ampliados e potencializados com o auxílio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estipulados pela Organização das Nações Unidas.

Em estudo sobre a incorporação de vieses cognitivos por modelos de inteligência artificial, Orlando Zanon, Matheus Branco e Pollyana Silva argumentam que o empreendimento decisório conduzido por máquinas também apresenta a tendência de ser influenciado por heurísticas e vieses, ao menos enquanto a base de dados sobre a qual recai o aprendizado de máquina possa contemplar elementos enviesados.

Thiago Benevenuto explora os desafios jurídicos enfrentados pela Advocacia-Geral da União nas duas primeiras Rodadas de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa, que correspondem a dois relevantes e complexos leilões realizados pelo Governo Federal no setor de petróleo e gás natural.

Victor Albuquerque avalia a adequação das normas do direito contratual tradicional para a regulação dos *smart contracts*, em especial quanto à disciplina sobre o momento de formação desses negócios jurídicos e as consequências decorrentes de eventual ilegalidade de seu objeto.

Por fim, Vinícius Silveira e Caio Castelliano apresentam os resultados de análise de conteúdo realizada a partir de questionários respondidos por gestores da Advocacia-Geral da União, em trabalho que pretende contribuir para o aprimoramento da gestão das equipes desterritorializadas da instituição.

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os artigos científicos ora descritos por meio de consulta à Revista da AGU eletrônica, disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/>.

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da AGU

IMPACTOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA SOBRE OS CONTRATOS DE ECONOMIA COMPARTILHADA

IMPACTS OF THE ECONOMIC FREEDOM LAW ON SHARED ECONOMY CONTRACTS

Cássio Monteiro Rodrigues¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Impactos da Lei da Liberdade Econômica na teoria da interpretação e revisão dos contratos. 2. O modelo negocial da *sharing economy*. 3. Desafios à excepcionalidade da revisão judicial e ao controle de cláusulas abusivas na economia de compartilhamento. Conclusão. Referências.

¹ Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor convidado pela UERJ e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

RESUMO: O artigo investiga os impactos da Lei da Liberdade Econômica na interpretação e revisão dos contratos, em especial aqueles oriundos das alterações legislativas instituídas nos artigos 421 e 421-A do Código Civil. Para tanto, será feita breve análise das razões que culminaram na promulgação da lei e da influência do mercado e da livre iniciativa na atividade hermenêutica, em contrapartida ao princípio da solidariedade e aos (já não tão) novos princípios contratuais. Posteriormente, avaliam-se as inovações da reforma legislativa para fins de interpretação e de revisão contratual, que podem ser definidas pelos contratantes. Por fim, estuda-se como tais parâmetros, agora legais, influenciarão na atividade do intérprete e na tutela do aderente, para fins de interpretação e revisão dos contratos de adesão dotados de cláusulas abusivas, adotando-se, como objeto de análise, os contratos de economia compartilhada, notadamente mais afetados pelas “leis de mercado” e em evolução constante devido ao avanço tecnológico, na busca de identificar a possibilidade de utilização dos remédios da tutela contratual do aderente para solucionar problemas decorrentes da execução de tais contratos, desde que sistematicamente coerentes e adequados à axiologia do ordenamento e aos interesses concretos das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da Liberdade Econômica. Vulnerabilidade. Novas tecnologias. Contratos de adesão. Interpretação e revisão contratual.

ABSTRACT: This article will seek to address the impacts of the Economic Freedom Law on the interpretation and review of contracts, especially those arising from the legislative changes established in articles 421 and 421-A of the Civil Code. To this end, it will briefly analyze the reasons that culminated in the promulgation of the law and the influence of the market and free initiative on hermeneutic activity, in contrast to the principle of solidarity and the (no longer so) new contractual principles. Subsequently, it will evaluate the innovations of the legislative reform for the purposes of interpreting and reviewing the contractual clauses that can be defined by the contractors. Finally, it will be concerned with studying how such parameters, now legal, will influence the activity of the interpreter and the protection of the member for the purposes of interpreting and reviewing membership contracts with abusive clauses, adopting, as an object of analysis, shared economy contracts, notably more affected by “market laws” and in constant evolution due to technological advances, in the search to identify the possibility of using the contractual protection remedies of the member to solve problems arising from the execution of such contracts, as long as they are systematically coherent and appropriate to the axiology of the order and the concrete interests of the parties.

KEYWORDS: Economic Freedom Act. Vulnerability. New technologies. Adhesion contracts. Contract interpretation and review.

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, muito já foi debatido sobre as inovações e a reforma promovidas no Código Civil pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (instituída pela Lei n. 13.874/2019 – “LLE”), principalmente em matéria contratual, seara na qual a reforma revelou enorme descompasso com o estado da técnica jurídica existente até o seu advento.

Com um viés liberal e tendo a liberdade de contratar como o foco central dessa iniciativa legislativa, a reforma se baseou na narrativa política de que haveria um cenário (inverídico) de ataque à autonomia privada, que precisava de resposta rápida a fim de garantir as liberdades de iniciativa e de concorrer do cidadão, apesar de tais direitos já constarem do rol constitucional desde 1988, como liberdade fundamental e fundamento da ordem econômica brasileira (Tomasevicius Filho, 2024).

O aspecto teleológico da LLE notadamente tem uma parcela que decorre da tensão existente entre o mercado, a atividade econômica em si e o direito, fruto da intensa polarização política enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, na qual pautas progressistas e sociais foram vistas como violadoras da liberdade de contratar e empreender, com muitos setores da sociedade clamando por uma menor intervenção estatal e desburocratização das instituições.

Esse “avanço” do mercado sobre o direito, aliado a pressões sociais de determinados grupos, resultou na referida Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com alterações no ordenamento jurídico muito criticadas pela civilística atual, principalmente no tocante às disposições referentes à interpretação e revisão contratual, eis que fundadas em falso pretexto de ameaça à liberdade privada, inclusive pontuando que, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual,² em contramão ao avanço alcançado pela doutrina contratual até aqui e aos valores da tábua axiológica do ordenamento (Tepedino, 2008, p. 155).

Diante desse cenário, o presente artigo buscará analisar os impactos das alterações introduzidas pela LLE na atividade de interpretação e revisão contratual, em especial no tocante à tutela do contratante vulnerável, tomando como objeto as contratações de sharing economy e diversas vulnerabilidades dos usuários que podem surgir, em especial em face dos “Termos de uso e condições” das plataformas de compartilhamento, a fim de confirmar que as novas disposições oriundas da LLE a guiar o intérprete em matéria de controle

² “A redação é, no mínimo, infeliz. Inexiste um princípio da intervenção mínima que possa ser consagrado no Código Civil como lei ordinária” (Schreiber, 2019, p. 259).

de validade e abusividade contratual deverão ser vistas com cautela, e nunca aplicadas de forma estanque, separada das demais disposições e princípios do ordenamento, mas sim de maneira unitária na seleção de interesses relevantes merecedores de tutela, sempre em atenção às circunstâncias do caso e à vulnerabilidade concreta dos contratantes.

1. IMPACTOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS

A preocupação com uma “proteção” à liberdade privada parece ter sido o mote da promulgação da LLE, com o discurso de que ela estaria sob risco, não apenas no âmbito do direito civil brasileiro, para, então, efetivar alterações legislativas voltadas à garantia e preservação da autonomia privada e da liberdade de concorrer, mesmo que elas nunca estivessem ameaçadas. Alvo de diversas críticas, a LLE, principalmente, pecou ao escolher adotar a técnica legislativa de enunciação de conceitos pela lei, tarefa que, há muito, entende-se caber à doutrina civilista (Pereira, 2012, p. 71), além de positivar situações já consagradas e que não ensejam problemas hermenêuticos à atividade do julgador.

Tome-se, como exemplo, a disposição do art. 49-A do Código Civil, ao apontar que a “pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”, positivando a conhecida separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus sócios, ou mesmo a previsão do art. 113, § 2º, do Código Civil, que afirma o óbvio, o fato de que as partes, em respeito à legalidade, podem pactuar livremente o que quiserem, inclusive critérios de interpretação do negócio jurídico realizado, apesar de a cultura jurídica brasileira, há muito, considerar válidas tais disposições (Rodrigues Junior; Leonardo, 2024).

Tais afirmações, agora legais, apenas servem para incitar debates onde o esforço das instituições não deveria estar, como conflitos temporais de validade de cláusulas contratuais para esse fim.

De início, cumpre lembrar que eventuais imprecisões e conflitos que as alterações da LLE possam suscitar em matéria de interpretação e revisão contratual não devem ser analisados e resolvidos apenas com a aplicação do Código Civil.

O intérprete possui, como se tem defendido, mecanismo metodológico que permite, por meio do raciocínio sistemático e em respeito à axiologia valorativa do ordenamento,³ contornar inconsistências e problemas trazidos

3 “As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e princípios constitucionais são normas” (Perlingieri, 2008, p. 580).

pela reforma da LLE para preservar a coerência entre os institutos jurídicos, o processo de constitucionalização do direito civil (e contratual) e a realização dos interesses socialmente relevantes confrontados no caso concreto.

Não à toa, um dos principais alvos da reforma da LLE foi a pauta solidarista e a nova principiologia que guia o direito contratual brasileiro nos últimos anos, que permite a correta confrontação dos interesses em jogo para adequada solução do caso concreto, seja pela invalidade, declaração de abusividade ou revisão contratual, sobrepujando o clássico preceito do *pacta sunt servanda*, tido como ameaça à autonomia e liberdade privadas, quando, na realidade, representa o oposto. Os “novos” princípios contratuais não devem ser lidos, na legalidade constitucional, como inimigos da liberdade econômica ou de iniciativa dos cidadãos, muito menos representam ingerência indevida do Estado nas relações privadas.⁴

Ao contrário, entende-se, hoje, que liberdade e solidariedade são valores que atuam com o mesmo grau de intensidade na promoção do valor maior do ordenamento brasileiro, a dignidade humana, correspondendo a manifestações desta (Bodin de Moraes, 2010), sendo certo que a solidariedade no direito contratual atua como valor de redução de injustiças e de tutela de contratantes vulneráveis, em verdadeira promoção de uma liberdade contratual substancial (Fachin, 2015, p. 49).

Não se discute a relevância e importância do mercado⁵ na construção de comportamentos, instituições e, conseqüentemente, de normas jurídicas. Como instituição social produtora de regras próprias, sua influência na formação de preços, organização de setores da sociedade e até mesmo na atividade hermenêutica do Judiciário, que pode se valer de usos e costumes mercantis, por exemplo, para solução de disputas jurídicas, é inegável.

O que se critica aqui com a promulgação da LLE é a “invasão” feita por valores do mercado, principalmente em matéria contratual, sobre o campo da solidariedade (Perlingieri, 2008, p. 517),⁶ com o falso pretexto de conformação e proteção da livre iniciativa e da autonomia privada, papéis já realizados pela solidariedade constitucional. Cabe ao direito exercer o

4 “(...) buscou reger a atuação estatal recorrendo à imposição de níveis de intervenção mais racionais e eficientes que os praticados, até então, pelo Estado brasileiro enquanto agente ordenador e regulador da atividade econômica” (Loureiro, 2019, p. 97).

5 “(...) mercado como garantia ou negação da liberdade, lugar dos méritos pessoais ou ocasiões de sorte e de risco, fator de subjetividade ou de homologação, rede de cooperação ou arena conflitual. (...), o desenvolvimento histórico do mercado (...) colocou em evidência a progressiva necessidade de direção ética jurídica da vida econômica”; o mercado como “eticamente neutro” relega a “dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis (...) o mercado se configura com um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo” (Perlingieri, 2008, p. 500-503).

6 Vide, também: “O princípio da solidariedade não designa, mas funda-se em um dever. A atitude solidária conecta-se com o respeito à diferença, pelo qual a pessoa humana apreende que o outro também pertence ao mundo. O pressuposto da solidariedade é a interdependência humana. O princípio da solidariedade, ao expressar responsabilidade para com o outro, independentemente de reciprocidade, fundamenta-se na ideia de que ‘Je suis responsable d’une responsabilité totale qui réponde de tous les autres et de tout chez les autres, même de leur responsabilité’” (Bodin de Moraes, 2008).

papel de limitação e correção do mercado,⁷ principalmente pela atividade do intérprete, para efetivo afastamento ou controle da “*lex mercatoria*”,⁸ a fim de preservar liberdades e capacidades já concedidas pelo ordenamento.

Fato é que a reforma da LLE (equivocadamente) buscou resgatar uma autonomia privada supostamente restringida pelos princípios contratuais derivados da solidariedade social, notadamente os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual.

Para além das novas regras interpretativas dos contratos introduzidas no art. 113 do Código Civil, que não podem, jamais, afastar a incidência da boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato, de aplicação difícil e controversa, além de, muitas das vezes, retórica pelos Tribunais (Konder, 2017), foi “remodelado” para fazer constar da redação do art. 421 do Código Civil que a liberdade contratual não será exercida “em razão” da sua função social, mas apenas no seu limite, pois a ideia de que interesses estranhos aos dos contratantes pudessem impactar a interpretação e realização do programa contratual – bem como sua eventual revisão – violaria a liberdade de contratar dos indivíduos, o que não procede (Rentería, 2006, p. 305), eis que o desenvolvimento histórico desse princípio reflete sua relevância como critério hermenêutico e interpretativo dos contratos, a demandar a observância do interesse social como limite da liberdade de contratar, atrelando liberdade à responsabilidade.

No tocante à revisão dos contratos e ao princípio do equilíbrio contratual, a reforma da LLE permite que as partes estabeleçam “parâmetros objetivos”⁹ para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. Isso se deu, quase que exclusivamente, pelo receio de uma intervenção ampla estatal nos negócios particulares, que possibilitasse a utilização de fatores externos, de cunho valorativo e solidarista, pelo Judiciário ou Executivo, a fim de revisar as condições originais contratadas pelas partes ou até mesmo resolver o contrato, tanto que se fez constar do

7 “A sociedade não se pode reduzir somente ao mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem: entre mercado e direito não há um antes ou um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica” (Perlingieri, 2008, p. 506-507).

8 “O bom direito não se coloca ao exclusivo ou prevalecente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade (...). O bom direito é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em privilégios, mas, ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundir-lhes generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo” (Perlingieri, 2008, p. 509-511); Vide, também, “(...) ainda, que a Lei da Liberdade Econômica abertamente tenha buscado assegurar liberdades concretas em favor dos seus destinatários – os agentes econômicos –, não se pode olvidar que: (a) o exercício da livre iniciativa não pode sacrificar direitos fundamentais historicamente conquistados, (b) a defesa do Estado Mínimo, no Brasil, é insustentável enquanto viger a Constituição” (Catalan, 2020, p. 1.460).

9 “O inciso I do art. 421-A, apresenta um problema inicial quanto à ausência de acordo semântico sobre o sentido e o alcance da expressão “parâmetros objetivos”. Para além disso, a norma atribui às partes o poder jurídico de fixar os tais parâmetros para a interpretação das cláusulas negociais, dos pressupostos de revisão e dos pressupostos de resolução do contrato” (Lukascheck Prado; Rodrigues Jr.; Leonardo, 2019, p. 241).

art. 421 do Código Civil o “princípio” do intervencionismo mínimo e da excepcionalidade da revisão contratual (Schreiber, 2024).

Apesar de o novo art. 421 do Código Civil não ter motivos para impedir a atuação do intérprete na revisão dos contratos, quando muito, a reforma andou mal ao adotar tais premissas,¹⁰ que poderão servir de argumento (equivocado) para que o julgador indeferira pedidos legítimos de revisão contratual (Souza; Silva, 2020).

Deve-se rechaçar uma visão de que a intervenção judicial nos contratos ameaça a autonomia privada (Tepedino, 2019), até porque, historicamente, o julgador brasileiro sempre respeitou os contratos nos termos em que foram firmados, e eventual revisão para fins de adequação das cláusulas contratuais aos valores do ordenamento não pode ser sinônimo de retrocesso, sendo certo que a doutrina contemporânea defende a ampliação das hipóteses de revisão contratual, mesmo que judicial, como mecanismo de proteção das partes e promoção do programa contratual (Silva, 2018).

Esse cenário de incerteza e inovação legislativa não deve, contudo, constituir óbice à tutela desses contratantes pelo intérprete, sempre na medida de sua concreta vulnerabilidade.¹¹ Ao contrário, é justamente em contextos nos quais faltam ainda instrumentos adequados ao tratamento jurídico do fenômeno socioeconômico que a hermenêutica civil-constitucional demonstra seu potencial com maior força (Bodin de Moraes, 2012).

Partindo de uma perspectiva sistemática do ordenamento e munida dos valores que conferem a este último sua unidade formal e material,¹² a metodologia civil-constitucional pode orientar o intérprete nos setores que o trabalho legislativo ainda não logrou apreender, tal como o dos contratos de economia compartilhada, a partir da aplicação de normas e institutos voltados a relações contratuais análogas, determinada pelo tipo de tutela demandada em virtude da concreta vulnerabilidade de cada contratante, sopesados com os parâmetros de interpretação e revisão contratual estabelecidos pelo ordenamento e também pelas partes. Cabe analisar, então, em que medida os parâmetros inseridos pela LLE no ordenamento podem auxiliar o intérprete a conferir uma adequada tutela das partes vulneráveis em contratos de economia compartilhada.

10 “A nova regra prevê uma dupla restrição à revisão contratual: (a) quanto às hipóteses de abrangência, a revisão deve ser sempre excepcional; (b) quanto à amplitude, a revisão há de ser limitada, o que implica garantir ao máximo a conservação do conteúdo contratual, originalmente pactuado pelos contraentes. O inciso III do art. 421-A, rigorosamente, funda-se em lição da doutrina e até dispensaria incorporação ao texto de lei. As hipóteses legais de revisão contratual continuam previstas, sem alterações, nos art. 317 e 478-480 do Código Civil. O novo inciso III ocupa-se de tema sobre o qual há vasta literatura no Direito Civil brasileiro. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de há muito, têm atuado no sentido de definir os contornos da revisão, notadamente no que diz respeito aos diversos modelos de aplicação” (Lukascheck Prado; Rodrigues Jr.; Leonardo, 2019, p. 241).

11 Sobre as muitas acepções atuais da noção de vulnerabilidade, inclusive a de vulnerabilidade patrimonial (que predomina em matéria contratual), cf. Konder, 2015.

12 Na síntese de Pietro Perlingieri (2010, p. 322), “*L'unitarietà dell'ordinamento postula una metodologia unitaria [...] La ricerca-interpretazione della normativa da applicare al caso concreto è attività che coinvolge sempre l'intero sistema normativo*”.

2. O MODELO NEGOCIAL DA *SHARING ECONOMY*

Na edição de 17 de março de 2011, a revista *Time* incluiu a prática do compartilhamento na sua lista das *10 ideias que iriam mudar o mundo*. Quase uma década depois, ao que tudo indica, a previsão não errou. Nos últimos anos, o modelo negocial do *consumo compartilhado*¹³ tem observado um crescimento exponencial desse mercado específico, muito impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico, que permite a progressiva difusão de aplicações para dispositivos eletrônicos, oferecendo essa modalidade de contratação. Os contratos de economia de compartilhamento afirmam-se, assim, no cenário global como modelo atraente de organização da atividade produtiva e de troca de bens e serviços, transformando a estrutura do mercado, a forma de acesso e circulação de bens, de prestação de serviços e do seu compartilhamento (Busch, 2016, p. 3).¹⁴

As plataformas de compartilhamento e sua inovadora forma de contratação ganham espaço nos mais variados setores econômicos, tais como lazer, transporte de pessoas ou de carga, locação de bens, habitação etc., desafiando paradigmas conhecidos da teoria geral dos contratos, a começar por seu modelo plurilateral (normalmente triangular), no qual deveres distintos emergem para um mesmo centro de interesses a depender da posição por ele ocupada em relação aos demais nessa relação.

Dos diversos problemas jurídicos que podem exsurgir dessa inexplorada forma de contratação, merecem particular destaque as dificuldades de tutela do usuário vulnerável frente aos demais sujeitos da relação contratual. E não apenas o usuário-consumidor pode demandar mecanismos particulares de tutela: também o usuário-fornecedor pode se encontrar em uma situação de disparidade na relação contratual. Eventualmente, aliás, esses dois agentes podem compartilhar entre si a mesma vulnerabilidade (em situações que

13 Segundo Caroline Meller-Hannich (2016, p. 19), a “economia compartilhada estabelece uma nova relação entre os atores econômicos. No início, compartilhar era conhecer novas pessoas, conectar-se, economizar recursos devido a aspectos sociais e sentimentais. O consumo colaborativo ideal está agora expandindo oportunidades pessoais, melhorando a qualidade dos bens e serviços ofertados, reduzindo custos transacionais e aumentando a autonomia”. No mesmo sentido, para Juliet Schor (2017, p. 23), “enquanto muitas das plataformas de maior destaque na economia do compartilhamento começaram nos Estados Unidos, o compartilhamento se tornou um fenômeno global, tanto por conta da expansão de plataformas para outros países, quanto porque a ideia de compartilhar foi recepcionada ao redor do mundo. Plataformas estão se proliferando na Europa, onde cidades estão se tornando centros de práticas de compartilhamento. Paris, por exemplo, se tornou lar anual da festa ‘OuiShare’. O mundo árabe tem uma série de novas inovações de compartilhamento. Ano passado, o governo do Equador lançou o Buen Conocer, uma iniciativa para reimaginar radicalmente o país, de acordo com princípios de compartilhamento – redes abertas, produção aberta, e uma economia dos comuns. Enquanto as políticas desses vários esforços variam ao redor do mundo, o que é comum a elas é o desejo dos participantes de criar sociedades conectadas mais justas, mais sustentáveis, e mais conectadas socialmente”.

14 No mesmo sentido, vide Meller-Hannich, 2014. No direito brasileiro, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2015) destacam que, nesse novo modelo negocial, “a prestação de serviços ou a oferta de bens podem ser realizadas por intermédio de uma plataforma digital, por pessoas que não atuam necessariamente como profissionais, nem se organizam sob a forma empresarial”. Já Carlos Afonso Pereira Souza e Ronaldo Lemos (2016, p. 1760) destacam que “o acesso gerado aos bens e aos serviços na economia do compartilhamento cria as condições para o desenvolvimento de um fenômeno denominado ‘consumo colaborativo’, que privilegia justamente o acesso em detrimento da aquisição de propriedade sobre os bens que não serão explorados em todo o seu potencial”.

envolvem, por exemplo, o uso dos dados pessoais de ambos pela plataforma) – e, em qualquer caso, devem encontrar uma resposta adequada do ordenamento aos problemas concretos da relação negocial firmada.

Tão vertiginoso foi o crescimento do setor da economia compartilhada nos últimos anos que a dogmática jurídica ainda não foi capaz de aquilatar seu conceito (desconhecido, em larga medida, até mesmo pelos próprios agentes de mercado que dela se utilizam).¹⁵

Muito menos existe consenso doutrinário com relação à produção de seus efeitos perante os contratantes, o que dificulta sobremaneira a correta qualificação jurídica desse modelo negocial e sua adequação às estruturas normativas contratuais existentes. Em linhas gerais, observa-se que os contratos de *sharing economy* traduzem um novo momento econômico, em que a lógica proprietária é substituída por novas formas de aproveitamento, mais racionais e eficientes, dos bens jurídicos, que garantem o acesso às utilidades por eles proporcionadas independentemente da aquisição da titularidade de direitos sobre eles.¹⁶

O ponto de partida para a configuração dessa estrutura relacional é o surgimento da *plataforma de compartilhamento*,¹⁷ termo que costuma designar não apenas o aplicativo eletrônico, mas também a entidade responsável por o operar. A plataforma costuma ser detentora da tecnologia da informação que permite conectar os demais agentes que serão integrados à relação, sendo

15 Dennis Verbicaro e Nicolas Malcher Pedrosa (2017, p. 462) afirmam que “entende-se a economia de compartilhamento como um fenômeno que promove o compartilhamento de bens e serviços, que se encontram subutilizados ou ociosos, por meio de canais digitais que conectam consumidores que se propõem a compartilhar seus bens com base na confiança”. Nesse sentido, Rafael A. F. Zanatta (2017, p. 79-106) aduz que “Para solucionar tal impasse, existente há quase dez anos, o ensaio defende a utilização da expressão *economias do compartilhamento*, aqui definida em termos amplos como sistemas socioeconômicos mediados por tecnologias de informação direcionados ao compartilhamento de recursos para fins de consumo ou de produção. O conceito de *economias do compartilhamento* é abrangente o suficiente para incluir sistemas de utilização de recursos ociosos para consumo”; por sua vez, Juliet Schor (2017, p. 24) chega a afirmar que “Criar uma definição sólida de economia do compartilhamento, que reflita o uso comum, é praticamente impossível”.

16 Nesse sentido, afirma-se mesmo que a *sharing economy* (ou consumo colaborativo) “concebe novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio individual, mas no uso em comum — por várias pessoas interessadas — das utilidades oferecidas por um mesmo bem” (Marques; Miragem, 2015). Cláudia Lima Marques (2017) também destaca o papel da tutela da confiança no cerne da definição do “sistema negocial de consumo” da economia de compartilhamento e afirma que esses contratos são “relações de confiança”. Nas palavras de Carlos Afonso Pereira Souza e Ronaldo Lemos (2016, p. 1758 e 1764-1765), a economia de compartilhamento representa “uma nova etapa no processo de desenvolvimento econômico, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa [...], por um momento em que o mercado, [...] passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços” — um modelo que, devido ao fato de promover o uso e acesso eficiente aos bens, “atende às demandas relativas à sua função social [...], o uso da tecnologia da informação aperfeiçoa a prática da transparência nas relações contratuais, promovendo um fortalecimento dos ditames da boa-fé objetiva”.

17 “*Rispetto ai tradizionali fornitori di servizi che operano attraverso internet, le piattaforme online assumono la funzione di marketplace (mercati), ossia di intermediari stranieri allo scambio, il cui compito è dar vita ad una piazza virtuale dove agenti economici indipendenti concludono affari tra loro. Dato che il successo commerciale di queste piattaforme è strettamente legato al buon funzionamento del mercato che offrono e alla riuscita degli scambi che intermediano, le stesse hanno un evidente interesse a ridurre i rischi e garantire un mercato sicuro*” (Smorto, 2018, p. 426).

encarregada, na maioria das vezes, do papel de intermediária e organizadora do compartilhamento.¹⁸

Ao entrar em operação, a plataforma dedica-se a arregimentar *usuários-fornecedores*, que com ela contratam, aceitando termos e condições gerais que os autorizam, então, a se utilizarem do arcabouço tecnológico por ela disponibilizado para compartilharem (*rectius*, ofertarem) bens ou serviços ao público.

Em um segundo momento, ocorre a contratação entre o usuário-consumidor e a plataforma de compartilhamento. Nessa ocasião, o primeiro aceita as condições estipuladas por esta última no tocante à intermediação do negócio (que podem abranger desde as obrigações das partes até, em certos casos, o preço dos serviços). O vínculo formado, em seguida, entre os dois usuários pode assumir diversas aparências,¹⁹ como se se tratasse de uma relação jurídica convencional de locação, prestação de serviços, compra e venda, permuta, dentre outros, sendo possível, ainda, a depender de seu objeto, que se assemelhe a um contrato atípico (Carvalho, 2016, p. 304).

Forma-se, assim, uma estrutura negocial inovadora, plurilateral, entre a plataforma (que poderá assumir diferentes papéis, desde mera intermediária até efetiva fornecedora)²⁰ e os seus usuários, em uma relação triangular relativamente incomum no direito contratual brasileiro. Do ponto de vista jurídico, como seria de se esperar, esse caráter inusitado preocupa por gerar dúvidas quanto ao regime normativo aplicável a tais relações. Registra-se, por exemplo, não ser certa a adaptação desse modelo à normativa ordinária de

18 Cláudia Lima Marques (2017, p. 16) aponta, ao comentar a lição de Bruno Miragem, que a plataforma de compartilhamento como criadora da estrutura e organizadora do compartilhamento configurará um fornecedor aos olhos da lei e atrairá a incidência das normas do CDC para a relação como um todo, pois o “site ou aplicativo atua não apenas como um facilitador, mas sim como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura um determinado modelo de negócio. Em outros termos, o site ou aplicativo permite o acesso à ‘highway’ e atua como guardião deste acesso, um *gatekeeper* (‘guardião do acesso’), que assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela Internet. No direito brasileiro, estarão qualificados indistintamente como provedores de aplicações de Internet, de acordo com a definição que estabeleceu o art. 5º, VII c/c art. 15 da Lei 12.965/2014”.

19 Acerca da terminologia aplicável, Juliet Schor (2017, p. 26) conclui: “Os consumidores são aqueles que estão comprando serviços, enquanto prestadores ou fornecedores os estão oferecendo. Os participantes podem estar em ambos os lados de uma transação. Usuários também é um termo frequentemente empregado desta maneira. Por exemplo, o Airbnb chama anfitriões e hóspedes de usuários, mas em outras plataformas como, por exemplo, Lyft ou Uber, os usuários seriam passageiros, e não os motoristas”.

20 “Most online platforms present themselves as mere facilitators, brokers or ‘digital clearinghouses’ rather than as sellers or suppliers. The intention to act only as an intermediary is usually expressed in the platform operator’s terms of service. Such statements can be found, for example, in the terms and conditions of Uber and Airbnb. It is doubtful, however, whether such a declaration is sufficient for reducing the role of the platform to an intermediary. [...] therefore, that the limitation of the platform operator’s role to a mere intermediary function does not become part of the contract if it is not stated in a clear and comprehensible manner. As a result, the platform operator would be considered as the supplier of the goods or services” (Busch, 2016, p. 5).

tutela do consumidor,²¹ pois a posição contratual assumida pela plataforma pode acabar afastando deveres e responsabilidades que lhe seriam aplicáveis caso se considerasse uma fornecedora comum.²² Além disso, não se pode deixar de notar que nem sempre o usuário-fornecedor desenvolve atividade dotada da habitualidade (Benjamin; Marques; Bessa, 2010, p. 112-113) exigida para que possa ser considerado fornecedor²³ à luz do art. 3º do CDC.

Assim, poderia acontecer que, em certos contratos de economia compartilhada, ao menos em uma análise puramente estrutural, não se caracterizasse nenhuma relação de consumo propriamente dita (Carvalho, 2016, p. 304), nem entre o usuário-consumidor e a plataforma (que, ao se posicionar nessa relação jurídica *sui generis*, deliberadamente refuta o papel de fornecedora de produtos ou serviços), nem entre ele e o usuário-fornecedor (que, muitas vezes, desempenha a atividade oferecida pelo aplicativo de forma esporádica, sem habitualidade, além de, não raro, ostentar assimetrias em face da plataforma que costumam corresponder muito mais à figura clássica do consumidor (Smorto, 2018, p. 428-429) – motivo pelo qual já recebeu, em doutrina, a alcunha de *prosumer*,²⁴ um profissional-consumidor), sendo impossível saber, *a priori*, se a elas se aplica o diploma normativo mais protetivo de contratantes vulneráveis do direito brasileiro.

No direito brasileiro, a relevância jurídica de assimetrias entre contratantes pode ser associada à paulatina transformação experimentada pela autonomia privada ao longo do século XX, ensejando uma evolução

21 “Consumer contract law primarily deals with ‘bipolar’ contractual relationships between a trader and a consumer. If a trader and a consumer conclude their contract via an online platform such as Ebay or Airbnb, the platform is usually not party to this contract between the consumer and the supplier of the goods or services. In such a ‘triangular’ situation, however, there are also legal relationships between the platform and the consumer, as well as between the platform and the supplier. It is, at best, unclear whether these legal relationships with the platform, usually also contracts, fall into the scope of the current (or forthcoming) EU consumer law directives. If the supplier is not a business but a consumer, then EU consumer contract law certainly does not apply to such a consumer-to-consumer contract. As a result, many contracts, although concluded in the highly professional environment of an online platform, totally escape the scope of application of existing consumer contract law” (Busch, 2016, p. 4).

22 A diversidade de cenários é bem ilustrada por Guido Smorto (2018, p. 436-437): “I rapporti tra fornitore diretto del servizio e beneficiario finale nella platform economy possono assumere diverse declinazioni. Quando colui che fornisce direttamente il servizio sia un lavoratore dipendente della piattaforma, la piattaforma è direttamente responsabile nei confronti dei consumatori per l’inadempimento o l’insatto adempimento della prestazione e dei conseguenti danni. In casi del genere, la piattaforma è la controparte professionale dell’utente finale e il diritto dei consumatori è applicabile alla fornitura del servizio, in aggiunta alle normative di settore. Mentre la disciplina del lavoro subordinato si applica ai rapporti tra il lavoratore e la piattaforma. Nel caso in cui, invece, la piattaforma si limiti ad intermediare lo scambio tra agenti economici indipendenti, possono prodursi due scenari distinti. È possibile che il fornitore sia un professionista. In questo caso il diritto dei consumatori si applica al rapporto intercorrente tra il consumatore ed il fornitore professionale del servizio. Una conclusione del genere è coerente con l’esigenza di proteggere il consumatore di fronte al professionista ed impedisce inoltre una disparità di trattamento tra nuovi concorrenti e operatori storici, che risulterebbe del tutto ingiustificata alla luce della qualificazione come professionista di entrambe”.

23 “Quando il fornitore non è un professionista non trovano applicazione né il diritto dei consumatori né la disciplina di settore, e l’utente finale può solamente invocare gli ordinari rimedi civilistici di diritto comune. (...) sia la scelta migliore poiché favorisce l’innovazione, questo spostamento da una tutela fondata sul soddisfacimento di requisiti ex ante, tipica dei servizi offerti da operatori professionali, ad un sistema che fa affidamento pressoché esclusivo su rimedi a posteriori non è sempre consigliabile” (Smorto, 2018, p. 437).

24 “The supplier usually has to accept terms of use in which the platform operator tries to exclude its liability as far as possible. Against this background, it is an open question whether an EU legislative instrument should limit itself to the consumer protection aspects of online platforms, or take a more holistic approach by regulating also the rights and obligations of platforms towards suppliers. In particular, if suppliers are consumers, one might ask whether EU consumer law should also protect these ‘prosumers’ against platform operators” (Busch, 2016, p. 7).

da própria teoria dos contratos,²⁵ desde as primeiras intervenções estatais sobre os atos particulares, o que inicialmente se denominou de dirigismo contratual,²⁶ até o progressivo reconhecimento da incidência de princípios contratuais de índole solidarista²⁷ e a concepção de um sistema normativo de tutela de contratantes vulneráveis.²⁸

A constitucionalização do direito privado e a constatação da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas (Tepedino, 2005) permitiram o desenvolvimento de instrumentos de tutela de contratantes em situação de inferioridade: de fato, a implementação da solidariedade no direito contratual como meio de reduzir iniquidades e proteger partes vulneráveis passou a ser compreendida como pressuposto para a promoção de uma liberdade contratual efetiva – no que já se denominou, em feliz expressão, liberdade substancial (Fachin, 2015, p. 49). Esse processo encontra seu expoente no conceito de vulnerabilidade,²⁹ que representa uma forma de intervenção reequilibradora do ordenamento jurídico nos atos de autonomia privada (Konder, 2015, item 2).

A necessidade de proteção contratual dos vulneráveis³⁰ foi acentuada com o desenvolvimento industrial e tecnológico e com a massificação das relações sociais, que revelou a enorme disparidade nas negociações e na elaboração dos contratos, sobretudo no âmbito das negociações por adesão, aqueles cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente por um dos

25 “É certo que, em face de mudanças como o intervencionismo estatal na economia e a massificação do consumo por meio da proliferação dos contratos de adesão [...], o conceito de contrato já não poderá ser o mesmo. Com base no reconhecimento desta essencial historicidade do contrato e de sua regulação jurídica, a evolução do instituto é representada por um processo de oscilações pendulares, em que ora a vontade individual ora valores coletivos assumem a função de ordenar teleologicamente o conjunto das normas jurídicas que regulam toda a matéria legal referente aos contratos” (Konder; Mulholland; Negreiros, 2006, p. 89-91).

26 “O Estado intervém nas três fases da vida contratual: na formação do contrato, impondo às partes celebrá-lo ainda contra sua vontade e contra seus interesses; estabelecendo cláusulas obrigatórias em muitas avenças que interessam de perto a economia popular; e supervisionando a execução ao dotar o Poder Judiciário de instrumental suficiente para intervir no sentido de restabelecer a justiça comutativa, sempre que uma das partes se avanteja à outra [...]. E deste conglomerado avulta a intervenção estatal na economia do contrato, o dirigismo contratual como princípio informativo” (Pereira, 2017, p. 422-423).

27 Corolário imediato da cláusula geral de tutela da pessoa humana, o princípio da solidariedade é responsável por inserir, nos diversos campos do direito civil, a imperatividade do respeito aos interesses de terceiros e da coletividade no exercício de liberdades individuais (Bodin de Moraes, 2010). Por tal razão, costuma-se atribuir à solidariedade a difusão de princípios como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual, às vezes designados como “novos princípios contratuais”, expressão consagrada por Antônio Junqueira de Azevedo. A respeito, cf., ainda, Konder; Guedes; Terra, 2019, p. 2-5.

28 Cf. Konder, 2015, itens 2 e 3; Marques, 2014, p. 287-331.

29 Sobre a noção de vulnerabilidade, Heloísa Helena Barboza (2013, p. 103-117) destaca que “A prospecção do conteúdo da vulnerabilidade, particularmente em seu aspecto socioeconômico, é indispensável para que se dê consecução à cláusula geral de proteção da pessoa humana. [...] A vulnerabilidade íntegra, como visto, o elenco de conceitos jurídicos indeterminados, que conferem ao ordenamento a flexibilidade indispensável para concreção dos mandamentos constitucionais”.

30 Vale destacar que as limitações contratuais devidas a situações de vulnerabilidade não se restringem àquelas de conteúdo patrimonial ou de mera inferioridade contratual. Ao destacar a prevalência das situações subjetivas existenciais às patrimoniais, por exemplo, Carlos Nelson Konder (2015, item 5) pondera que a categorização de vulneráveis admitida pela doutrina não exaure o tema, pois há a necessidade de se tutelar a vulnerabilidade existencial concreta do contratante, de modo a melhor atender e promover os valores da pessoa humana.

contratantes, cabendo ao aderente apenas a aceitação, em bloco, do programa negocial.³¹

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico, a fim de trazer equilíbrio às relações contratuais, promover a igualdade e a liberdade substancial e limitar abusos, consistiu na criação de instrumentos específicos de tutela, como as normas de proteção do aderente no Código Civil,³² e, mesmo antes disso, na edição de leis especiais, dentre as quais se destacam o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações.

Mas de que vulnerabilidades se está a tratar aqui? Quanto ao aderente, a disparidade contratual consta de sua própria conceituação: não participando da elaboração das cláusulas e condições contratuais, sujeita-se ele a estipulações potencialmente abusivas, que beneficiem excessivamente a outra parte em detrimento de seus próprios interesses.

Quanto ao consumidor, é comum que seja prejudicado por sua falta de conhecimentos técnicos sobre o produto ou o serviço, pela disparidade econômica em face dos fornecedores, pela dificuldade de acesso à assistência jurídica ou, ainda, pela carência informacional – para citar apenas as vulnerabilidades normalmente elencadas pela doutrina consumerista (Miragem, 2016, p. 127-141).

Pois bem: todas essas vulnerabilidades podem (e costumam) ocorrer, em maior ou menor medida, tanto com o usuário-consumidor quanto com o usuário-fornecedor da economia compartilhada. Na maioria dos casos, ambos se enquadram como aderentes aos contratos estipulados pelas plataformas.

Todas essas vulnerabilidades devem, evidentemente, ser aferidas em cada caso concreto (o que, em perspectiva civil-constitucional, aplica-se também às próprias relações de consumo, mas revela, por maioria de razão, no caso da economia compartilhada, que não conta com uma presunção legal de disparidade entre as partes). Não há dúvidas, porém, de que elas ocorrem frequentemente nesse tipo de relações. A dificuldade maior está, sem dúvida, em identificar, nas *fattispecie* inovadoras criadas pela *sharing economy*, vulnerabilidades semelhantes àquelas já tratadas por lei.

Esse caráter inovador, tão benfazejo do ponto de vista socioeconômico, agrava-se ainda mais, no que diz respeito à carência de instrumentos jurídicos específicos, pelo fato de a maior parte das contratações de economia

31 Conforme a definição amplamente difundida, são “contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. [...] A sua participação no ato limita-se a dar sua adesão ao paradigma contratual já estabelecido, presumindo-se sua aceitação da conduta que adota” (Pereira, 2017, p. 72).

32 Essas disposições de proteção do aderente são tão relevantes para o legislador que consta tanto do regime civil geral do Código Civil, nos art. 423 e 424, como no Código de Defesa do Consumidor, nos art. 46 e 47, respectivamente. As medidas de proteção do aderente não se limitam a questão da interpretação favorável e vedação à renúncia prévia de direitos, mas se desenvolveu e foi além: há disposições que regulamentam o direito de desistência e arrependimento do consumidor (art. 49 do CDC), que determinam a nulidade e invalidade de plano de cláusulas contratuais abusivas (art. 51 do CDC), dentre outras. Nesse sentido, vide Benjamin; Marques; Bessa, 2016, p. 252-255.

compartilhada ocorrer, em alguma medida, de forma digital, no que se convencionou denominar *contratos eletrônicos*.

Embora tais negócios não fujam à disciplina geral do direito contratual, oferecem ao intérprete diversas dificuldades práticas – por exemplo, na determinação do momento de sua formação, na identificação de vícios do consentimento, na prova da contratação e assim por diante (Schreiber, 2014).

As dificuldades, porém, entre os contratos celebrados em plataformas de economia compartilhada não distam daquelas verificadas nos contratos eletrônicos celebrados, por exemplo, em sites de *e-commerce*. Mais uma vez, esse raciocínio aproximativo, pautado por uma análise sistemática e prioritariamente funcional, mostra-se benéfico para a delimitação da normativa aplicável.

Nesse cenário de incertezas acerca do regime jurídico aplicável às plataformas e seus usuários, os mecanismos legais de tutela específica de contratantes vulneráveis já existentes podem e devem ser estendidos às partes que integram relações de *sharing economy* – para controlar, por exemplo, eventual abusividade de cláusulas dos respectivos contratos ou, ainda, fornecer regras de responsabilidade civil que podem nortear o regime jurídico de eventuais danos causados aos usuários das plataformas.³³

Não se trata, aqui, de mera analogia jurídica, justificável apenas pela ausência de regramento específico: em perspectiva civil-constitucional, a interpretação é sempre analógica, existam ou não normas específicas concebidas para regular a *fattispecie*, porque a pesquisa da *ratio* da norma implica sempre uma comparação do princípio por ela informado aos demais princípios do ordenamento e às peculiaridades do caso concreto.³⁴

É necessário sofisticar o sistema de tutela de contratantes vulneráveis para tentar aproximar (tanto quanto possível) esses instrumentos previstos no ordenamento jurídico da realidade concreta de cada contratante (Souza, 2019, *passim* e p. 50), pois, como se sabe, nem todo consumidor é igual, nem todo locatário é igual, nem todo aderente é igual – e não será diferente com os usuários de plataformas de compartilhamento. Deve-se, então, se valer da submissão desse modelo negocial à análise funcional dos contratos e dos

33 “I contratti della platform economy riguardano tre diversi soggetti: la piattaforma online ed i suoi utilizzatori – fornitori e utenti – che concludono affari attraverso la piattaforma. Generalmente esiste un solo contratto che governa tutte le relazioni nascenti dallo scambio. Rispetto ai contratti standard tradizionali, tipicamente predisposti dal professionista e sottoposti all’adesione del consumatore, le condizioni di contratto sono redatte dalla piattaforma e sottoscritte dai suoi utilizzatori e, se non altrimenti specificato, le stesse clausole sono applicabili a fornitori e utenti, essendo entrambi qualificati indistintamente come utilizzatori dei servizi forniti dalla piattaforma” (Smorto, 2018, p. 432).

34 Como destaca Pietro Perlingieri (2008, p. 623): “Se toda norma exprime sempre um princípio, este não pode deixar de ser confrontado com os princípios fundamentais. O recurso à *ratio iuris* é um problema de cotejo do princípio, que a *ratio* representa, com os outros princípios. [...] Quanto à analogia legis, na perspectiva hermenêutica de individualização da normativa mais adequada à hipótese concreta, se reconhece que jamais duas *fattispecie* serão totalmente iguais, se não for por outro motivo, em razão das diversidades temporais, espaciais e subjetivas que concorrem a individualizá-las: dois fatos temporalmente iguais são impossíveis. A disciplina é construída por uma série de hipóteses similares. Nesse sentido, a interpretação é sempre analógica”.

institutos jurídicos voltados à sua disciplina.³⁵ As alterações trazidas pela LLE, no tocante à interpretação e revisão dos contratos, podem exercer importante papel nessa tarefa.

3. DESAFIOS À EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO JUDICIAL E AO CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NA ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO

Como se sustentou até este ponto, a análise funcional do modelo negocial de *sharing economy* é um caminho que permite apurar quais são os instrumentos de tutela do contratante vulnerável. A investigação dos interesses de cada uma das partes envolvidas no âmbito da *sharing economy* permite que o intérprete realize um adequado controle de validade das cláusulas estipuladas, sempre pautado pela verificação de certas vulnerabilidades em concreto que justifiquem a incidência das normas e remédios já conhecidos pela ordem jurídica. Não são raros, por exemplo, os casos levados ao Judiciário em que se discute a escolha entre a aplicação dos regimes jurídicos das relações paritárias ou do direito do consumidor – por exemplo, para determinar eventual abusividade de cláusulas contratuais ou para demarcar os limites da responsabilidade da plataforma.³⁶

Uma aplicação relevante dessa proposta consiste em viabilizar o controle de abusividade de disposições entabuladas pela plataforma de compartilhamento no corpo de seus “termos e condições de uso” – que podem, em muitos casos, prever disposições leoninas, como a exclusão de responsabilidade da plataforma ou a supressão de direitos dos usuários (por exemplo, mediante a cessão compulsória de dados pessoais ou a renúncia ao exercício do direito de arrependimento).

Nesse contexto, caberia indagar: qual conjunto de normas pode ser levado em consideração para fins de determinação da abusividade (e consequente invalidade) de uma cláusula estipulada em um contrato de *sharing economy*? Quem poderia suscitar judicialmente a invalidade da cláusula: apenas o usuário-consumidor ou também o usuário-fornecedor? *A contrario*

35 A necessidade de uma análise funcional é enfatizada por Pietro Perlingieri (2008, p. 358-359): “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de douts questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente”.

36 Nesse sentido, dentre os inúmeros casos existentes, destaca-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 38ª C.D.Priv. Ap. Civ. 1023935-25.2017.8.26.0562. Transporte. Uber. Ação de indenização por danos morais e materiais. Legitimidade passiva. Transporte particular de passageiros. Empresa que inseriu o aplicativo no mercado que integra a cadeia de fornecimento do serviço prestado pelo motorista, mediante remuneração. Relação de consumo caracterizada. Integrantes da cadeia de fornecimento que respondem solidariamente por prejuízos causados ao consumidor. Inteligência dos artigos 2º, 3º, 7º e 14, todos, do Código de Defesa do Consumidor. Pertinência subjetiva passiva. Ilegitimidade afastada. Sentença anulada. Recurso provido. Recorrente: Leonardo Maia Costa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Rel. Des. Fernando Redondo, 17 de outubro de 2018 (Estado de São Paulo, 2018).

sensu, que tipo de cláusulas, consideradas abusivas em relações de outras naturezas, não devem ser consideradas inválidas em matéria de economia compartilhada?

E, agora, pós-promulgação da Lei da Liberdade Econômica, indaga-se mais ainda quais os parâmetros que podem ser utilizados pelo intérprete para fins de interpretação de cláusulas contratuais, de valoração do merecimento de tutela e eventual abusividade concreta, e a conseqüente revisão ou resolução dos contratos, mesmo que parcialmente, na tutela das relações de economia compartilhada, à luz do que dispõem os art. 421 e 421-A do Código Civil.

A relação tríade permite apenas controle de abusividade para o usuário-consumidor? E o usuário-fornecedor em relação à plataforma de compartilhamento? E mais, sendo certo que a Lei da Liberdade Econômica alterou o art. 113 do Código Civil, para incluir, no inciso II, que as “práticas de mercado relativas ao tipo de negócio” serão parâmetros de interpretação do negócio jurídico, poderia o intérprete se valer de costumes ou valores estritamente do mercado específico de uma economia do compartilhamento para definir se determinada disposição é ou não abusiva?

Tais questões mostram-se particularmente tormentosas porque, em linha de princípio, a consequência imediata do que se convencionou denominar, no jargão consumerista, de “cláusula abusiva” – a rigor, uma hipótese de ilicitude, e não propriamente de abusividade (Souza, 2017a, item 1.2) – é a sua nulidade.

Trata-se, a rigor, de uma consequência lógica do que dispõe o art. 166, VII, do Código Civil: são nulas as estipulações contratuais que disponham vedações previstas por lei sem cominação de outra sanção mais específica (o que se costuma denominar *nulidade virtual*, por oposição às nulidades *textuais*, que são expressamente previstas por lei) (Souza, 2017b).

A invalidade contratual, portanto, está intimamente vinculada à existência de previsões normativas que a estipulem, seguindo, na tradição do direito civil, um princípio de legalidade estrita. Como, então, sustentar a abusividade (e conseqüente nulidade) de cláusulas em contratos de economia compartilhada, que não contam com normativa específica?

A solução do impasse parece exigir uma reconsideração acerca do próprio sentido jurídico de legalidade. A noção original de legalidade determinava que os atos particulares deveriam submeter-se a um controle negativo de legitimidade, de índole estrutural: aqueles atos cuja realização não fosse vedada pela ordem jurídica poderiam produzir efeitos juridicamente tuteláveis (Barroso, 2006, p. 165-170).

A evolução da hermenêutica jurídica exigiria a criação de novas instâncias de controle, que envolvessem também uma verificação de compatibilidade funcional e valorativa desses atos com o ordenamento e, mais contemporaneamente, também um controle funcional positivo, que

privilegiasse, em caso de atos particulares conflitantes, aquele que melhor promovesse os valores do sistema (o que se pode designar como merecimento de tutela em sentido estrito, verdadeiro estágio atual do princípio da legalidade no direito civil) (Souza, 2014).

A aferição da validade de estipulações previstas nos termos e condições de plataformas de compartilhamento, portanto, dependerá de se perquirirem as concretas vulnerabilidades das partes envolvidas na relação e, em seguida, de se avaliar a compatibilidade das cláusulas contratuais com normas que, embora previstas para reger relações de outra natureza (como as de direito do consumidor), visam a tutelar vulnerabilidades semelhantes às observadas em concreto.

Subjazem a esse entendimento a perspectiva metodológica de constitucionalização do direito civil, em geral, e a conceituação ampla do princípio da legalidade, em particular,³⁷ a imprimir novos contornos à causa virtual de nulidade prevista no art. 166, VII, do Código Civil: no qual tradicionalmente se leu “lei em sentido estrito e formal”, deve-se passar a ler “lei em sentido amplo e material”, uma vez que traduziria nefasto contrassenso afirmar a validade de atos que, embora adequados à legalidade formal (diante da omissão legislativa a respeito da *sharing economy*), não se revelassem compatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

Em termos pragmáticos: se uma das hipóteses de invalidade de cláusulas contratuais previstas pelo art. 51 do CDC estiver voltada à proteção de um tipo de vulnerabilidade contratual que também se possa verificar em uma relação de economia compartilhada (seja por parte do usuário-consumidor, seja por parte do usuário-fornecedor), não parece haver óbice para que se reconheça, em perspectiva sistemática, a nulidade de cláusula que fira aquela norma, ainda que se conclua que a relação, em si considerada, não preenche os requisitos previstos pelos art. 2º e 3º do CDC (com os acréscimos feitos pela doutrina e pela jurisprudência pátrias) para que seja considerada uma relação de consumo.

Evidentemente, esse procedimento cria para o intérprete um ônus argumentativo muito mais severo, pois precisará demonstrar, pormenorizadamente, a identidade de *ratio* entre a norma (aparentemente inaplicável à relação de economia compartilhada) e a vulnerabilidade das partes concretamente consideradas. Essa responsabilidade agravada do intérprete, porém, não é uma exclusividade da matéria, pois, na perspectiva civil-constitucional, cabe sempre ao hermenauta completar, diante do caso

37 Cf. A lição de Pietro Perlingieri (2008, p. 254), de todo extensível ao direito brasileiro: “A noção de legalidade é essencial ao sistema. No nosso ordenamento, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei. A dificuldade está em individuar a normativa do caso concreto. O juiz deve considerar todas as possíveis circunstâncias de fato que caracterizam o caso – a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam – e procurar julgar, dando-lhe a resposta que o ordenamento, visto em uma perspectiva unitária, oferece”.

concreto, as ponderações valorativas empreendidas abstratamente pelo legislador.³⁸

Inclusive, é aqui que se fazem mais presentes as disposições dos art. 113, 421 e 421-A do Código Civil, pois as circunstâncias do caso concreto, inclusive das práticas mercadológicas de um *host* em contratação do Airbnb, por exemplo, podem auxiliar o intérprete no apontamento do que configura cláusula abusiva naquele contrato específico em um mercado específico que, justamente pela forma de contratação, é fluido e mutável em atenção às mudanças sociais, em vantagem às lentas alterações legislativas (que, por natureza, não conseguem acompanhar o avanço tecnológico).

Interpretação mais conservadora pode admitir a inaplicabilidade do art. 421-A do Código Civil aos contratos de economia de compartilhamento, eis que não se verifica uma contratação paritária por natureza, apesar de existir centros de interesse que se relacionam com natureza muito similar à paritária ou empresarial. Ao que tudo indica, a relação tríade desse modelo de contratação não permite, a priori, definir sua natureza em relação a todos os centros de interesse.

Nesse sentido, tem-se entendido na jurisprudência brasileira que cláusulas estipuladas por plataformas de transporte compartilhado, voltadas a afastar qualquer responsabilidade da plataforma por danos causados pelos motoristas aos passageiros, são abusivas e, portanto, nulas.³⁹ Embora, em geral, tal conclusão se extraia de uma suposta natureza consumerista da relação (o que permitiria a incidência da previsão do art. 51, I, do CDC), a atuação da plataforma, nesses casos, a rigor, não parece ser propriamente a de fornecedora de serviços de transporte, pois os motoristas não são seus prepostos.

38 Como leciona Ana Paula de Barcellos (2005, p. 154-155), o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “[...] apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva”.

39 Ilustrativamente, ver: ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 14^o C.C. Ap. Civ. 0007726-60.2018.8.19.0205. Apelação cível. Responsabilidade civil. Uber. Legitimidade passiva. Relação de consumo. Danos materiais e morais ocasionados ao usuário do serviço. ocorrência. 1. O caso em tela versa sobre relação de consumo, pois o demandante, destinatário dos serviços ofertados pela ré, através de aplicativo, enquadra-se no conceito de consumidor descrito no artigo 2^o do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e a ré é de fornecedor, nos termos do artigo 3^o do mesmo diploma legal. 2. A empresa ré é gestora de aplicativo, credenciando motoristas para prestação de serviços de transporte a terceiros, por meio de plataforma que disponibiliza aos usuários, detendo, por disposição contratual firmada, a possibilidade de rescisão imediata do contrato nos casos de descumprimento de obrigações assumidas por seus condutores parceiros, dentre as quais o atendimento escorrido aos usuários dos serviços. 3. Dessa maneira, responderá por qualquer dano que o motorista, parceiro da ré, possa ocasionar aos passageiros, daí a legitimidade passiva. Precedente. 4. Não se olvide que eventual cláusula que exclui a responsabilidade por eventuais danos ocasionados aos passageiros não produz efeito em relação a estes, dada a patente abusividade, cabendo a ré buscar eventual ressarcimento diretamente com o “motorista parceiro”. [...] Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Leandro Luiz Rego. Rel. Des. José Carlos Paes, 24 de julho de 2019 (Estado do Rio de Janeiro, 2019).

No entanto, a conclusão que vem sendo alcançada pela jurisprudência revela-se adequada, pois a lógica da norma é justamente a de evitar que o estipulante, aproveitando-se da contratação por adesão e de sua superioridade técnica, econômica e jurídica em relação aos demais contratantes, logre afastar, a priori, qualquer responsabilidade por possíveis danos.

Se haverá ou não responsabilidade efetiva da plataforma (uma vez afastada a cláusula de não indenizar), trata-se de questão ulterior, que deve ser decidida à luz do caso concreto: não caracterizada relação de consumo, nem atividade de risco por parte da plataforma, é possível que esta responda subjetivamente (por exemplo, pela culpa *in eligendo* em relação ao motorista, na hipótese de essa culpa restar demonstrada em concreto).

Caso se conclua pela invalidade de uma cláusula estipulada nos termos e condições de uma plataforma de compartilhamento, o vício da nulidade segue, em princípio, seu regime jurídico geral concebido pela lei. A legitimidade para alegação da invalidade, portanto, é ampla, nos termos do art. 168 do Código Civil, admitida, ainda, a cognição *ex officio* pelo julgador. No entanto, é preciso interpretar a regra com certa ressalva, pois outros valores podem prevalecer à luz do caso concreto, mesmo aqueles estritamente atrelados a práticas de mercado, demandando uma modulação das consequências normalmente associadas à nulidade.

Contudo, a ressalva que deve ser feita é que é inconcebível, na legalidade constitucional, que tais costumes e práticas de mercado se sobreponham aos valores da solidariedade na interpretação e revisão contratual, mesmo que permitido, agora, pela legislação infraconstitucional. O ter não pode prevalecer sobre o ser. Uma cláusula abusiva que prejudique o contratante vulnerável não parece manter sua validade perante a solidariedade constitucional e a função social dos contratos apenas por existirem parâmetros ou práticas mercadológicas que as “confirmem”.

Assim, como a plataforma é, em geral, a estipulante dos termos e condições, pode ser razoável rejeitar sua ilegitimidade para alegar eventual nulidade em seu favor, por incidência do princípio que veda o benefício da própria torpeza – sobretudo nos casos em que a norma que fundamenta a invalidade se volte claramente a tutelar a vulnerabilidade específica de outra parte (a quem caberá, então, preferencialmente, a alegação do vício),⁴⁰ mesmo que as práticas de mercado – e o Código Civil – assim permitam.

Caberá ao intérprete exercer o juízo de merecimento de tutela adequado aos valores e à axiologia do ordenamento, para, então, declarar ou não a abusividade de determinada cláusula contratual.

A pesquisa da vulnerabilidade concreta das partes servirá, ainda, para determinar em quais casos não se autoriza a aplicação analógica de

40 Sobre a influência desses aspectos valorativos na modulação do regime geral das invalidades negociais, cf. Souza, 2017a, Capítulo 3.

normas invalidantes das disposições contratuais às relações de economia compartilhada. Assim, por exemplo, parece razoável considerar que, em tese, será abusiva e, portanto, inválida uma cláusula contratual que isente as plataformas de qualquer responsabilidade por danos causados pelo usuário-fornecedor ao usuário-consumidor.

No entanto, no caso de plataformas de locação de imóveis que disponham de políticas claras de cancelamento e que alertem as partes acerca do risco, bilateral, de inadimplemento entre os usuários, não parece razoável reputar inválida a cláusula limitativa do dever de indenizar nos casos de cancelamento pelo anfitrião, como já tem decidido a jurisprudência pátria e que revela prática de mercado costumeiramente aceita, possivelmente atraindo a incidência dos art. 113, II, e 421-A do Código Civil, para fins interpretativos e de revisão contratual.

De fato, nesse tipo de relação, o usuário-consumidor pode escolher o usuário-fornecedor que integrará a relação e tem, pelo próprio objeto da contratação, maior tempo de reflexão que, por exemplo, o passageiro em plataformas de transporte colaborativo.⁴¹

Não parece assistir razão, assim, a certas decisões que já julgaram inválida a limitação de responsabilidade, muito menos ao argumento, por vezes adotado, de que haveria atividade de risco por parte da plataforma (art. 927, p. ú., do Código Civil) ou, ainda pior, de que teria havido descumprimento de promessa de fato de terceiro (art. 439 do Código Civil).⁴²

Esse tipo de argumentação, porém, ilustra bem a enorme insegurança jurídica que ainda cerca as relações de economia de compartilhamento, ao que parece, agravada pelos novos parâmetros interpretativos e revisionais estabelecidos pela Lei da Liberdade Econômica, bem como pelo longo caminho a ser trilhado na construção de um sistema adequado de tutela a esses contratantes.

Nessa tarefa, impõe-se, acima de tudo, adotar a indispensável cautela quanto aos extremos, evitando-se, tanto quanto possível, seja uma tutela deficitária da concreta vulnerabilidade das partes, seja uma tutela desmesurada e desproporcional a essa vulnerabilidade, como tantas vezes ocorreu e ocorre no âmbito de outras relações jurídicas, como as relações de consumo. O desafio do hermenêuta, portanto, consiste em identificar os parâmetros e valores ponderados pelo legislador na tutela dos contratantes vulneráveis, em busca da construção de diretrizes gerais que possam orientar o juízo de merecimento de tutela também desse (ainda novo) modelo negocial.

41 Nesse sentido, ver: ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 19ª C.C. Ap. Civ. 0240946-32.2017.8.19.0001. Recorrente: Jessica de Souza Melo. Recorrida: AIRBNB Serviços Digitais Ltda. Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, 2 de julho de 2019 (Estado do Rio de Janeiro, 2019).

42 Ilustrativamente, ver: ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 19ª C.D.Priv. Ap. Civ. 1101154-11.2018.8.26.0100. Recorrente: Bruno Gardini Lanzo. Recorrida: AIRBNB Serviços Digitais Ltda. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 9 de setembro de 2019 (Estado de São Paulo, 2019).

CONCLUSÃO

A rigor, a imprescindibilidade de se construir um sistema de tutela adequado às necessidades concretas dos contratantes não corresponde a uma exclusividade das relações de economia compartilhada. Ao contrário, a pauta mais premente do direito contratual contemporâneo parece ser o imperativo desenvolvimento de remédios capazes de se adequarem ao tipo e ao grau de vulnerabilidade concreta das partes, amparando-se o mínimo possível em categorias abstratas e estruturais que, por mais específicas que se pretendam (como o “contrato empresarial”, a parte “hipervulnerável” e outras expressões que se têm popularizado em doutrina), continuam sendo ineficazes no propósito de se apreenderem as necessidades concretas de contratantes reais, simplesmente multiplicando o número de categorias teóricas com as quais o intérprete já lida diariamente – e que jamais serão suficientes.

As relações de *sharing economy*, assim, inovadoras que são no meio social e econômico (e até mesmo no plano jurídico, tendo em vista sua ainda incomum estrutura plurilateral), refletem, na verdade, pelo menos duas tendências muito mais amplas do direito civil atual. No âmbito da teoria dos bens, a lógica proprietária perde, progressivamente, sua relevância, na medida em que é substituída por meios mais eficazes e racionais de aproveitamento dos bens jurídicos, em que a titularidade de direitos reais cede espaço ao compartilhamento.⁴³

No campo contratual, por outro lado, a evolução social e tecnológica, ao conceber novos arranjos negociais, clama pelo desenvolvimento de instrumentos jurídicos que se prendam menos à estrutura (isto é, à categorização abstrata de contratos e/ou de contratantes) e que se voltem a permitir ao intérprete que gradue o nível de tutela a ser conferida a cada parte, de acordo com as necessidades decorrentes de sua concreta vulnerabilidade (Souza, 2019, *passim* e, particularmente, p. 50).

Nesse anseio de identificação de novos instrumentos contratuais de interpretação, revisão e controle de validade, revela-se interessante a possibilidade de que o comportamento das partes (CC, art. 113, I), costumes e práticas do mercado relativos ao tipo de negócio (CC, art. 113, II) e outros parâmetros que a autonomia privada das partes possa criar (CC, art. 421-A, I) possam servir ao intérprete para correta análise do merecimento de tutela e controle de abusividade das cláusulas contratuais. A única ressalva que parece urgente ser feita ao intérprete é a de que os valores e práticas de mercado, previstos pela LLE como critérios interpretativos, não podem, na legalidade constitucional, se sobrepor aos valores constitucionais da

43 A progressiva perda de importância do modelo proprietário, a rigor, consiste em uma tendência, ao menos, tão antiga quanto o debate acerca dos bens comuns. A respeito, cf., na doutrina italiana, Rodotà (2015).

dignidade e da solidariedade, a fim de conferir validade a cláusulas abusivas que firam os valores mais caros ao ordenamento, muito menos fazer valer “a ferro e fogo” que a revisão contratual é questão excepcionalíssima por motivos de uma falsa proteção à autonomia privada.

Enquanto a comunidade jurídica se queda fascinada pela inovadora estrutura da economia compartilhada, o avanço tecnológico promete, novamente, subvertê-la, talvez antes mesmo de a civilística a assimilar por inteiro.

A tendência, afirma-se, é a de que os próprios usuários passem a controlar as plataformas, como por mecanismos de *blockchain*,⁴⁴ com vistas a aumentar a confiabilidade destas últimas, o que pode superar algumas das vulnerabilidades hoje vislumbradas nessas relações, bem como revelar outras tantas.

O jurista estará tão preparado para tais mudanças quanto mais for capaz de extrair, da racionalidade dos instrumentos de tutela já conhecidos, em perspectiva sistemática e funcional, os parâmetros valorativos necessários para proteger, em concreto, a vulnerabilidade dos contratantes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, v. VI., t. II.

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *A lesão no Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 95-114, v. 918.

ALEXANDRE, Marco Gaspar. *Sharing economy e blockchain: problemas e possíveis soluções*. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 1.

44 Dentre diversos outros estudos, cf. Alexandre (2018).

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O jovem direito civil-constitucional*. *Civilistica*. com, ano 1, n. 1, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BUSCH, Cristoph et al. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *EuCML Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1, v. 5, feb. 2016.

CARVALHO, Joana Campos. A proteção dos consumidores na *sharing economy*. In: *Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*. Nova Lisboa: Deco, 2016.

CATALAN, Marcos. Devaneios de Ícaro: Uma reflexão ligeira acerca de incongruências vivificadas pela Lei da Liberdade Econômica. *RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 3, p. 1.453-1.468, 2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 19ª C.D.Priv. Ap. Civ. 1101154-11.2018.8.26.0100. Recorrente: Bruno Gardini Lanzo. Recorrida: AIRBNB Serviços Digitais Ltda. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 9 de setembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 7 mar. 2024.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 38ª C.D.Priv. Ap. Civ. 1023935-25.2017.8.26.0562. Recorrente: Leonardo Maia Costa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Rel. Des. Fernando Redondo, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=0C719D9634DD238B4AFC8DC2B1E9F229.cjsg3>. Acesso em: 7 mar. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *14ª C.C. Ap. Civ. 0007726-60.2018.8.19.0205*. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Leandro Luiz Rego. Rel. Des. José Carlos Paes, 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.20.0>. Acesso em: 7 mar. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *19ª C.C. Ap. Civ. 0240946-32.2017.8.19.0001*. Recorrente: Jessica de Souza Melo. Recorrida: AIRBNB Serviços Digitais Ltda. Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, 2 de julho de 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.20.0>. Acesso em: 7 mar. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FAJNGOLD, Leonardo. Desequilíbrio superveniente dos contratos aleatórios: entre a inexecução e a onerosidade excessiva. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. (Org.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 679-708.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Art. 7º: Liberdade contratual e função social do contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, p. 33-57, 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 99, mai./jun. 2015.

KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz;

LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à lei da liberdade econômica*. São Paulo: RT, 2019.

LUKASCHECK PRADO, Augusto César; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A Liberdade Contratual e a Função Social do Contrato: alteração do Art. 421-A do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 111, maio/jun. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. *Direito privado, Constituição e fronteiras*. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. *Conjur*, São Paulo, 2015.

MELLER-HANNICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. Trad. Ardyllis Soares. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, mai.-jun./2016, v. 105.

MELLER-HANNICH, Caroline. Zu einigen rechtlichen Aspekten der “Share-Economy”. [2014] WM 2337.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. III.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. Nápoles, Itália: Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: Moraes, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

RODOTÀ, Stefano. Mondo delle persone, mondo dei beni. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? (parte 2). *Conjur*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-08/direito-comparado-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil-parte>. Acesso em: 14 fev. 2024.

SCHOR, Juliet. Debatendo a economia do compartilhamento. In: ZANATTA, R.; PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil - Parte I. *Carta Forense*, s.l., s.d. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil---parte-i/18342>. Acesso em: 14 fev. 2024.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2018, p. 129-155, v. 995.

SMORTO, Guido. La tutela del contraente debole nella platform economy. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 158, 2018.

SMORTO, Guido. Verso la disciplina giuridica della sharing economy. *Mercato concorrenza regole*, ano XVII, n. 2, ago./2015.

SOMMA, Alessandro; MOSTACCI, Edmondo. *Il caso Uber: La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*. Milano: Egea, 2016.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica*. com, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2017a.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017b.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus. *Migalhas Contratuais*, n. 6.049, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 14 fev. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, Fórum, v. 20, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc>. Acesso em: 14 fev. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, ano 4, n. 17, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. *Revista do Ministério Público*, v. 53, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão no direito brasileiro*. Soluções Práticas de Direito - Pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 547-570, v. 2.

TERRA, Aline Miranda de Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, A. M. V.; KONDER, C. N.; GUEDES, G. S. C. (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. 1. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 1-22, v. 1.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. MP da “liberdade econômica”: o que fizeram com o direito civil? *Conjur*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur>.

com.br/2019-mai-13/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-fizeram-direito-civil. Acesso em: 14 fev. 2024.

VERBICARO, Dennis; PEDROSA, Nicolas. O impacto da economia de compartilhamento na sociedade de consumo e seus desafios regulatórios. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 113, set./out. 2017.

ZANATTA, Rafael. Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; PAULA, P.; KIRA, B. (orgs.). *Economias do compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

A TECNOLOGIA CRISPR NA PRODUÇÃO AGRÍCOLA E O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE POTENCIAIS RISCOS

CRISPR TECHNOLOGY IN AGRICULTURAL PRODUCTION AND THE RIGHT TO INFORMATION ABOUT POTENTIAL RISKS

Ingrid dos Santos Wasem¹

Haide Maria Hupffé²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Edição gênica: transgenia e CRISPR. 2. CRISPR na literatura científica. 3. Utilização da tecnologia CRISPR no Brasil. 4. Possíveis

1 Mestranda em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Uniamérica e em Direito Previdenciário e Trabalhista pela Faculdade Uniamérica.

2 Pós-doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora e mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos e bacharel em Direito pela Unisinos. Bacharel em Ciências Contábeis pela Fundação Machado de Assis agregada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenadora substituta do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. Docente e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Química Aplicada (Unicentro) e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento (CNPq/Feevale).

riscos vinculados à tecnologia CRISPR e o direito à informação/dever de informar. Conclusão. Referências.

RESUMO: A tecnologia CRISPR, utilizada para enfrentar demandas de produção de alimentos, levanta questões importantes de biossegurança e adequação jurídica. Na busca de dados sobre a utilização da tecnologia, observou-se uma grande escassez de pesquisas publicadas envolvendo a utilização da tecnologia CRISPR e seus potenciais riscos ou focos de atenção. Assim, evidenciando uma lacuna a ser analisada e sanada. Este estudo realiza uma revisão da literatura sobre a utilização de CRISPR em produções agrícolas, se há regulamentação e quais os dados que são repassados aos consumidores. Assim, adota a pesquisa exploratória e descritiva, utilizando o método dedutivo, suportado por revisão bibliográfica, pesquisa bibliométrica e análise documental. A flexibilização da legislação envolvendo material geneticamente modificado pode criar ameaças transgeracionais e transterritoriais, às quais não é possível criar mecanismos de prevenção, já que não se sabe de fato seus riscos, devido à baixa quantidade de estudos científicos publicizados. Diferentemente da transgenia, outros métodos de alteração genética não necessitam de avisos em suas embalagens, o que fere o direito do cidadão à informação. É essencial estabelecer diretrizes regulatórias e fomentar a responsabilidade ética dos pesquisadores para garantir um uso seguro e sustentável do CRISPR.

PALAVRAS-CHAVE: Risco. Alimento modificado por CRISPR. Direito à informação. Flexibilização da legislação. CTNBio.

ABSTRACT: The use of CRISPR technology to address food production demands raises significant questions regarding biosafety and legal adequacy. During the data collection phase about the use of this technology, a notable scarcity of published research addressing its potential risks or areas of concern was observed, highlighting a gap that needs to be analyzed and addressed. This study conducts a literature review on the application of CRISPR in agricultural production, examining whether regulations exist and what information is shared with consumers. The research adopts an exploratory and descriptive approach, using the deductive method supported by bibliographic review, bibliometric analysis, and document analysis. The easing of legislation related to genetically modified materials may pose transgenerational and transboundary threats, for which preventive mechanisms cannot be created due to the lack of comprehensive scientific studies. Unlike transgenics, other genetic modification methods do not require labeling on packaging, violating the citizen's right to information. It is imperative to define regulatory

standards and to foster ethical responsibility among researchers to ensure the safe and sustainable use of CRISPR.

KEYWORDS: Risk. CRISPR-modified food. Right to information. Easing of legislation. CTNBio.

INTRODUÇÃO

Os sistemas de repetições palindrômicas curtas regularmente interespaçadas (CRISPR) estão causando uma grande reviravolta na pesquisa em diferentes áreas do conhecimento, por possibilitarem alterar rapidamente o DNA de organismos vivos, incluindo os humanos. A atratividade do CRISPR em relação a outros métodos de edição gênica está no seu baixo custo e na facilidade de usá-lo. Pesquisadores estão utilizando a tecnologia CRISPR nas culturas agrícolas para desenvolver plantas mais resistentes, eliminar doenças, eliminar patógenos, ajudar a superar desafios relacionados à sensibilidade das plantas ao calor, à escassez de recursos hídricos, à recuperação da biodiversidade, ampliar a produtividade, melhorar a qualidade, modificar genes diferentes no genoma de culturas, a exemplo do arroz, trigo, soja, cana-de-açúcar, milho, batata, tomate e laranjas.

Por outro lado, o acelerado ritmo de desenvolvimento da técnica CRISPR não está sendo acompanhado com o cuidado necessário frente a uma nova tecnologia e com discussões éticas, de segurança e potenciais riscos que tais experimentos podem causar para as presentes e futuras gerações, tanto para o ser humano como para o meio ambiente. Ignorar os riscos pode perturbar ecossistemas inteiros.

O presente estudo objetiva, simultaneamente, compreender o que diferencia a transgenia e a tecnologia CRISPR, investigando a problemática apresentada para observar a utilização da tecnologia em culturas agrícolas no Brasil e o direito à informação sobre potenciais riscos associados.

Em relação aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, com utilização do método dedutivo. Utiliza como procedimentos técnicos, a revisão bibliográfica, a análise bibliométrica, a análise de conteúdo e a pesquisa documental. Na primeira parte, analisa-se a edição gênica com foco na transgenia e no CRISPR. Após, examina-se o CRISPR a partir de uma revisão bibliométrica da literatura, buscando indicar o número de publicações científicas na base de dados Web of Science. Na terceira parte, busca-se observar a utilização da tecnologia no Brasil e como a CTNBio se posiciona sobre o CRISPR, para, ao final, observar possíveis riscos já mapeados e o direito/dever de informar.

1. EDIÇÃO GÊNICA: TRANSGENIA E CRISPR

A alteração de grãos já é realizada pelo homem desde os primórdios da agricultura, inicialmente realizada de maneira empírica pelos agricultores ao selecionar espécies e variedades mais desejáveis para desenvolver plantas resistentes às pragas, doenças e estresses ambientais, o que proporcionou à população humana chegar a oito bilhões de pessoas. Apesar de diversos melhoramentos já realizados, a inovação tecnológica é uma atividade contínua, pois as necessidades do meio e os novos desafios encontrados se alteram. Além disso, a alteração de plantas pode abrir portas para alimentos funcionais (nutracêuticos) que auxiliem a prevenir ou tratar doenças, por exemplo (Borém; Miranda; Fritsche-Neto, 2021).

Com a constante necessidade de melhoramento para atingir as necessidades e a promessa de fornecer diversos benefícios, foram surgindo outros meios de alteração das plantas, como os transgênicos e, mais atualmente, com a tecnologia CRISPR.

A transgenia é considerada uma evolução que possibilita o isolamento de genes de microrganismos e a transferência deles para plantas, sendo que a técnica de transferência pode se dar de modo direto ou indireto. Na transferência direta, são utilizados métodos físicos ou químicos que possibilitam romper a barreira da parede celular e/ou da membrana plasmática para a livre penetração do DNA exógeno na célula hospedeira (bombardeamento). Já na transferência indireta, é utilizado um vetor biológico para a transformação da célula, pelo uso das bactérias *Agrobacterium tumefaciens* e *Agrobacterium rhizogenes* – esse processo ocorre após a transferência para o vegetal por meio de uma lesão na planta, sendo que o DNA da bactéria é capaz de interagir e fazer parte do genoma do vegetal e, após, é realizado o “desligamento” desse DNA e adicionado o gene exógeno que se deseja integrar à planta – assim, ocorrerá a expressão do transgene no vegetal (Santarém, 2000; Sousa, 2015).

Diferentemente da transgenia, em que é inserido um gene externo (de outra espécie do mesmo gênero ou de reinos diferentes) para atingir o objetivo buscado, a tecnologia “Sistema de Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas associada à enzima nuclease Cas9” (CRISPR/Cas9 – *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats/Cas9*) não necessita da inserção do gene exógeno, mas, sim, da edição no próprio código genético da planta-alvo – podendo em teoria, modificar qualquer gene de interesse. Dessa maneira, a tecnologia CRISPR/Cas9 oportuniza a mudança direcionada do DNA sem a inclusão de novos genes de outras espécies. Um exemplo de utilização da técnica é para o combate à bactéria *Xanthomonas citri* (responsável pela doença cancro cítrico, que culmina na queda prematura dos frutos e na desfolha, gerando grandes prejuízos e

é uma das principais ameaças à cultura dos citros), que, pela remoção de diferentes alelos do gene CsLOB1, possibilitou o desenvolvimento de toranjas resistentes à doença (Quadros *et al.*, 2018; Jaciani, 2012; Peng *et al.*, 2017).

Segundo levantamento, Shwartz (2018) observa que, nos métodos de transgenia, são utilizadas proteínas para localizar o gene-alvo, sendo que o desenvolvimento de uma única proteína demanda tempo (podendo levar meses de pesquisa) e pode custar mais de US\$ 1.000,00 (mil dólares estadunidenses), enquanto, com a tecnologia CRISPR, é possível utilizar softwares gratuitos de desenvolvimento e um kit inicial adquirido *online* que custa aproximadamente US\$ 65,00 (sessenta e cinco dólares estadunidenses) (Shwartz, 2018).

Logo, o barateamento da tecnologia e a facilidade de acesso fornecem a possibilidade para pessoas sem treinamento formal de utilizar o método CRISPR fora de laboratórios, sem comissões de ética nem acompanhamento por pares, podendo levar ao risco de infecções por bactérias patogênicas com resistência medicamentosa (ECDC, 2017).

Além do custo em pesquisa e desenvolvimento, também pode haver exigência de plano de monitoramento de longo prazo para a liberação comercial de organismos geneticamente modificados, como é o caso da determinação na Resolução n. 18/2018 da CTNBio, no artigo 11, inciso IV:

IV - as situações de risco potencial devem ser descritas e os exames clínicos devem incluir indicadores para monitoramento de longo prazo, tais como a constituição de banco de sorologia com marcadores específicos, quando disponíveis, para fins de vigilância epidemiológica, para atividades e projetos de pesquisa envolvendo organismos geneticamente modificados pertencentes à Classe de Risco 2, 3 ou 4 (CTNBio, 2018b).

Para a liberação comercial de uma planta geneticamente modificada, é necessária a análise e liberação pela CTNBio, órgão responsável e que realiza esse procedimento por meio de pareceres técnicos, em conformidade com a Resolução Normativa da CTNBio n. 32, de 15 de junho de 2021. Pela Resolução, além da apresentação da proposta da instituição requerente previamente aprovada pela CIBio, devem ser apresentadas informações sobre avaliação de risco à saúde humana, aos animais e ao meio ambiente em conformidade com os Anexos I, II e III, devendo também identificar “hipóteses de risco quando uma nova característica for conferida ao OGM e possíveis rotas ao dano, mantendo a transparência, o método científico e o princípio da precaução, plano de monitoramento pós-liberação comercial quando for identificado risco não-negligenciável” (art. 10º); e, quando identificado um risco não negligenciável, o requerente deverá declarar esse risco no “ato do pedido de liberação comercial, acompanhado das medidas

de prevenção e mitigação, baseadas em referências internacionalmente reconhecidas” (§ 1º do art. 11); se necessário, a CTNBio poderá deliberar sobre a necessidade de realização de audiência pública (CTNBio, 2021).

Apesar de haver a intervenção no código genético em ambas as tecnologias, os avanços feitos com CRISPR não são considerados Organismos Geneticamente Modificados (OGMs). Essa decisão classificatória foi confirmada em 2022 pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) ao avaliar o melhoramento realizado pela Embrapa em uma variedade de soja com teor reduzido de lectina (proteína que reduz a digestibilidade da soja); e também em 2023 pelo Tribunal de Justiça Europeu, que não considera mutações *in vitro* como OGMs e, assim, decidindo que não precisam estar subordinadas às Diretivas dos OGMs (Diretiva 2001/18/EC) (Henning; Nepomuceno, 2023).

A decisão da CTNBio foi baseada na Resolução Normativa n. 16 de janeiro de 2018, que considerou que plantas que não possuam a presença de DNA de outra espécie não sejam consideradas transgênicas, e, conseqüentemente, não se enquadram como um novo OGM nas definições da Lei n. 11.105/2005. Destacam-se as falas dos pesquisadores em uma notícia concedida à Landgraf, vinculada ao site da Embrapa:

“Ao considerar essa soja como não transgênica, os processos de pesquisa são menos burocráticos e, portanto, conseguimos reduzir o prazo e os custos para que as cultivares tolerantes à seca cheguem ao mercado, com biossegurança assegurada”, comemoram Alexandre Nepomuceno, chefe-geral da Embrapa Soja, e a pesquisadora Liliane Henning. “Além disso, não haverá a necessidade de conduzirmos o processo complexo de desregulamentação comercial de um produto transgênico, que é demorado e oneroso”, destacam (Landgraf, 2023).

Logo, entre o método de edição pela transgenia ou pelo CRISPR, pode-se dizer que o primeiro é muito mais oneroso e extenso, enquanto o CRISPR requer menor investimento e pode ser disponibilizado no mercado sem as exigências do processo que é submetido um OGM. O avanço científico na área da tecnologia CRISPR gera dúvidas sobre seu funcionamento, possível utilização e riscos, bem como incertezas de como o ordenamento jurídico irá responder aos futuros progressos. Assim, faz-se necessário buscar respostas para esses questionamentos.

2. CRISPR NA LITERATURA CIENTÍFICA

O sistema CRISPR (*clustered regularly interspaced palindromic repeats* – Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespçadas)

consiste em um sistema imune adaptado de bactérias para se protegerem contra ataques de vírus, no qual o sistema é responsável por funcionar como uma tesoura, cortando e armazenando “famílias de sequência” de DNA dos vírus que infectaram a bactéria – sendo assim, uma “memória imunológica” possibilitando detectar e neutralizar novas infecções (Lander, 2016). Ao funcionar como uma “tesoura molecular”, o sistema CRISPR possibilita “cortar” uma parte específica do DNA, fazendo com que a célula produza ou não determinadas proteínas (Molinari *et al.*, 2020).

O CRISPR/Cas9 é uma das mais novas inovações de edição de genoma que reconhece sequências específicas de DNA humano. É derivado de uma bactéria que utiliza moléculas de RNAs para atuarem “como guias, combinando as nucleases com os locais correspondentes no genoma humano”. Sua atratividade está em ser um dos sistemas de “edição de genoma mais simples de se trabalhar porque depende do pareamento de bases RNA-DNA, em vez da engenharia de proteínas que ligam sequências específicas de DNA” (Lanphier *et al.*, 2015).

Considerado como uma das mais promissoras ferramentas de biotecnologia, o sistema CRISPR-Cas reúne inúmeras possibilidades de aplicação em diversos campos (saúde, agropecuária, indústria e meio ambiente), que vão desde a utilização como marcador molecular para estudos de genes e edição de genes, diagnóstico, terapia gênica, tratamento de doenças, desenvolvimento de vacinas, remediação de desastres ambientais, controle de espécies invasoras e pragas, induzir a propagação de determinadas características genéticas em cadeia, sendo aplicado na agricultura, na medicina e na biotecnologia (Nohama; Silva; Simão-Silva, 2021). Também pode ser utilizado na criação de organismos para a pesquisa biomédica, farmacêutica, na produção de alimentos e para o “desenvolvimento de gene drives, visando à remodelagem de ecossistemas” (Alves, 2020). O CRISPR é uma das descobertas mais revolucionárias do século XXI, rendendo o Prêmio Nobel de Química no ano de 2020 pelo desenvolvimento do método para as pesquisadoras Emmanuelle Charpentier, do Instituto Max Planck da Alemanha, e para Jennifer Doudna pesquisadora da Universidade da Califórnia, em Berkeley (EUA).

Além de ser importante na imunidade de bactérias, o CRISPR é encontrado em outros sistemas celulares, como no reparo de DNA, regulação de genes e evolução do genoma – causando o interesse de outras áreas da ciência, já que é possível criar matrizes de CRISPR artificiais para que ataquem bactérias patogênicas específicas e introduzir mudanças precisas e eficientes nos genes de um organismo (Hille; Charpentier, 2016).

Uma das aplicações mais recentes é a utilização do CRISPR/Cas9 para manipulação do genoma buscando o “melhoramento das culturas, incluindo rendimento e desenvolvimento de qualidade de culturas tolerantes ao estresse

biótico e ao estresse abiótico”. O uso do CRISPR/Cas9 na agricultura apresenta como potencial a diminuição de culturas agrícolas transgênicas e a possibilidade de alterar geneticamente as plantas para melhorar as colheitas. O CRISPR/Cas9 e suas proteínas relacionadas “desenvolvem um sistema protetor muito forte que protege as plantas contra agentes estranhos como vírus, bactérias e outros elementos”. Ao ser combinada com métodos de reprodução atuais e potenciais (reprodução rápida e assistida por ômicas), a técnica CRISPR/Cas9 aumenta a produtividade agrícola e indica que pode garantir a segurança alimentar. A técnica revoluciona a edição de genoma e o melhoramento genético de culturas em vários aspectos, como resistência a doenças, tolerância à salinidade, resistência à seca, ampliação do rendimento de grãos, e amplia qualidade das colheitas. Vantagens dessa técnica estão relacionadas a sua eficiência em curto espaço de tempo, “baixo custo de edição, adaptabilidade extraordinária e capacidade de direcionar a reprodução de múltiplos genes instantaneamente”, no desenvolvimento de cultivares com altos valores nutricionais, desenvolvimento de culturas climáticas inteligentes e ainda para domesticar plantas silvestres para atender às necessidades humanas por mais alimentos (Rasheed *et al.*, 2021).

Uma grande ameaça para a segurança alimentar no planeta hoje é a infecção de plantações por vírus, e os mecanismos de defesa atuais não são suficientes para proteger contra essas ameaças – diferentemente dos defensivos agrícolas utilizados para proteger as plantações contra insetos e doenças fúngicas. Assim, a utilização da tecnologia CRISPR/Cas9 apresenta uma alternativa para projetar grãos para serem mais resistentes a ataques de vírus, melhorando a produtividade da produção de alimentos (Robertson; Burger; Campa, 2022).

No Brasil, a técnica é usada em pesquisas na agropecuária “para desenvolver lavouras com novos atributos, tais como resistência a pragas e doenças, tolerância à seca e a outros estresses abióticos”. No Projeto CRISPRolution da Embrapa, são desenvolvidas pesquisas com a tecnologia CRISPR “como solução biotecnológica para a melhoria da qualidade nutricional, industrial e da tolerância ao déficit hídrico de espécies de interesse agrônomo” (Alves, 2020). Portanto, o CRISPR torna possível a criação de plantas mais resistentes a doenças, pragas e até mesmo para suportarem condições climáticas extremas. E, do grande potencial prometido, surgem dúvidas quanto à real segurança dessa utilização em grãos e potenciais impactos ambientais, que podem até mesmo influenciar o comércio internacional de alimentos e pôr em risco a sustentabilidade da produção agrícola.

Realizando uma pesquisa na base de dados Web of Science com as palavras-chave “CRISPR” + “food” + “risk”, encontrou-se 260 artigos, sendo os cinco países que mais publicaram: Estados Unidos da América (97 artigos), Inglaterra (53 artigos), Suíça (56 artigos), Países Baixos (24 artigos)

e Alemanha (15 artigos) – sendo que o Brasil publicou somente um artigo com essas palavras-chave no mesmo período. Com esse breve levantamento, somado ao levantamento utilizando outras seis palavras-chave (dispostas na Tabela 1), que compreende artigos publicados na base de dados-alvo desde a primeira publicação até 2022, observa-se que o primeiro artigo com a palavra-chave “CRISPR” foi publicado em 2002, sendo o primeiro artigo correspondente às palavras “CRISPR + RISK” foi publicado somente oito anos depois, como se pode observar na Tabela 1.

Tabela 1 – CRISPR na literatura científica – Período 2002 a 2022

| ANO DE PUBLICAÇÃO | CRISPR | CRISPR + food | CRISPR + Risk | CRISPR + Food + Risk | CRISPR + Agriculture | CRISPR + Agriculture + Risk | CRISPR + Law |
|--------------------------|---------------|----------------------|----------------------|-----------------------------|-----------------------------|------------------------------------|---------------------|
| 2002 | 1 | | | | | | |
| 2003 | 1 | 1 | | | | | |
| 2004 | | | | | | | |
| 2005 | 6 | | | | | | |
| 2006 | 5 | 1 | | | 1 | | |
| 2007 | 11 | | | | | | |
| 2008 | 24 | 1 | | | 1 | | |
| 2009 | 40 | 5 | | | 1 | | |
| 2010 | 51 | 4 | 1 | | 1 | | |
| 2011 | 85 | 12 | | | 5 | | |
| 2012 | 133 | 14 | 2 | 2 | 7 | | |
| 2013 | 281 | 25 | 2 | 2 | 14 | 1 | |

| | | | | | | | |
|-------|--------|-------|-------|-----|-------|-----|-----|
| 2014 | 687 | 35 | 10 | 2 | 35 | 1 | 2 |
| 2015 | 1.308 | 68 | 27 | 5 | 98 | 4 | 8 |
| 2016 | 2.397 | 94 | 71 | 11 | 172 | 13 | 10 |
| 2017 | 3.383 | 161 | 141 | 15 | 323 | 14 | 29 |
| 2018 | 4.448 | 275 | 203 | 27 | 431 | 28 | 35 |
| 2019 | 5.691 | 371 | 246 | 28 | 627 | 27 | 40 |
| 2020 | 6.319 | 485 | 310 | 43 | 885 | 44 | 49 |
| 2021 | 7.081 | 619 | 383 | 55 | 1.035 | 51 | 41 |
| 2022 | 7.710 | 781 | 434 | 70 | 1.295 | 70 | 32 |
| TOTAL | 39.662 | 2.952 | 1.830 | 260 | 4.931 | 253 | 246 |

Fonte: elaborado pelas autoras. Dados de Web of Science (2023).

Como demonstrado pela Tabela 1, desde a primeira publicação realizada com a temática CRISPR, observa-se um aumento expressivo nas publicações científicas realizadas, visto que, no ano de 2002, foi publicado um único artigo e, em 2022, foram publicados 7.710 artigos. Assim, é perceptível o aumento do interesse pelo tema, dado que, da data da primeira publicação até o ano de 2022, foram publicados mais de 39 mil artigos. Contudo, há uma clara lacuna nos artigos que analisam riscos envolvidos.

A primeira publicação na base de dados com as palavras-chave CRISPR + RISK foi em 2010, oito anos após a primeira pesquisa realizada, totalizando 1.830 artigos publicados desde então. Há uma diferença de mais de 37 mil artigos entre pesquisas que envolvem CRISPR e pesquisas envolvendo CRISPR e riscos.

O primeiro artigo sobre riscos examinou 48 cepas de *Enterococcus faecalis* (*E. faecalis*) de uma coleção histórica e oito isolados recentes de *Enterococcus faecium* (*E. faecium*) para determinar a relação entre CRISPR e o surgimento de resistência a múltiplos antibióticos utilizados para enterococos. Das 48 cepas de *E. faecalis* e oito de *E. faecium* examinadas no estudo, sete cepas de *E. faecalis* e duas de *E. faecium* não tinham CRISPR-Cas e também não tinham resistência

a antibióticos. Ao final do estudo, os autores encontraram uma correlação inversa altamente significativa entre a presença de um *locus* CRISPR-Cas e resistência adquirida a antibióticos em *E. faecalis*. Essa relação inversa encontrada sugere que o uso de antibióticos seleciona inadvertidamente cepas enterocócicas com defesa do genoma comprometida (Palmer; Gilmore, 2010).

A tecnologia CRISPR está vinculada a questões que não podem ser ignoradas pelos pesquisadores, como: efeitos fora dos esperados (*off-target*), mudanças epigenéticas, impactos de toxicidade, contaminação cruzada (*off-target*) e problemas relacionados à biossegurança. Além desses riscos, a ampla utilização desta tecnologia também enfrenta outros desafios, como vetores virais, nanopartículas e a aceitação pública e regulatória em sua utilização (Távora *et al.*, 2022).

Voltando-se a outro grupo de palavras-chave: *CRISPR + Food + Risk*, alguns países se destacam em sua produção científica, como os Estados Unidos da América, com 96 artigos, sendo que a primeira publicação é de autoria deste país. Embora as palavras-chave escolhidas possam levar à concepção de riscos envolvidos na utilização da tecnologia CRISPR nos alimentos, os dois primeiros artigos publicados em 2012 (Delannoy *et al.*, 2012; Delannoy; Beutin; Fach, 2012) buscam, na verdade, propor a utilização da tecnologia CRISPR como meio mais eficiente de identificar cepas bacterianas em alimentos, diminuindo assim surtos e casos esporádicos de doenças de origem alimentar.

Ao examinar artigos sobre *CRISPR + Law*, a publicação de Mir *et al.* (2022) inicia destacando os benefícios da tecnologia e as inovações promovidas em diversos campos, com destaque para as aplicações em humanos e plantas. Os autores chamam a atenção para o fato de que essa ferramenta também representa uma ameaça aos organismos vivos e ao meio ambiente. Denunciam que o duplo uso da tecnologia é um dos principais desafios para a humanidade, representando uma ameaça à biossegurança e à biodefesa, visto que também pode ser usada para desenvolver um patógeno que pode destruir plantações ou infectar humanos, criar armas biológicas novas e destrutivas. Registram que grupos grandes e de diversas áreas de comunidades científicas estão usando CRISPR, motivados pela sua vasta possibilidade de aplicação no campo das ciências biológicas. Atualmente, a tecnologia é predominante e muitos países não estão restringindo o seu desenvolvimento, o que pode resultar na exportação da fabricação de kits CRISPR para outros países, com risco de cair nas mãos de organizações terroristas ou extremistas. Criminosos podem empregar a técnica para alterar seu DNA e, assim, evitar que sejam identificados em bancos de dados policiais. Ao final do artigo, Mir *et al.* (2022) mostram que vários países já contam com legislação e diretrizes para regular a tecnologia. Apresentam o status da regulamentação humana/saúde (uso terapêutico, linha germinativa),

indicando que, na grande maioria dos países, a técnica é altamente regulada (Austrália, Brasil, Canadá, União Europeia, Índia, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos) e não regulamentada na China e na Rússia. Em relação à regulamentação para fins agrícolas (alimentos, culturas agrícolas e animais), na maioria dos países, a regulação está em desenvolvimento ou sem normativa específica ou normativa única. No Reino Unido, na União Europeia e na Nova Zelândia, o uso em animais e para a produção de alimentos é proibido (Mir *et al.*, 2022).

Em grande parte dos países o debate é se o CRISPR e outros organismos editados por GE devem ser submetidos às mesmas regras que os OGMs. Na América Latina, não há consenso sobre o tema. Aproximadamente 35% das plantas derivadas de CRISPR, por não conterem um gene ou proteína exógena no produto final, não têm regulamentação. Contudo, 21,7% dos países da América Latina adotam políticas e diretivas altamente restritivas, a exemplo do Peru, que editou uma moratória proibindo o desenvolvimento de OGMs até o ano de 2023. Na mesma linha, 17,4% dos países regularam os organismos GE com regras tão rigorosas quanto as dos OGMs. Por fim, 21,7% dos países não editaram nenhuma regulação específica sobre plantas modificadas por CRISPR. Países como Panamá e El Salvador ainda estão debatendo se vão regular ou não a tecnologia (Fernandes *et al.*, 2024).

O Global Gene Editing – Regulation Tracker (2024), compilado pela Genetic Literacy Project, publicou a lista de Culturas Gene Editadas/NBT de alimentos desenvolvidos com CRISPR e que receberam autorização para produção ou aprovação para venda. O Japão aprovou, em 2024, uma espécie de milho ceroso com alto teor de amido desenvolvido pela empresa Corteva Agriscience para venda. No ano de 2021, o Japão também autorizou a produção de peixes com CRISPR para desativar um gene que suprime o crescimento muscular e, assim, permitir que os peixes cresçam mais, bem como foram desenvolvidos peixes com a técnica para interromper um gene que controla o apetite, permitindo que o peixe coma mais e cresça mais rápido. Também aprovaram, no ano de 2021, a edição do tomate Rouge Siciliano utilizando CRISPR para conter mais GABA, o que ajudaria a diminuir a pressão arterial de quem o consumisse. Os Estados Unidos autorizaram, no ano de 2023, a empresa Acceligen a produzir bovinos (vacas) com pelos mais curtos, o que resulta em maior tolerância ao calor e com isso ganham peso mais rapidamente. Também foi aprovada, nos Estados Unidos, a produção de mostarda mais suave e menos amarga com a utilização do CRISPR/Cas9, no ano de 2023 (Global Gene Editing, 2024).

Estados Unidos e União Europeia adotam modelos de governança muito diferentes para fiscos associados a culturas, alimentos e rações. Nos Estados Unidos, a FDA (Food and Drug Administration), o USDA (United States Department of Agriculture) e as autoridades ambientais adotam uma

maior flexibilidade regulatória, diferentemente da preocupação da União Europeia em oferecer um quadro regulatório amparado no princípio da precaução e, nesse sentido, as culturas modificadas por CRISPR estariam dentro desse princípio. Uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2018 sujeita os organismos obtidos por mutagênese, como o CRISPR, às mesmas regulações dos OGMs e se enquadram no escopo da Diretiva 2001/18/CE. Em 2019, foi solicitado ao Conselho da União Europeia organizar um “quadro regulamentar mais claro, baseado em evidências, aplicável, proporcional e suficientemente flexível” para plantas obtidas por novas técnicas genômicas, a fim de “lidar com os avanços da ciência e da tecnologia neste domínio”. Atualmente, está em andamento, desde o ano de 2021, o processo de revisão regulatória para o melhoramento de plantas editadas por CRISPR (Escajedo San-Epifanio *et al.*, 2023).

Para observar como a literatura científica se posiciona sobre os riscos da técnica CRISPR para alimentos, buscou-se na base de dados Web of Science observar quais os países que mais publicam sobre o tema. Assim, juntamente com as pesquisas oriundas dos Estados Unidos, há 17 outros países com publicações envolvendo CRISPR + Food + Risk, como pode-se observar na Tabela 2.

Tabela 2 – Literatura científica sobre CRISPR + Food + Risk no Período 2012-2022

| PAÍS DA PUBLICAÇÃO | NÚMERO DE PUBLICAÇÕES |
|----------------------------------|------------------------------|
| Estados Unidos da América | 97 |
| Suíça | 56 |
| Inglaterra | 53 |
| Países Baixos | 24 |
| Alemanha | 15 |
| Noruega | 3 |
| Canadá | 2 |
| Áustria | 1 |
| Bélgica | 1 |
| Brasil | 1 |
| França | 1 |
| Índia | 1 |
| Irlanda | 1 |

| | |
|----------------------|-------------|
| Japão | 1 |
| Nova Zelândia | 1 |
| Coreia do Sul | 1 |
| Espanha | 1 |
| 17 PAÍSES | 260 ARTIGOS |

Fonte: elaborado pelas autoras a partir da Web of Science (2023).

Dessa maneira, a partir da Tabela 2, é possível visualizar que há um aumento expressivo nas publicações envolvendo CRISPR e as palavras “risco” e “alimento” o que pode demonstrar uma necessidade de estudar como está sendo regulada essa nova tecnologia e como os países que mais publicam sobre o tema vêm desenvolvendo suas políticas para garantir a segurança da pesquisa.

O artigo de Okoli *et al.* (2022) examina como o CRISPR/Cas9 é utilizado para modificar características da tilápia, do salmão e de outras espécies de peixes, incluindo a edição de genes de resistência a doenças, edição de genes de crescimento e pigmentação como características atrativas relacionadas a sua comercialização. Além de enumerarem os benefícios da técnica e apontarem que várias espécies de peixes já foram modificadas com CRISPR/Cas9, observam que as questões de avaliação de risco, aprovação regulatória e aceitação pública do produto devem ser priorizadas. Relatam que a confiança do consumidor e a aceitação pública da nova tecnologia são baseadas na capacidade das respectivas autoridades de demonstrar supervisões regulatórias robustas, transparentes e confiáveis (Okoli *et al.*, 2022).

No estudo, Okoli *et al.* (2022) destacam algumas questões regulatórias para peixes editados por CRISPR/Cas9 e sugerem estratégias de pesquisa que podem amenizá-las. Também discutem desafios técnicos importantes, bem como questões pertinentes relacionadas à sustentabilidade e aceitação pública da tecnologia na aquicultura. Em relação aos desafios técnicos, apontam que o recurso genômico aquático ainda é limitado e que a edição requer conhecimento robusto do histórico genético, que o intervalo de geração em muitas espécies aquáticas é bastante longo, o que torna demorado o processo, indicando como uma das soluções combinar organismos geneticamente editados com tecnologia de barriga de aluguel. Para proteger a propriedade intelectual e evitar a invasão desses peixes modificados na população selvagem, uma das soluções é tornar o peixe estéril para comercialização. Os autores ainda apresentam como está a questão da regulação do CRISPR em diferentes países, se deve ou não deve ser regulamentado, em especial, como regular a produção de peixes modificados com a técnica. Alertam que as diretrizes legais devem ser baseadas em conhecimento derivado de

profunda pesquisa científica. Ressaltam que as atuais estruturas de RA não cobrem a edição de genoma (GE) de peixes com utilização de CRISPR/Cas9 e que a busca pela regulação desafiará as estruturas existentes com relação aos efeitos não intencionais, bem como à detecção, identificação, rastreamento e monitoramento de peixes GE no caso de liberação inadvertida ou intencional no meio ambiente. Por fim, pontuam que o conhecimento científico robusto e disponível é crucial para decisões sobre o uso da técnica em peixes, observando que é necessário também incluir aspectos relacionados ao bem-estar animal, éticos, sociais e de sustentabilidade no processo de decisão política (Okoli *et al.*, 2022).

Em culturas agrícolas, o CRISPR/Cas9 está sendo utilizado para melhorar o rendimento e a qualidade das culturas, aumentar a vida útil, modificar a cor, o tamanho e a textura, melhorar o aroma e o sabor, aumentar o valor nutricional e eliminar antinutrientes. No arroz, a técnica está sendo utilizada para aumentar o comprimento e a largura do grão, aumentar o peso do grão, diminuir e aumentar o teor de amilose, aumentar o teor de GABA e betacaroteno. Em relação ao tomate, o CRISPR/Cas9 é utilizado para aumentar o tamanho e alterar a forma do produto, aumentar a vida útil, o teor de licopeno e de ácido oleico. A aplicação da técnica no milho, dentre outros benefícios, busca alterar a cor da semente e produzir um milho superdoce e ceroso. Para a batata-doce, batata-inglesa e cevada, busca-se desenvolver a cultura com menor teor de amilose (Wani *et al.*, 2022).

3. UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA CRISPR NO BRASIL

A utilização da tecnologia CRISPR é regulada e controlada no Brasil pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e, por meio da Resolução Normativa n. 16 de 2018, foi considerado que as mudanças precisas de genomas não são Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), por não se tratar de transgenia, mas, sim, está no escopo das Técnicas Inovadoras de Melhoramento de Precisão (TIMPs), do inglês *Precision Breeding Innovation* (PBI), e que também englobam as denominadas Novas Tecnologias de Melhoramento (NTM), do inglês *New Breeding Technologies* (NBTs).

Essa Resolução Normativa se fez imperiosa, pois a Lei da Biossegurança, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam OGMs e seus derivados, os classificou como:

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM (Brasil, 2015).

Dessa maneira, como as TIMPs não usam ADN/ARN recombinante, para remover qualquer ambiguidade e futuros entraves, foram avaliadas as novas técnicas e decidido que, para “determinar se o produto obtido por TIMP será ou não considerado um OGM e seus derivados, nos termos do art. 3º da Lei n. 11.105, de 2005, a requerente deverá apresentar consulta à CTNBio” (Brasil, 2005; CTNBio, 2018a).

Segundo informações disponibilizadas pelo site da CTNBio, já foram expedidos 45 pareceres versando sobre TIMPs. Dos pareceres, dois são consultas prévias sobre o enquadramento regulatório de soja editada por CRISPR (requerido pela empresa GDM Genética do Brasil S.A.) e dois pareceres requeridos pela Embrapa para consultar “sobre o status regulatório de soja geneticamente editada pela tecnologia CRISPR/Cas visando o silenciamento do gene da lectina (LE1)” e outro para “a cana-de-açúcar produzida pelo método CRISPR/Cas9 com maior digestibilidade de biomassa vegetal e maior acúmulo de açúcares para produção de etanol de 2ª geração (2G), ração animal e produção de compostos químicos de alto valor agregado” – ambos não considerados OGM à luz da legislação nacional (CTNBio, 2023).

Como observado, a tecnologia CRISPR, ao não se enquadrar como OGM para o órgão regulador brasileiro, não necessita passar pelos procedimentos regulatórios anteriormente fixados para garantir a segurança do produto gerado, mas não deixa de estar sob o escopo dos princípios da Biossegurança.

Assim, o Conselho Nacional de Biossegurança, que é um órgão de assessoria à Presidência da República e que tem como objetivo formular e implementar a Política Nacional de Biossegurança (PNB), é responsável por buscar mitigar riscos, até mesmo riscos ainda desconhecidos, seja em laboratórios (riscos internos, próximos ao pesquisador) ou na sua exposição ao meio ambiente (riscos externos, com possibilidade de dispersão não controlável). No Brasil, a principal norma reguladora da Biossegurança é a Lei n. 11.105/2005 (Reis; Oliveira, 2019). Como definido na própria lei, no artigo 1º, essa norma tem como objetivo:

Art. 1º [...] [estabelecer] normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo

como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (Brasil, 2005).

Logo, a lei existente no Brasil não é preparada para abarcar o desenvolvimento que está surgindo com as terapias gênicas.

A Resolução n. 16/2018, emitida pela CTNBio, responsável por essa distinção, não veio sem críticas:

Parece-nos razoável afirmar que a Resolução 16 de 2018 da CTNBio também macula o princípio da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, pois a CTNBio extrapolou de sua delegação ao publicar tal resolução, pois agiu em nome do privado que tem interesse em reduzir seu custo de produção através da utilização da técnica de condução genética, prevalecendo o interesse do “agente público sobre o interesse público”. [...] Por fim ao aprovar o processo de liberação dos condutores genéticas de maneira simplificada, a CTNBio maculou o princípio da moralidade pública, na exata medida em que atuou em prol dos interesses do mercado em detrimento de seu dever público previsto no artigo 1º da Lei 11.105 de 2005, que determina que a CTNBio deverá atuar objetivando “o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”. Assim, esta prática de quebra da moralidade caracteriza desvio de poder. Desvio de poder é o uso indevido que o agente público faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere. Projeto de Decreto Legislativo n. 889 de 2018 (Brasil, 2018).

Essa é a crítica efetuada pelo Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo n. 889/2018, dos deputados Nilto Tatto e Patrus Ananias, que está aguardando parecer da relatora na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Câmara dos Deputados, último passo antes da votação em Plenário, que, caso aprovada, será encaminhada ao Senado Federal para análise. O embasamento legal para a oposição se dá basicamente por meio da Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em relação aos impactos negativos, os deputados evidenciam as possíveis mutações que podem ocorrer “no meio do disco, o que tem o potencial de permitir que os traços indesejados ‘acompanhem’ no disco de espalhamento”. Outro aspecto negativo relatado é o escape, ou seja, “o cruzamento ou o fluxo de genes potencialmente permitem que uma unidade vá além da população alvo” e os impactos

ecológicos diretos e indiretos, que podem ocasionar efeitos colaterais não previstos no meio ambiente. Para além do exposto, a preocupação com a bioética é outro fator que deve ser levado em consideração, visto que o CRISPR é uma poderosa ferramenta sem consenso sobre sua segurança e riscos. Ao serem liberados na natureza, não se tem nenhuma garantia de controle desses na interação com as espécies não alvos da condução genética. Para os autores do Projeto de Decreto Legislativo, até o momento, os únicos beneficiários são as indústrias à “revelia do Princípio da Precaução, pois esta técnica poderá vir a causar impactos negativos no meio ambiente e na saúde humana através do consumidor final destes produtos” (Tatto; Ananias, 2018).

São apontados os artigos 6º, inciso I, e 8º, caput, do CDC, já que esses artigos versam sobre os direitos básicos do consumidor, como a “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, e a obrigação do fornecedor em dar as informações necessárias ao consumidor para que esse possa realizar uma escolha quanto aos possíveis riscos à saúde e segurança que podem existir (Tatto; Ananias, 2018).

4. POSSÍVEIS RISCOS VINCULADOS À TECNOLOGIA CRISPR E O DIREITO À INFORMAÇÃO/DEVER DE INFORMAR

Para qualquer nova tecnologia, como no caso do CRISPR/Cas9, questões relacionadas aos riscos ambientais e à saúde das gerações presentes e futuras, segurança, implicações éticas, regulação e governança devem ser amplamente discutidas, e a população tem o direito de ser informada. Por isso, o princípio da responsabilidade de Hans Jonas (2006) e a ética da responsabilidade devem estar presentes nas reflexões sobre a influência do ser humano na natureza dos ecossistemas e como essa intervenção poderá afetar os próximos habitantes do planeta Terra.

Com os avanços das novas tecnologias surgem “novos danos” e “novos riscos” de ampla complexidade, abstratos, invisíveis, irreparáveis e de grande magnitude. Reparar o dano já não é suficiente, pois os novos riscos criam vínculos obrigacionais com o futuro, trazendo ao debate da responsabilidade civil a insegurança jurídica quanto à responsabilização dos impactos dos novos riscos ao ser humano e ao meio ambiente. Gondim (2015) argumenta que, frente aos riscos das novas tecnologias, seria irresponsável aguardar a concretização do dano para as futuras gerações. “Prevenir é o fundamento da responsabilidade civil. É o que fez com que ela fosse estruturada para a reparação e que, no momento, faz com que ela seja estruturada para o futuro”. Se no passado a escolha pela reparação do dano justificava evitar sua ocorrência, “agora não o é e por isso a necessária alteração desta visão”

devendo ser integrado “o dever de cuidado de um lado e o direito de prevenção de outro”. Essa nova postura passa a exigir atitudes de prudência e precaução, visto que a simples reparação do dano não tem o poder de tornar possível aos atingidos retornarem ao *status quo* anterior. É a tese defendida por Gondim (2015) de que, mesmo “sem dano”, podem ocorrer situações fáticas “consideradas relevantes e que ameaçam o direito de outrem, ainda que não tenha ocorrido a efetiva lesão jurídica e seja meramente uma ameaça”. A autora nomina essa situação como “uma ação prévia, antes que o direito seja atingido”. Por isso, sua defesa de uma responsabilidade preventiva ou “sem dano” se faz tão presente no século XXI (Gondim, 2015). Assim, frente à incerteza científica de potenciais danos com a utilização do CRISPR/Cas9, faz-se necessária a aplicação do princípio da precaução.

De forma explícita, o princípio da precaução está presente no ordenamento jurídico brasileiro em convenções e tratados internacionais ratificados internamente; como exemplo cita-se a promulgação da Convenção sobre a Diversidade Biológica pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998, e a Convenção sobre a Mudança do Clima, em 1992, que foi ratificada no Brasil pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998, e em outros acordos internacionais. Na legislação infraconstitucional, o princípio está previsto no artigo 1º do Decreto n. 5.591/05, impondo expressamente a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente em se tratando de OGMs; no artigo 5º do Decreto n. 4.297/02, que determina a observância da precaução em relação ao zoneamento ecológico-econômico; no art. 54 da Lei n. 9.605, de 12.2.1998 (Lei de Crimes Ambientais), ao prever que incorrem em crime aqueles relacionados no § 3º, que “ao tipificar o crime de poluição, consignou de forma bastante clara que estava implícito no seu corpo normativo o princípio da precaução”; na Lei da Mata Atlântica, n. 11.428/2006, no § único do art. 6º; e na Lei sobre Mudança do Clima, n. 12.187/2009, no caput do artigo 3º.

Por sua vez, o princípio do desenvolvimento sustentável se preocupa em atender às necessidades presentes da sociedade, mas sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras também atenderem às suas necessidades. Um grande enfoque do desenvolvimento sustentável agrícola é a valorização de recursos internos dos sistemas produtivos, que se traduz no tempo, como a manutenção da produtividade, a estabilidade de produção e a viabilidade econômica (Gomes; Mello; Mangabeira, 2009). Contudo, a ciência ainda não consegue apontar que a técnica CRISPR é segura e sem riscos à biodiversidade e à saúde humana. Diante da incerteza científica, o princípio da precaução deve prevalecer.

Com a grande gama de aplicabilidades, cabe à análise do impacto e dos riscos na sua utilização para o melhoramento genético, a biossegurança, bem como à proteção das gerações futuras – já que a utilização desta tecnologia apresenta

também riscos invisíveis, transtemporais e talvez até mesmo irreversíveis (Hupffer; Berwig, 2020), sendo que o mau uso da tecnologia CRISPR pode ser responsável por um desastre ambiental, já que regras e regulamentações para o seu uso ainda estão sendo definidas por diversos países ou nem estão nas pautas de discussões, podendo assim gerar um risco para a biossegurança e a biodefesa (Mir *et al.*, 2022).

Em um estudo de 2018, Kosicki, Tomberg e Bradley verificaram que a utilização da tecnologia CRISPR pode afetar partes do DNA que não a clivada, podendo causar reações destrutivas em outros pontos que poderão ativar genes causadores de câncer. Assim, os autores apontam que a tecnologia deve ser mais estudada antes da sua ampla utilização, já que pode ser responsável por grande supressão e rearranjos complexos no DNA antes não previstos (Kosicki; Tomberg; Bradley, 2018).

O cruzamento de espécies modificadas com espécies locais pode ser um dos motivos do aumento da resistência a defensivos agrícolas, como no caso ocorrido com o cruzamento de canola tipo selvagem com canola geneticamente modificada para apresentar resistência a herbicidas. Assim, apesar de ser difícil identificar possíveis mutações fora do esperado em plantas, há a necessidade de demonstrar que possíveis mutações além da desejada não vão apresentar riscos ao ambiente ou serão associadas a riscos à saúde. Essa precaução ao utilizar a tecnologia e o acompanhamento prolongado após a inserção no meio ambiente são necessários para que haja a aceitação pela população (Araki; Ishii, 2015).

O debate quanto ao modo de regular os produtos derivados de CRISPR não é recente na União Europeia, sendo que, em 2018, a Corte de Justiça decidiu que as tecnologias responsáveis por alterar grãos criadas após 2001 deveriam passar pelo mesmo crivo que os demais produtos obtidos por métodos transgênicos (Comissão Europeia, 2023), sendo somente isentas de tais regras as técnicas convencionais que possuíssem uma gama expressiva de utilizações e que tivessem um registro longo provando a segurança do método utilizado. Essa decisão foi fortemente atacada por alguns pesquisadores à época, já que se entendia que, com o endurecimento das regras e a necessidade de um acompanhamento mais rigoroso (igual ao já existente para os transgênicos), haveria escasseamento nas pesquisas e falta de investimentos, pois as empresas não se interessariam em investir em tecnologias sem o claro retorno financeiro, conseqüentemente, deixando de investir na Europa e investindo em outros países com o sistema regulatório mais brando (Callaway, 2018).

Em 2023, em um novo julgamento, a Corte de Justiça Europeia reviu sua decisão, para que os organismos obtidos por meio de técnicas/métodos de mutagênese aleatória *in vitro* estariam isentos da legislação sobre Organismos Geneticamente Modificados (OGM) (Case C-688/21). Assim, a utilização de CRISPR passa, em alguns casos, a ser isenta da aplicação da

legislação sobre OGM, não sendo consideradas novas tecnologias genômicas (Comissão Europeia, 2023), sendo essa linha de decisão no mesmo sentido da Resolução Normativa n. 16/2018 da CTNBio (2018a).

Com essa mudança em diretivas, é necessário retomar os conceitos originários propostos pela bioética (beneficência, autonomia do paciente, justiça e a não maleficência), para que possa ser revisto se o avanço científico está indo lado a lado com a ética e os direitos fundamentais humanos ou se há somente a busca por ganhos financeiros a qualquer custo. Nesse momento, com todos esses avanços científicos que estão sendo apresentados e sua utilização na agricultura (tanto para alimentação animal quanto humana) e sua abrangência mundial, há outro questionamento a ser levantado: a quem cabe impor os limites das ciências gênicas? Para Gonzalez-Avila *et al.* (2021), a resposta inicial seria do Legislativo, acompanhado amplamente dos estudos e pareceres apresentados pela comunidade científica. Isso pois as novas criações não serão inerentemente “boas” ou “más”, mas, como a tecnologia pode ser vista como uma forma de poder, há a necessidade de acompanhar o seu desenvolvimento (Gonzalez-Avila *et al.*, 2021).

CONCLUSÃO

Os progressos atuais das “técnicas inovadoras de melhoramento de precisão” representam uma nova revolução no modo de produção de alimentos no mundo, ficando evidente que a sua utilização, dentre tantas outras, tem a capacidade de revolucionar a agricultura. Isso se deve à habilidade no desenvolvimento de grãos com a capacidade de serem mais resistentes às pragas (diminuindo o uso de defensivos), com maior potencial produtivo e, também, com novas características nutricionais. Também foram observadas a utilização de CRISPR na produção de peixes e hortaliças. Assim, oferecendo uma solução relativamente barata para suprir as crescentes demandas globais de consumo de alimentos e os enfrentamentos de desafios ambientais que virão.

Com o intuito de demonstrar seus avanços, é possível visualizar o grande número de publicações envolvendo CRISPR que os pesquisadores apresentaram desde a descoberta de sua utilização; em contraponto, observou-se que as publicações relatando os riscos de utilizar tal tecnologia ainda são escassas, tanto na utilização a curto prazo como na de longo prazo. Desse modo, pode-se dizer que a responsabilidade de pesquisadores e dos legisladores deve ir além do cumprimento mínimo das normas – deve existir uma postura ética que seja capaz de levar em conta o impacto potencial dessa tecnologia ao longo dos anos e nos diferentes territórios.

É imperioso reforçar a importância de desenvolver uma regulamentação crítica e cuidadosa incluindo especialistas e a participação pública como pilares fundamentais para que haja estímulo ao progresso científico e confiança em

sua segurança. Dessa forma, além de se pensar em normas locais, é necessário também criar ferramentas que garantam a proteção do meio ambiente em nível global e acesso socialmente justo. Adotar medidas preventivas e a divulgação transparente de informações sobre o uso do CRISPR são passos importantes para a construção de um regime robusto e ético, que contribua para a segurança e faça com que a sociedade ganhe confiança na inovação tecnológica, promovendo, assim, um desenvolvimento sustentável que atenda às necessidades atuais sem comprometer os recursos e oportunidades das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

ALVES, A. A. *Tecnologia CRISPR na edição genômica de plantas Biotecnologia aplicada à agricultura*. Brasília, DF: Embrapa, 2020. E-book. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1126157/tecnologia-crispr-na-edicao-genomica-de-plantas-biotecnologia-aplicada-a-agricultura>. Acesso em: 24 set. 2024.

ARAKI, M.; ISHII, T. Towards social acceptance of plant breeding by genome editing. *Trends in Plant Science*, v. 20, n. 3, p. 145-149, 2015.

BORÉM, A.; MIRANDA, G. V.; FRITSCHÉ-NETO, R. *Melhoramento de plantas*. 8. ed. São Paulo: Oficina do Texto, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/202124/epub/0>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. *Projeto de Decreto Legislativo n. 889 de 2018*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2168477>. Acesso em: 24 set. 2024.

CALLAWAY, E. CRISPR plants now subject to tough GM laws in European Union. *Nature*, v. 560, n. 7716, p. 16–16, 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05814-6>. Acesso em: 24 set. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT. *Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on plants obtained by certain new genomic techniques and their food and feed, and amending Regulation (EU) 2017/625*. Brussels, 2023. Disponível em: https://food.ec.europa.eu/system/files/2023-07/gmo_biotech_ngt_ia_report.pdf. Acesso em: 24 set. 2024.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA – CTNBio. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Tecnologias inovadoras de melhoramento genético (RN16)*: Tabela TIMP. 16 maio 2023. Disponível em: http://ctnbio.mctic.gov.br/tecnologias-inovadoras-de-melhoramento-genetico-rn16-/-/document_library_display/cuSvsid1CsUD/view/2304555?_110_INSTANCE_cuSvsid1CsUD_redirect=http%3A%2F%2Fctnbio.mctic.gov.br%2Ftecnologias-inovadoras-de-melhoramento-genetico-rn16-%3Fp_p_id%3D110_INSTANCE_cuSvsid1CsUD%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 24 set. 2024.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA – CTNBio. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Resolução Normativa n. 16, de 15 de janeiro de 2018*. Brasília: CTNBio, 2018a. Disponível em: http://ctnbio.mctic.gov.br/resolucoes-normativas/-/asset_publisher/OgW431Rs9dQ6/content/resolucao-normativa-n%C2%BA-16-de-15-de-janeiro-de-2018. Acesso em: 24 set. 2024.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA – CTNBio. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Resolução Normativa. 18, de 23 de março de 2018*. [Brasília]: CTNBio, 2018b. Disponível em: http://ctnbio.mctic.gov.br/resolucoes-normativas/-/asset_publisher/OgW431Rs9dQ6/content/resolucao-n%C2%BA-18-de-23-de-marco-de-2018. Acesso em: 24 set. 2024.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA – CTNBio. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Resolução Normativa N° 32, de 15 de Junho de 2021*. [Brasília]: CTNBio, 2021. Disponível em: <https://prpi.usp.br/wp-content/uploads/sites/1239/2024/08/RN-32.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

DELANNOY, S.; BEUTIN, L.; FACH, P. Use of Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat Sequence Polymorphisms for Specific Detection of Enterohemorrhagic *Escherichia coli* Strains of Serotypes O26:H11, O45:H2, O103:H2, O111:H8, O121:H19, O145:H28, and O157:H7 by Real-Time PCR. *Journal of Clinical Microbiology*, v. 50, n. 12, p. 4035-4040, 2012.

DELANNOY, S. *et al.* Specific Detection of Enteroaggregative Hemorrhagic *Escherichia coli* O104:H4 Strains by Use of the CRISPR Locus as a Target for a Diagnostic Real-Time PCR. *Journal of Clinical Microbiology*, v. 50, n. 11, p. 3485-3492, 2012. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3486251/>. Acesso em: 24 set. 2024.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, Leire *et al.* Possible EU futures for CRISPR-edited plants: Little margin for optimism? *Frontiers in Plant Science*, v. 14, p. 1141455, 2023. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/plant-science/articles/10.3389/fpls.2023.1141455/full>. Acesso em: 4 out. 2024.

EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL – ECDC. Risk related to the use of “do-it-yourself” CRISPR-associated gene engineering kit contaminated with pathogenic bacteria. Stockholm: ECDC, 2017. Disponível em: https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/2-May-2017-RRR_CRISPR-kit-w-pathogenic-bacteria_2.pdf https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/2-May-2017-RRR_CRISPR-kit-w-pathogenic-bacteria_2.pdf. Acesso em: 24 set. 2024.

FERNANDES, Patricia M. B. *et al.* Regulation of CRISPR-edited plants in Latin America. In: ABD-ELSALAM, Kamel A.; AHMAD, Aftab. *Global Regulatory Outlook for CRISPRized Plants*. [S.l.]: Academic Press, 2024, p. 197-212. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/B9780443184444000120>. Acesso em: 4 out. 2024.

GLOBAL GENE EDITING – REGULATION TRACKER. Culturas Gene Editadas/NBT Aprovadas: Lista atual de alimentos desenvolvidos pela New Breeding Techniques que são aprovados para venda. [S.l.]: Global Gene Editing, 2024. Disponível em: <https://crispr-gene-editing-regs-tracker.geneticliteracyproject.org/>. Acesso em: 4 out. 2024.

GOMES, E. G.; MELLO, J. C. C. B. S. de; MANGABEIRA, J. A. de C. Estudo da sustentabilidade agrícola em município amazônico com análise envoltória de dados. *Pesquisa Operacional*, v. 29, n. 1, p. 23-42, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pope/a/8Q3NMp55Nn6f6d84KpvkNqL/?lang=pt#:~:text=O%20conceito%20de%20sustentabilidade%20agr%C3%ADcola>. Acesso em: 24 set. 2024.

GONDIM, G. G. *Responsabilidade Civil Sem Dano: da Lógica Reparatória à Lógica Inibitória*. 2015. 302f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40367/R%20-%20T%20-%20GLENDA%20GONCALVES%20GONDIM.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2024.

GONZALEZ-AVILA, L. U. *et al.* The Challenge of CRISPR-Cas Toward Bioethics. *Frontiers in Microbiology*, v. 12, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8195329/>. Acesso em: 24 set. 2024.

HENNING, L. M. M.; NEPOMUCENO, A. L. CRISPR: OGM ou Não OGM? Chega ao fim o impasse da União Europeia. [S.l.]: Canal Rural; Blog da Embrapa Soja, 2023. Disponível em: <https://blogs.canalrural.com.br/embrapasoja/2023/04/18/crispr-ogm-ou-nao-ogm- chega-ao-fim-o-impasse-da-uniao-europeia/>. Acesso em: 24 set. 2024.

HILLE, F.; CHARPENTIER, E. CRISPR-Cas: biology, mechanisms and relevance. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 371, n. 1707, 2016. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2015.0496>. Acesso em: 24 set. 2024.

HUPFFER, H. M.; BERWIG, J. A. A tecnologia CRISPR-CAS 9: da sua compreensão aos desafios éticos, jurídicos e de governança. *Revista Pensar*, v. 25, n. 3, p. 1–16, 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/9722>. Acesso em: 24 set. 2024.

JACIANI, F. J. *Diversidade genética de Xanthomonas citri subsp. citri, caracterização molecular e patogênica de Xanthomonas fuscans subsp. aurantifolii e detecção de Xanthomonas alfaiae em citrumelo “SWINGLE” (Citrus paradisi Macf. × Poncirus trifoliata L. Raf.) no Brasil*. 2012. 191f. Tese (Doutorado em Ciências Agrárias). Faculdade de Ciências Agrárias e Veterinárias da Universidade Estadual Paulista, Jaboticabal, 2012. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/103879/jaciani_fj_dr_jabo.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 set. 2024.

JONAS, H. *O princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução: Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KOSICKI, M.; TOMBERG, K.; BRADLEY, A. Repair of double-strand breaks induced by CRISPR-Cas9 leads to large deletions and complex rearrangements. *Nature Biotechnology*, v. 36, n. 765–771, p. 765-771, 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nbt.4192#change-history>. Acesso em: 24 set. 2024.

LANDER, E. The Heroes of CRISPR. *Cell*, v. 164, n. 1-2, p. 18-28, 2016. Disponível em: <https://www.cell.com/fulltext/S0092-8674%2815%2901705-5>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LANDGRAF, L. *Soja com genoma editado para tolerância à seca é aprovada pela CTNBio*. [S.l.]: Embrapa, 2023. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/79181050/soja-com-genoma-editado-para-tolerancia-a-seca-e-aprovada-pela-ctnbio>. Acesso em: 24 set. 2024.

LANPHIER, E. *et al.* Don't edit the human germ line. *Nature*, v. 519, n. 7544, p. 410-411, 2015. Disponível em: <https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111>. Acesso em: 24 set. 2024.

MIR, T. U. G. *et al.* CRISPR/Cas9: Regulations and challenges for law enforcement to combat its dual-use. *Forensic Science International*, v. 334, p. 11274, 2022. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35316773/>. Acesso em: 24 set. 2024.

MOLINARI, H. B. C. *et al.* (org.). *Tecnologia CRISPR na edição genômica de plantas Biotecnologia aplicada à agricultura*. Brasília, DF: Embrapa, 2020. E-book. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1126157/tecnologia-crispr-na-edicao-genomica-de-plantas-biotecnologia-aplicada-a-agricultura>. Acesso em: 24 set. 2024.

NOHAMA, N.; SILVA, J. S. da; SIMÃO-SILVA, D. P. O impacto ambiental da edição genética no Brasil. *Tematicas*, v. 29, n. 58, p. 13-48, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.20396/tematicas.v29i58.15161>. Acesso em: 24 set. 2024.

OKOLI, Arinze S. *et al.* Sustainable use of CRISPR/Cas in fish aquaculture: the biosafety perspective. *Transgenic Research*, v. 31, n. 1, p. 1-21, 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11248-021-00274-7> Acesso em: 3 out. 2024.

PALMER, Kelli L.; GILMORE, Michael S. Multidrug-resistant enterococci lack CRISPR-cas. *MBio*, v. 1, n. 4, 2010. Disponível em: <https://journals.asm.org/doi/full/10.1128/mbio.00227-10> Acesso em: 2 dez. 2024.

PENG, A. *et al.* Engineering canker-resistant plants through CRISPR/Cas9-targeted editing of the susceptibility geneCsLOB1promoter in citrus. *Plant Biotechnology Journal*, v. 15, n. 12, p. 1509-1519, 2017. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28371200/>. Acesso em: 24 set. 2024.

QUADROS, O. F. *et al.* Edição dirigida do genoma por CRISPR/Cas9: uma nova tecnologia para o melhoramento de plantas. *Incapêr em Revista*, v. 9, p. 6-15, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.incapêr.es.gov.br/digital/bitstream/123456789/3369/1/edicaodigeridadogenomaporcrispr-ventura.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

RASHEED, A. *et al.* A Critical Review: Recent Advancements in the Use of CRISPR/Cas9 Technology to Enhance Crops and Alleviate Global Food Crises. *Current Issues in Molecular Biology*, v. 43, n. 3, p. 1950–1976, 2021. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1467-3045/43/3/135>. Acesso em: 24 set. 2024.

REIS, É. V. B.; OLIVEIRA, B. T. de. CRISPR-CAS9, BIOSSEGURANÇA E BIOÉTICA Uma Análise Jusfilosófica-Ambiental da Engenharia Genética. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 16, n. 34, p. 123-152,

2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1490>. Acesso em: 24 set. 2024.

ROBERTSON, G.; BURGER, J.; CAMPA, M. CRISPR/Cas-based tools for the targeted control of plant viruses. *Molecular Plant Pathology*, v. 23, n. 11, p. 1701-1718, 2022. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=eih&AN=159688510&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 24 set. 2024.

SANTARÉM, E. R. Métodos Eficientes para a Transformação Genética de Plantas. *Revista de Ciência & Tecnologia*, v. 15, p. 81-90, 2000. Disponível em: <http://www2.ufpel.edu.br/biotecnologia/gbiotec/site/content/paginadoprofessor/uploadsprofessor/0397822af2ffe7dfe7eaf024496e55aa.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

SHWARTZ, M. Target, delete, repair. CRISPR is a gene-editing tool that's revolutionary, though not without risk. *Stanford Medicine Magazine*, Palo Alto, CA, 2018. Disponível em: <https://stanmed.stanford.edu/crispr-for-gene-editing-is-revolutionary-but-it-comes-with-risks/>. Acesso em: 24 set. 2024.

SOUSA, J. F. de. *Organismo geneticamente modificados e suas aplicações na produção de insumos farmacêuticos e biotecnológicos*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8704/3/21457969.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

TÁVORA, F. T. P. K. *et al.* CRISPR/Cas- and Topical RNAi-Based Technologies for Crop Management and Improvement: Reviewing the Risk Assessment and Challenges Towards a More Sustainable Agriculture. *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology*, v. 10, 2022. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fbioe.2022.913728/full>. Acesso em: 24 set. 2024.

TATTO, Nilto; ANANIAS, Patrus. *Projeto de Decreto Legislativo*. [S.l.]: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1641642&filename=PDC%20889/2018. Acesso em: 4 out. 2024.

WANI, Atif Khurshid *et al.* CRISPR/Cas9: regulations and challenges for law enforcement to combat its dual-use. *Forensic science international*, v. 334, p. 111274, 2022. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0379073822001049>. Acesso em: 04 out. 2024.

TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E A INFLUÊNCIA NO CONTROLE SOCIAL: UMA PESQUISA COM AGENTES PÚBLICOS

PUBLIC TRANSPARENCY AND INFLUENCE ON SOCIAL CONTROL: A SURVEY WITH PUBLIC AGENTS

Jamylle Hanna Mansur¹

Carlos André Corrêa de Mattos²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Transparência, Controle Social, *Accountability* e Participação Popular. 1.1 Transparência. 1.2 Controle Social. 1.3. *Accountability* e Participação Popular. 2. Análise Fatorial Exploratória e Modelagem de Equações Estruturais na Forma

- 1 Mestre em Administração pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Compliance Público-Privado, Integridade Corporativa e Repressão à Corrupção pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS) e Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Assessora Técnica Especializada do Ministério Público do Estado do Pará (MPPA)..
- 2 Doutor em Ciências Agrárias pela Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA). Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté (Unitau). MBA em Gestão Empresarial e Gerenciamento de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Administração pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA) em exercício na Faculdade de Administração (FAAD) e nos Mestrados em Administração (PPGAD) e Contabilidade (PPGC)..

de Mínimos Quadrados Parciais (PLS-SEM). 3. Resultados Obtidos. 3.1. Perfil dos Respondentes. 3.2. Análise Exploratória e Descritiva. 3.3. Avaliação do Modelo e Teste de Hipóteses. 3.4. Discussão dos Resultados. Conclusão. Referências.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito, disposto na Constituição Federal de 1988, institucionalizou a participação cidadã no processo político e no âmbito da gestão pública. O objetivo desta pesquisa é identificar fatores e comprovar a influência da transparência das informações governamentais no controle social e a participação cidadã dos agentes públicos do estado do Pará. Para tal propósito, foi realizada uma *survey* exploratória e descritiva com tratamento quantitativo e amostragem não probabilística por acessibilidade. A população foi formada por 402 respondentes. Os dados obtidos por meio de um questionário com 67 indicadores foram tratados com técnicas quantitativas na forma de estatística descritiva, correlacional e multivariada (análise fatorial exploratória) e modelagem de equações estruturais na forma de mínimos quadrados parciais (PLS-SEM), para confirmar os fatores e testar três hipóteses da pesquisa. A primeira hipótese é se o aprimoramento da Transparência exerce influência positiva e significativa na avaliação do Controle Social (H1), a segunda é se o aprimoramento da Transparência exerce influência positiva e significativa na Participação Cidadã (H2) e a terceira é se o Controle Social exerce influência positiva e significativa na Participação Cidadã (H3). Constatou-se que a transparência exerce influência positiva e significativa na percepção do controle social e na participação cidadã, porém a percepção do controle social não é capaz de motivar a participação cidadã.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Controle social. *Accountability*. Participação cidadã. Transparência.

ABSTRACT: The Democratic Rule of Law, set out in the 1988 Federal Constitution, institutionalized citizen participation in the political process and scope of public management. The objective of the research is to identify factors and prove the influence of the transparency of government information on social control and citizen participation of public agents in the state of Pará. An exploratory and descriptive survey was carried out with quantitative treatment and non-probability sampling for accessibility. The population consisted of 402 respondents. The data obtained through a questionnaire with 67 indicators were treated with quantitative techniques in the form of descriptive, correlational and multivariate statistics (exploratory factor analysis) and structural equation

modeling in the form of partial least squares (PLS-SEM), to confirm the factors and test three research hypotheses. The first, whether the improvement of Transparency exerts a positive and significant influence on the evaluation of Social Control (H1), the second, whether the improvement of Transparency exerts a positive and significant influence on Citizen Participation (H2), and the third, whether Social Control exerts positive and significant influence on Citizen Participation (H3). It was found that transparency has a positive and significant influence on the perception of social control and citizen participation, however, the perception of social control is not capable of motivating citizen participation.

KEYWORDS: Public Administration. Social control. Accountability. Citizen participation. Transparency.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco legislativo na redemocratização do Brasil e, com ela, foram consagrados o princípio da publicidade e a possibilidade de controle, pela sociedade, dos atos administrativos, vislumbrando uma cidadania tida como participativa. A partir disso, novas legislações, incluindo a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal, alterada pela Lei Complementar n. 131/2009), a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), o Decreto n. 9.203/2017, que trata sobre governança na Administração Pública Federal, a Lei n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital – LGD) e a Lei n. 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos), surgiram com o intuito de fomentar ou regulamentar a divulgação dos dados públicos, viabilizando uma gestão transparente, estimulando, portanto, a interação entre sociedade e governo, aprimorando a gestão pública.

A transparência dos atos governamentais tem como premissa a publicidade de dados públicos e é tida como um dos princípios do governo aberto, considerado mais inovador e colaborativo, porém não é suficiente a mera disponibilização de dados, é imprescindível que eles sejam didáticos, verídicos e descomplicados. Ela é também primordial para a *accountability*, cujo termo é comumente utilizado na Administração Pública para denotar controle, prestação de contas e responsabilidade que a população confere ao administrador público de gerir recursos, resultando na sua obrigação de prestar contas a essa mesma população pelo seu desempenho e pela gestão dos recursos.

O controle social, por sua vez, é entendido como um instrumento de supervisão com o qual a sociedade exerce papel essencial na Administração Pública, e seu exercício cobra a boa e eficiente utilização de recursos públicos, prevenindo atos de corrupção, contribuindo para a melhoria da governança

pública com o aperfeiçoamento das políticas públicas, otimização da atuação política e fortalecimento da democracia.

Nesse contexto, transparência, *accountability* e controle social estão interligados, considerando que, para haver possibilidade de fiscalização, é necessário que os dados públicos estejam acessíveis e compreensíveis. O controle social tem como premissas a participação cidadã e a inserção da população, não só na fiscalização, mas também na tomada de decisões que embasam as políticas públicas.

Nessa perspectiva, este estudo avança na perspectiva teórica ao reunir elementos que contribuam para a compreensão da relação entre transparência pública e controle social em abordagem empírica, por outro lado, na perspectiva aplicada, o estudo contribui com subsídios para o aprimoramento, tanto das políticas públicas quanto da democracia e gestão pública.

Portanto, esta pesquisa, utilizando-se de técnicas quantitativas na forma de estatística descritiva, correlacional e multivariada (análise fatorial exploratória) e modelagem de equações estruturais na forma de mínimos quadrados parciais (PLS-SEM), visa responder ao seguinte questionamento: Qual a influência da *accountability* e da transparência das informações governamentais no exercício do controle social e na participação cidadã do agente público?

Assim, o objetivo é identificar fatores e analisar como o controle social e a participação cidadã, realizada por agentes públicos do estado do Pará, são influenciados pela transparência dos dados governamentais. Para tal, três hipóteses serão testadas: a primeira hipótese é se o aprimoramento da “*Transparência*” exerce influência positiva e significativa na avaliação do “*Controle Social*” (H1), a segunda é se o aprimoramento da “*Transparência*” exerce influência positiva e significativa na “*Participação Cidadã*” (H2) e a terceira é se o “*Controle Social*” exerce influência positiva e significativa na “*Participação Cidadã*” (H3).

Enfatiza-se que estudos sobre participação cidadã no âmbito social são reconhecidos como um campo teórico da Administração Pública ainda pouco explorado, tendo sido constatadas lacunas teóricas em pesquisas correlacionando participação cidadã com governo aberto.

1. TRANSPARÊNCIA, CONTROLE SOCIAL, ACCOUNTABILITY E PARTICIPAÇÃO POPULAR

1.1 Transparência

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático, perpetuou a cidadania como um dos seus fundamentos e a publicidade como princípio da Administração Pública. Desse modo, viabilizou a edição de legislações em

prol da divulgação de dados pertinentes aos gastos públicos que, por sua vez, preceituam a transparência como princípio administrativo (Marrara, 2020).

Um governo transparente possibilita o acompanhamento constante dos atos praticados pelos governantes e servidores públicos, sendo fundamental para o estabelecimento da democracia (Baldissera *et al.*, 2020). Macedo (2019) expõe que os anseios por transparência no Brasil não partiram de um clamor da população, mas, sim, de uma exigência do neoliberalismo para a sustentação do equilíbrio fiscal, não havendo, por conta disso, uma apropriação da sociedade civil do exercício desse direito.

Enfatiza-se que a transparência constitui um dos fundamentos da boa governança e resguarda o direito fundamental de acesso à informação, sendo primordial para a solidificação da democracia, para o exercício da cidadania e instrumento para a *accountability*, termo para o qual não há tradução literal em português, porém se refere ao dever de prestar contas, motivando um desempenho bom e confiável dos gestores (Keping, 2018; Lima; Brandão, 2020; Sofyani; Riyadh; Fahlevi, 2020; Tavares; Bitencourt; Cristóvam, 2021).

Matheus e Janssen (2020) apontam que os efeitos positivos da transparência são a confiança, a credibilidade, o engajamento cívico, a eficiência, a redução de custos, a governança, a participação política e os esforços anticorrupção. Zuccolotto e Teixeira (2015) afirmam que a transparência fortalece a democracia representativa, cujo processo participativo, seja individual ou de organizações civis, aloca o voto como instrumento de avaliação da gestão, sendo que, de posse das informações, os órgãos de controle podem ser acionados pelos próprios cidadãos. Já os efeitos negativos, menos abordados pela literatura, são a violação da privacidade em razão da liberação de dados e da sobrecarga de informações e erros (Matheus; Janssen, 2020).

Assim, entende-se que a transparência tenha como premissa a exposição das informações públicas, cujos elementos são a publicidade, pela divulgação e pelo acesso, compreensibilidade, que abrange a linguagem e como é apresentada, e a utilidade para decisões, sendo elas relevantes e confiáveis (Platt Neto *et al.*, 2007).

A Lei Complementar n. 101/2000, alterada pela Lei Complementar n. 131/2009, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, foi a precursora na regulamentação da divulgação de dados públicos, ao trazer um capítulo sobre transparência, controle e fiscalização (Bezerra; Ramos, 2019). Entretanto, a disseminação da ideia de uma gestão pública transparente com a utilização da rede mundial de computadores (internet) ocorreu com o advento da Lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), obrigando que órgãos e entidades públicas promovam, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

Por meio daquela Lei, constata-se que, quando a informação é disponibilizada ao público, há transparência ativa, e quando ocorre necessidade de solicitação pelo interessado e ela é fornecida, denomina-se transparência passiva. Porém, nem sempre quando a informação é disponibilizada, pode-se afirmar que seja transparente, tendo em vista que, para considerá-la como tal, é necessário que ela seja entendida pelo grande público, tendo, portanto, uma linguagem acessível (Grimmelikhuijsen; Welch, 2012; Santin; Frizon, 2020; Tavares; Bitencourt; Cristóvam, 2021).

Já o Decreto n. 9.203/2017 dispõe sobre a política de governança da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. A Lei n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital – LGD), que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da Administração Pública, especialmente pela desburocratização, inovação, transformação digital e pela participação do cidadão, e a Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) trazem ambas explicitamente a transparência como princípio. Assim, percebe-se um gradativo avanço temporal legislativo quanto às previsões sobre o acesso à informação.

Contudo, apesar do avanço legislativo na temática, constata-se que há um cenário de desconhecimento ou desinteresse dos termos da LAI e de sua serventia, pois é uma lei que vigora há mais de dez anos, mas que é estranha, inclusive aos profissionais da imprensa (Eloy; França, 2019), sendo observado que “[...] nas regiões norte, nordeste, sul e centro-oeste a utilização da LAI é quase nula como fonte de dados para reportagens” (Moreira, Dias, 2019).

Outro fato que corrobora tal afirmativa são os dados obtidos no Painel da Controladoria Geral da União, que enumera o quantitativo de pedidos recebidos fundamentados na LAI, tendo sido observado que apenas 1.190.613 pessoas solicitaram informações a órgãos vinculados ao governo federal no período de 2012 a 2022, equivalendo a apenas 0,56% da população brasileira (IBGE, 2022). Porém, é da transparência dos dados públicos que emerge a possibilidade do controle social, tido como um poder/dever disposto ao cidadão, visando a diminuir a distância social existente entre as decisões administrativas e os anseios populacionais (Santin; Frizon, 2020).

1.2 Controle Social

Na história recente do Brasil, foi instaurado um modelo de Administração Pública que teve início no patrimonial, chegando ao gerencial, cujo alicerce é o controle de resultados contábeis e de custos por quase-mercados e, por fim, o controle social, que surgiu institucionalmente na sociedade brasileira com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja finalidade inicial era que fosse exercido por entes governamentais, sociedade civil organizada e conselhos, sendo o controle exercido por esses últimos

uma novidade política na década de 1990 (Silva, 2002; Santin; Frizon, 2020; Da Silva; Medeiros, 2020). Tratou-se, na época, da implementação da gestão social, mediante práticas de gestão participativa, vislumbrando uma gestão democrática e participativa (Sabioni; Ferreira; Reis, 2018).

A Controladoria Geral da União (2012), órgão do governo federal responsável pela defesa do patrimônio público e pelo incremento da transparência na gestão, descreve o controle social como uma pertinente forma de prevenir a corrupção e reforçar a cidadania, com atuação direta do cidadão na gestão pública, pela supervisão e controle dos atos administrativos, sendo o elo entre o Estado e a sociedade, visando à fiscalização, ao acompanhamento, à avaliação e à divulgação de ações que vão ao encontro do interesse popular. É o ato de supervisionar e exigir efetividade no emprego do dinheiro público e, assim, contribuir com a qualidade da governança e, por consequência, transformar a despesa pública em provisão efetiva de bens públicos (Andrade Filho; De Menezes, 2019; Thanh; Hart; Canh, 2020; Pinho; Vale, 2021).

Destaca-se que há diferença entre a fiscalização feita por órgãos de controle e pelo cidadão. Porém, as duas modalidades se complementam, considerando que o primeiro tipo de fiscalização ocorre na averiguação da legalidade, na avaliação de desempenho, promovendo, se for o caso, a responsabilização. Já o segundo tipo avalia se a atuação pública atende aos anseios sociais (Rigoni; Gonzaga; Zuccolotto, 2021). Sabioni, Ferreira e Reis (2018) afirmam que o exercício do controle social pelo cidadão pode ter diversas motivações e elencam o sentimento de engajamento como um aspecto motivacional, assim como o interesse político e a falta de confiança no governo.

Na seara do controle social, destaca-se o governo aberto, que é considerado uma ramificação do governo eletrônico, cuja intenção é a formação de uma cultura de compartilhamento informacional, sendo uma tentativa de tornar a Administração Pública participativa, colaborativa e transparente. Assim, o foco não é a tecnologia, mas como ela pode aprimorar a participação dos atores interessados (Hansson; Belkacem; Ekenberg, 2015).

Tavares, Bitencourt e Cristóvam (2021) tratam governo eletrônico como sinônimo de Administração Pública eletrônica e dão dois enfoques para o assunto: o primeiro é o aperfeiçoamento digital para o desenvolvimento e melhor qualidade dos serviços públicos prestados e o segundo foi criado visando a uma melhor interação com a sociedade, sendo este último denominado governo digital.

1.3 *Accountability* e participação popular

No Brasil, a previsão constitucional vigente é de um Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo, que o exerce por meio

de representantes eleitos ou diretamente, assim, a participação popular é institucionalizada, sendo classificada por Ayres Britto (1992) como um poder político, por outro lado, para haver essa participação, é necessário que haja implementação da *accountability* no setor público.

No âmbito da Administração Pública, o entendimento e a conceituação da *accountability* perpassam pelo controle dos atos públicos, obrigatoriedade de prestação de contas, visando ao monitoramento e à responsabilização dos agentes públicos que ajam em desconformidade com a lei e princípios administrativos, sendo considerada pilar da democracia e da boa governança (Buta; Schurgelies; Teixeira, 2018; Saldanha; Silva, 2020).

Nesse contexto, Rigoni, Gonzaga e Zuccolotto (2021) destacam que, na definição de *accountability*, há duas subdivisões: a *accountability* horizontal, que trata da responsabilização mútua e compartilhada entre instituições ou organizações que operam em um mesmo nível de poder ou autoridade dentro de um sistema político ou administrativo e têm autonomia de ação; e a *accountability* vertical, a que mais se coaduna com esta pesquisa, que é voltada para a relação Estado-sociedade, tendo em vista se tratar do dever que os agentes públicos têm de prestar contas de suas ações, decisões e omissões à sociedade, e se tratar de um elemento fundamental para reforço e solidificação da democracia (Fernandes, G.; Fernandes, I.; Teixeira, 2023).

Monteiro, Moura e Lacerda (2015) destacam algumas teorias da democracia: a teoria de Joseph Schumpeter, denominada democracia representativa, na qual há escolha livre dos representantes pelos cidadãos e disputa política entre diferentes partidos e ideologias; democracia deliberativa, defendida por Jürgen Habermas, a qual vislumbra que os cidadãos participem ativamente na tomada de decisões políticas e contribuam para a formação de uma sociedade justa e igualitária; e a democracia participativa, de Pateman, que defende a atuação direta dos cidadãos no processo político.

Atualmente, a participação cidadã ou social no âmbito da Administração Pública é tida como um princípio do governo aberto, havendo seis formas dessa participação (Oliveira; Ckagnazarof, 2023) (Quadro 1).

Quadro 1 – Formas de participação cidadã

| Formas de participação | Características |
|------------------------|--|
| Espontânea | O indivíduo começa a participar por sua própria convicção, sem ser influenciado ou persuadido por outras instituições ou indivíduos. |

| | |
|------------|--|
| Voluntária | O grupo é criado pelos próprios participantes, que definem sua própria organização, os objetivos e métodos de trabalho. |
| Induzida | Cidadãos ou organizações da sociedade civil são persuadidos, por outros cidadãos ou instituições, a participar de determinadas atividades. |
| Provocada | A formação do grupo é instigada por agentes externos com a finalidade de realizar objetivos alheios ao próprio grupo. |
| Concedida | Quando as organizações e/ou os agentes públicos conferem poder de decisão ou de influência aos subordinados e/ou aos cidadãos. |

Fonte: Adaptado de Oliveira e Ckagnazarov (2023), pelos autores deste artigo.

Ante as características demonstradas, afirma-se que o controle social com motivação própria é aquele realizado de maneira espontânea ou voluntária, mas, para chegar a esses formatos de participação, há necessidade de o cidadão ter interesse e buscar pelos dados divulgados, porém há deficiência no domínio técnico para entendimento da informação noticiada e ausência de engajamento por parte do cidadão, isso ocorre, em grande parte, por conta da exclusão digital existente (Tavares; Souza, 2021), portanto, é forçoso que o governo estimule a participação cidadã, desenvolvendo e aprimorando as ferramentas digitais por meio das tecnologias da informação e comunicação e aprimoramento da *accountability* (Abreu; Pinho, 2014; Pinho; Vale, 2021).

Assim, esta revisão teórica demonstra que o exercício do controle social e, por conseguinte, o fortalecimento da democracia, ocorre mediante o aprimoramento dos mecanismos de *accountability* e da efetiva participação popular, denominada também de cidadã ou social, cuja transparência dos dados públicos, de maneira acessível e didática, é primordial para a sua execução.

2. ANÁLISE FATORIAL EXPLORATÓRIA E MODELAGEM DE EQUAÇÕES ESTRUTURAIS NA FORMA DE MÍNIMOS QUADRADOS PARCIAIS (PLS-SEM)

Os procedimentos metodológicos utilizados neste estudo, segundo Martins e Theóphilo (2016), caracterizam uma pesquisa empírica realizada na forma de levantamento *ex post facto*, com a utilização de questionário e tratamento quantitativo de dados. A técnica de amostragem foi probabilística aleatória simples, e o critério para inclusão na amostra foi ser agente público com vínculo temporário ou efetivo e atuar como celetista, contratado

ou estatutário, além de estar em exercício por ocasião da aplicação dos questionários.

Destaca-se que são considerados agentes públicos todas as pessoas físicas que desempenham qualquer tipo de função pública, independentemente do vínculo funcional, se remuneradas ou não, além de cidadãos, portanto, representantes da sociedade civil, eles são profissionais cujas ações, legalmente, devem ser transparentes e passíveis de controle (Filgueiras, 2011; Simão, 2022).

A coleta de dados ocorreu nos meses de outubro e novembro de 2023 e foi conduzida na Escola de Governança Pública do Estado do Pará (EGPA). A opção pela EGPA ocorreu pela capacidade de concentrar integrantes de diversos órgãos da Administração Pública e de diferentes municípios do estado, garantindo, assim, a abrangência do estudo. Na ocasião, os possíveis integrantes da amostra foram convidados a participar da pesquisa, esclarecidos com relação a seus objetivos e riscos, e aqueles que aceitaram responderam ao questionário de pesquisa, a que foi autopreenchido e acompanhado do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

O tamanho da amostra (n) foi estabelecido *a priori* e calculado com base em universo desconhecido (população infinita), tendo como parâmetros 5% de margem de erro e 95,5% de segurança. O resultado indicou a amostra mínima de 400 respondentes, quantidade levemente inferior à alcançada ao final do trabalho de campo, que foi de 402 respondentes com questionários válidos. Ao tratar do tamanho de amostras, Martins e Theóphilo (2016) esclarecem que, em estudos organizacionais, via de regra, a população é finita. Contudo, em determinadas situações, “[...] quando o número de elementos amostrais for muito grande e desconhecido, admite-se população infinita” (Martins; Theóphilo, 2016, p. 118). Nesses casos, em relação ao tamanho, os mesmos autores recomendam a utilização da Fórmula 1 (Martins; Theóphilo, 2016, p. 119) para determinação do número de respondentes.

$$n = \frac{Z^2 \cdot \hat{p} \cdot \hat{q}}{d^2} \quad (1)$$

Em que: n = tamanho da amostra; Z^2 = abscissa da normal padrão; \hat{p} = estimativa de proporção; $\hat{q} = 1 - \hat{p}$; e d = erro amostral.

O questionário de pesquisa foi organizado em duas seções: a primeira seção reuniu dados para atender ao objetivo da pesquisa de mensurar a influência da transparência nas ações de *accountability* de agentes públicos. Assim, a primeira seção do questionário contou com quatro subseções: (1) Percepção do controle social e suas ferramentas; (2) Ferramentas para o

exercício do controle social; (3) Capacitação em controle social e transparência; e (4) Exercício do controle social. Juntas, as quatro subseções reuniram 67 indicadores elaborados com respostas em escala de Likert com seis pontos: zero (0) para “Discordo totalmente”; um (1) para “Discordo muito”; dois (2) para “Discordo pouco”; três (3) para “Não concordo nem discordo”; quatro (4) para “Concordo pouco”; cinco (5) para “Concordo muito”; e seis (6) para “Concordo totalmente”. Na sequência, a segunda seção caracterizou os respondentes e, para tanto concentrou-se em aspectos relacionados com idade, sexo, escolaridade, cargo, tempo de trabalho na Administração Pública, experiência anterior, órgão de atuação, estado civil, entre outros. Na primeira seção, as respostas foram fechadas na forma dicotômica e de múltipla escolha.

Na elaboração do questionário, os indicadores que formaram a primeira seção do questionário foram elaborados na forma de afirmativas, desenvolvidos com base na literatura. No processo de refinamento, os indicadores iniciais foram avaliados por dois especialistas e submetidos a um pré-teste com 10% da amostra almejada. Assim, após a elaboração e a revisão dos especialistas, 40 agentes públicos responderam ao questionário, ocasião em que foram verificados a adequação das afirmativas e o tempo de resposta e anotadas as dúvidas dos respondentes. Após essa etapa, o questionário foi submetido a uma nova rodada de avaliação dos especialistas, que validaram as alterações. Essa última versão do questionário foi aplicada na pesquisa de campo.

Concluída a pesquisa de campo, os questionários foram tabulados em planilha Excel® do pacote Microsoft Office® e tratados com técnicas quantitativas, destacando-se estatística descritiva na forma de distribuição de frequências, cálculos de porcentagens, medidas de dispersão e tendência central, sendo complementadas pela análise de correlações de Pearson. As técnicas uni e bivariadas foram complementadas por estatísticas multivariadas, mais especificamente pela Análise Fatorial Exploratória (AFE), selecionada pela capacidade de sumarizar grande quantidade de dados e identificar variáveis subjacentes (fatores), tendo sido posteriormente utilizada a modelagem de equações estruturais na forma de mínimos quadrados parciais (PLS-SEM) para confirmar os fatores e testar as hipóteses da pesquisa.

Ao tratar da modelagem de equações estruturais (PLS-SEM), Hair Júnior *et al.* (2019) destacam que a técnica permite analisar relações causais em modelos complexos formados por muitas variáveis latentes, indicadores e relações, evidenciando um conjunto de procedimentos estatísticos poderoso, amplamente empregado em diferentes campos do conhecimento científico, incluindo gestão organizacional, recursos humanos, sistemas de informação, contabilidade, entre outros.

3. RESULTADOS OBTIDOS

3.1 Perfil dos Respondentes

Com relação às características da amostra (Tabela 1), dos 402 respondentes, a maioria foi formada por agentes públicos que atuam na esfera estadual (91%), na sequência, destacam-se os atuantes na esfera municipal (6,5%) e federal (2,5%). Quanto à natureza do cargo, a amostra é representada, na maior parte, por servidores efetivos (58,5%), comissionados (20,6%), temporários (3%) e que não se enquadram nas situações colocadas (0,7%). A respeito do nível de educação formal, há um forte destaque de respondentes com pós-graduação (58,2%), nível superior (34,8%), nível médio (6,7%) e nível fundamental (0,2%).

Tabela 1 – Característica dos respondentes

| Características | Categorias | Freq | % | Característica | Categorias | Freq | % |
|------------------------|-----------------|------|-------------------------------|----------------|------------------------------|-------|--------|
| Esfera | Federal | 10 | 2,50% | Escolaridade | Fundamental | 1 | 0,20% |
| | Estadual | 366 | 91% | | Médio | 27 | 6,70% |
| | Municipal | 26 | 6,50% | | Superior | 140 | 34,80% |
| Natureza do Cargo | Comissionado | 83 | 20,60% | Sexo | Pós-Graduação | 234 | 58,20% |
| | Efetivo | 235 | 58,50% | | Feminino | 223 | 55,50% |
| | Não se Enquadra | 3 | 0,70% | | Masculino | 176 | 43,80% |
| | Temporário | 81 | 20,10% | | Prefiro não dizer | 3 | 0,70% |
| Faixa Etária (em anos) | Até 25 | 14 | 3,40% | Renda Mensal | Menos de R\$ 1.320,00 | 7 | 1,70% |
| | 26 a 35 | 99 | 24,60% | | R\$ 1.320,00 a R\$ 2.640,00 | 58 | 14,40% |
| | 36 a 45 | 153 | 38,10% | | R\$ 2.640,00 a R\$ 5.580,00 | 139 | 34,60% |
| | 46 a 55 | 89 | 21,90% | | R\$ 5.580,00 a R\$ 8.220,00 | 72 | 17,90% |
| | Acima de 55 | 47 | 11,20% | | R\$ 8.220,00 a R\$ 10.860,00 | 45 | 11,20% |
| | | | R\$ 10.860,00 a R\$ 13.500,00 | | 29 | 7,20% | |
| | | | R\$ 13.500,00 a R\$ 16.140,00 | | 22 | 5,50% | |
| | | | Acima de R\$ 16.140,00 | | 30 | 7,50% | |

Fonte: Elaborada pelos autores.

Entre os entrevistados, predominou o sexo feminino (55,5%), seguido pelo sexo masculino (43,8%) e uma quantidade mínima preferiu não dizer (0,7%). Quanto à renda, a maioria concentra-se na faixa de R\$ 2.640,00 a R\$ 5.580,00 (34,6%) e uma minoria declarou receber menos de R\$ 1.320,00 (1,7%). A faixa etária majoritária é a de 36 a 45 anos (38,1%), seguida da de

26 a 35 anos (24,6%), de 46 a 55 anos (21,9%), acima de 55 anos (11,2%) e um baixo quantitativo com até 25 anos (3,4%).

3.2 Análise Exploratória e Descritiva

A Análise Fatorial Exploratória (AFE) foi utilizada para sumarizar a base de dados e identificar os fatores. A utilização da técnica (Tabela 2) foi iniciada pela avaliação da matriz de dados, que mostrou resultados adequados, que atenderam a Hair Júnior *et al.* (2009). As correlações foram significativas a 1% e superiores a 0,30, o teste Kaiser-Meyer-Olkin foi superior a 0,500 (KMO = 0,812) e o teste de esfericidade de Bartlett, significativo a 1% ($\chi^2 = 2.912,52$, p-valor < 0,01). No mais, como o número de observações na matriz foi elevado ($n = 402$), a relação entre indicadores e observações foi de 28,71, superando em muito as cinco observações recomendadas por Hair Júnior *et al.* (2009) e Fávero *et al.* (2009) como necessárias para a utilização da AFE.

Avaliada a matriz de dados, os fatores foram extraídos, tomando por base a Análise de Componentes Principais (ACP), combinada com a rotação ortogonal pelo método Varimax. O critério de extração foi o autovalor, portanto, cada fator explicou minimamente a própria variância (autovalor > 1,00). Esses procedimentos possibilitam a extração de três fatores que explicaram 64,34% da variância dos dados, atendendo, assim, à recomendação de Hair Júnior *et al.* (2009), que consideram 65% de variância explicada como adequada para pesquisas em Ciências Sociais.

A extração resultou em três fatores que reuniram 14 indicadores com comunalidades ($h^2 > 0,546$) superiores a 0,500, indicando que os fatores explicavam a maior parte da variância dos indicadores, atendendo novamente à recomendação de Hair Júnior *et al.* (2009). Destarte, os resultados mostraram boa adequação do procedimento estatístico, tanto com relação à matriz de dados quanto com relação aos resultados da utilização da AFE.

Tabela 2 – Análise fatorial exploratória

| Indicadores | Fatores | | | h ² |
|--|---------|-------|-------|----------------|
| | 1 | 2 | 3 | |
| É muito importante que o cidadão acompanhe e fiscalize os atos governamentais | 0,793 | 0,019 | 0,081 | 0,635 |
| Tenho certeza de que se houvesse estímulo, mais pessoas fiscalizariam os atos governamentais | 0,778 | 0,125 | 0,010 | 0,558 |
| Acredito que as publicações no diário oficial são importantes para o controle social | 0,769 | 0,014 | 0,103 | 0,621 |

| | | | | |
|--|--------|--------|--------|-------|
| Acredito que as emendas parlamentares devem ter ampla divulgação | 0,742 | 0,035 | 0,107 | 0,587 |
| Sei que as compras governamentais devem ter ampla publicidade | 0,726 | -0,031 | 0,241 | 0,697 |
| Sei que a atualização rotineira dos portais da transparência é obrigatória | 0,726 | 0,068 | 0,161 | 0,623 |
| Cobro muito dos candidatos em que votei sobre melhorias no serviço público | 0,097 | 0,870 | 0,003 | 0,747 |
| Pressiono os candidatos eleitos por melhorias nos serviços públicos | 0,114 | 0,854 | -0,020 | 0,707 |
| Acompanho as emendas parlamentares propostas pelos deputados federais | -0,034 | 0,756 | 0,380 | 0,767 |
| Acompanho as emendas parlamentares propostas pelos deputados estaduais | -0,023 | 0,745 | 0,389 | 0,743 |
| Ao acessar os portais da transparência, consigo encontrar com facilidade os dados divulgados | 0,156 | -0,002 | 0,820 | 0,641 |
| Sei como solicitar os dados de interesse público, tais como despesas e dados sobre convênios | 0,134 | 0,185 | 0,752 | 0,546 |
| Tenho conhecimento de onde posso acessar as emendas parlamentares federais | 0,065 | 0,296 | 0,674 | 0,602 |
| Sei acessar os portais da transparência | 0,472 | 0,052 | 0,645 | 0,564 |
| Variância Explicada (%) | 26,60 | 19,72 | 18,01 | 64,34 |
| Autovalores | 3,72 | 2,76 | 2,52 | |

KMO = 0,812; Teste de Esfericidade de Bartlett (χ^2) = 2.912,52, significativo a 1%.

Forma de extração dos fatores ACP com rotação ortogonal pelo método Varimax.

Determinação do número de fatores pelo critério do autovalor.

Fonte: Elaborada pelos autores.

A denominação dos fatores, como recomendam Hair Júnior *et al.* (2009), tomou por base a composição dos indicadores e foi orientada pela maior carga fatorial. Destarte, o fator principal (primeiro fator) explicou 26,60% da variância dos dados e foi denominado “*Controle Social*” por reunir um conjunto de indicadores relacionados com informação, esclarecimento e compreensão da cidadania orientada para uma postura proativa perante as ações dos governos. Nessa perspectiva, o fator captou a necessidade de fiscalização e engajamento da sociedade, a clareza e a ampla ação de divulgação das ações dos governos, com destaque para emendas parlamentares e a utilização dos meios de comunicação (diários e sites).

O segundo fator explicou 19,72% da variância e foi denominado “*Participação Cidadã*” ao captar as ações de acompanhamento e cobrança ativa dos governantes, especialmente aquelas relacionadas com a qualidade dos serviços públicos e com emendas tanto na perspectiva estadual quanto

federal. O terceiro fator explicou 18,01% da variância e foi identificado como “*Transparência*” por reunir indicadores relacionados ao conhecimento e à utilização das tecnologias, além dos meios para exercer o controle social, constituindo-se em competências para utilizar os recursos com a finalidade de obter as informações que se deseja.

Ao avaliar os fatores com base na análise descritiva e correlacional como mostra a Tabela 3, destacou-se o fator “*Controle Social*” com os maiores escores da pesquisa, portanto posicionado nos estratos superiores da escala ($5,40 \pm 0,91$). Esse resultado indica que os participantes avaliam que há forte necessidade de fiscalização social nas ações dos governantes. Esse aspecto coloca o Fator 1 como central para o exercício da cidadania. No mesmo sentido, o baixo coeficiente de variação (CV = 16,8%) revelou que as respostas se concentram muito próximas do entorno da média, condição que, ao mostrar baixa dispersão, qualifica a média para representar a opinião dos respondentes.

Por outro lado, ao observar os escores do Fator 2, “*Participação Cidadã*”, a média ($2,09 \pm 1,72$) foi bem inferior ao centro da escala (3,00), indicando que os respondentes consideram que é fraco o acompanhamento das ações dos governantes. Assim, os resultados sugerem baixa diligência e falta de prontidão para fiscalizar a Administração Pública. Contudo, o elevado coeficiente de variação (CV = 82,18%) sugere que há uma parte da amostra com grande disposição para agir proativamente no acompanhamento das ações do Estado e dos governamentais.

Na sequência, no Fator 3, “*Transparência*”, que mede o conhecimento para utilizar os meios de informação disponíveis, destacou-se a média de 3,62 ($\pm 1,39$), posicionada no estrato médio superior da escala. Esse achado mostra que os participantes da pesquisa, apesar de não serem experts na reunião de informações, consideram que há relativa facilidade em encontrar as informações que desejam.

Tabela 3 – Análise descritiva e correlacional

| Fator | Descrição | Média | DP | CV (%) | Mediana | Moda | F1 | F2 |
|-------|---------------------|-------|------|--------|---------|------|--------|--------|
| F1 | Controle Social | 5,40 | 0,91 | 16,80 | 5,67 | 6,00 | | |
| F2 | Participação Cidadã | 2,09 | 1,72 | 82,28 | 2,00 | 0,00 | 0,132* | |
| F3 | Transparência | 3,62 | 1,39 | 38,46 | 4,00 | 4,50 | 0,386* | 0,382* |

Legenda: DP = Desvio padrão; CV = Coeficiente de variação; * = significativo a 1%.

Fonte: Elaborada por autores.

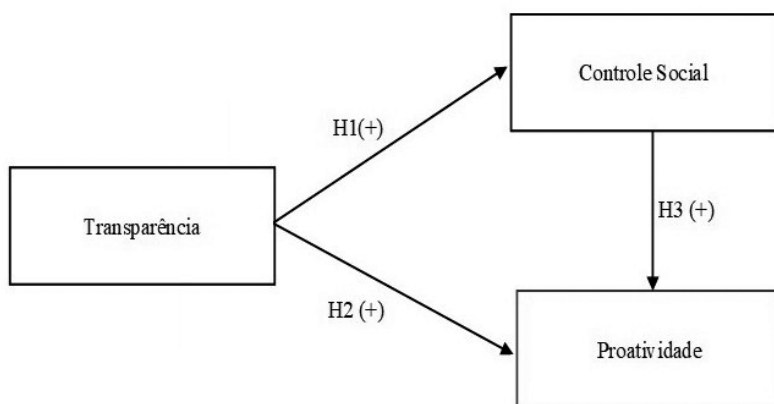
Complementarmente, a análise de correlações de Pearson evidenciou relações positivas e significativas a 1%, de fraca ($|r| < 0,25$) e moderada ($0,25 \leq |r| < 0,50$) intensidades, segundo critérios de Marôco (2014). Assim, é

possível considerar que os aprimoramentos surgidos nos fatores ocorram de forma conjunta, como observado na relação entre “*Controle Social*” e “*Participação Cidadã*” ($r = 0,132$; $p\text{-valor} < 0,01$) e “*Transparência*” ($r = 0,386$; $p\text{-valor} < 0,01$) e ainda com maior intensidade entre “*Participação Cidadã*” e “*Transparência*” ($r = 0,382$; $p\text{-valor} < 0,01$). Esses achados, além de sugerirem o caráter sistêmico da atuação da sociedade, indicam presença de reforço mútuo e de ganhos de sinergia com o aprimoramento dos fatores identificados.

3.3 Avaliação do modelo e teste de hipóteses

Considerando os resultados da AFE e da literatura, o estudo analisou se o aprimoramento da “*Transparência*” exerce influência positiva e significativa na avaliação do “*Controle Social*” (H1) e na “*Participação Cidadã*” (H2), adicionalmente, considerou-se que o “*Controle Social*” exerce influência positiva e significativa na “*Participação Cidadã*” (H3). Destarte, foram avaliadas três hipóteses (H1, H2 e H3) (Figura 1).

Figura 1 – Modelo estrutural



Fonte: Elaborada pelos autores.

A avaliação do modelo de mensuração, Tabela 4, foi adequada tanto na perspectiva da validade convergente (VC) quanto na discriminante (VD). Os resultados da validade convergente (VC) mostraram medidas fidedignas, com consistência interna superior a 0,700 (Hair Júnior *et al.*, 2019), como pode ser observado no coeficiente Alpha de Cronbach ($AC \geq 0,783$), Rho de Dillon ($Rho_A \geq 0,795$) e Confiabilidade Composta ($CC \geq 0,859$), todos sem indicativos de redundância de indicadores. No mesmo sentido, a Variância

Média Extraída (VME), superior a 0,500, convergiu com o bom ajustamento do modelo de mensuração no Controle Social (VME = 0,604), Participação Cidadã (VME = 0,683) e Transparência (VME = 0,590), que se mostraram capazes de explicar parcelas superiores a 50% da variância dos indicadores.

Tabela 4 – Validade convergente e discriminante (HTMT)

| Fator | Variáveis Latentes | AC | Rho_A | CC | VME | F1 | F2 |
|-------|---------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| F1 | Controle Social | 0,783 | 0,795 | 0,859 | 0,604 | | |
| F2 | Participação Cidadã | 0,852 | 0,907 | 0,895 | 0,683 | 0,152 | |
| F3 | Transparência | 0,862 | 0,867 | 0,896 | 0,590 | 0,483 | 0,460 |

Legenda: AC = Alpha de Cronbach; CC = Confiabilidade Composta; VME = Variância Média Extraída.

Fonte: Elaborada pelos autores.

Quanto à Validade Discriminante (VD), avaliada pelo critério Heterotrait-Monotrait Ratio (HTMT), os índices inferiores a 0,850 atenderam às recomendações de Hair Júnior *et al.* (2019) e convergiram quanto à capacidade dos fatores em medir aspectos distintos, evidenciando, portanto, validade discriminante. Conforme Henseler, Hubona e Ashay (2016), após a avaliação do modelo de mensuração, inicia-se a avaliação do modelo estrutural, sendo o coeficiente de determinação (R²) o ponto de partida.

Desta forma, conforme a Tabela 5, os r-quadrados foram, respectivamente, 0,178 e 0,158 para “Controle Social” e “Participação Cidadã”. Esse resultado mostra que a “Transparência” explica 17,8% do “Controle Social” e 15,8% da “Participação Cidadã”. Apesar de esses resultados serem considerados fracos por Hair Júnior *et al.* (2019), que consideram r-quadrado 0,75 alto, 0,50 moderado e 0,25 fraco, os mesmos autores recomendam analisar os coeficientes de determinação, consoante o contexto de investigação.

Portanto, como as relações do indivíduo e a Administração Pública são complexas e o número de variáveis exógenas é baixo, apenas uma, esses resultados podem ser avaliados como consideráveis. Quanto ao poder preditivo, o índice Stone-Geisser (Q²), com valores positivos para “Controle Social” e “Participação Cidadã”, indica que a “Transparência” é capaz de prever esses fatores.

Tabela 5 – Valores de R² e Q²

| Fatores | R-quadrado | R-quadrado ajustado | P-valor | Q2-Predict |
|-----------------|------------|---------------------|---------|------------|
| Controle Social | 0,178 | 0,176 | <0,01 | 0,168 |
| Transparência | 0,158 | 0,154 | <0,01 | 0,150 |

Fonte: Elaborada pelos autores.

Complementarmente, o Fator de Inflação da Variância (estatística VIF), com valores abaixo de 3,00, não indicou presença de redundância entre os preditores. Verificados esses pressupostos, a análise de caminhos feita pelo procedimento de reamostragem pelo *bootstrapping*, com 5.000 subamostras (Henseler; Hubona; Ashay, 2016; Hair *et al.*, 2019), forneceu evidências estatísticas para confirmar as hipóteses H1 e H2 e recusar H3, como mostra a Tabela 6.

Tabela 6 – Significância dos coeficientes do caminho, valores de p e f^2

| Hipótese | Descrição | Relação Esperada | VIF | f^2 | Beta | p-valor | Resultado |
|----------|-----------|------------------|-------|-------|--------|---------|-----------|
| H1 | TR=>CS | Positiva | 1,000 | 0,217 | 0,422 | <0,01 | Aceita |
| H2 | TR=>PC | Positiva | 1,217 | 0,170 | 0,417 | <0,01 | Aceita |
| H3 | CS=>PC | Positiva | 1,217 | 0,003 | -0,052 | N.S. | Recusada |

Legenda: TR = Transparência; CS = Controle Social; PC = Participação Cidadã.

Fonte: Elaborada pelos autores.

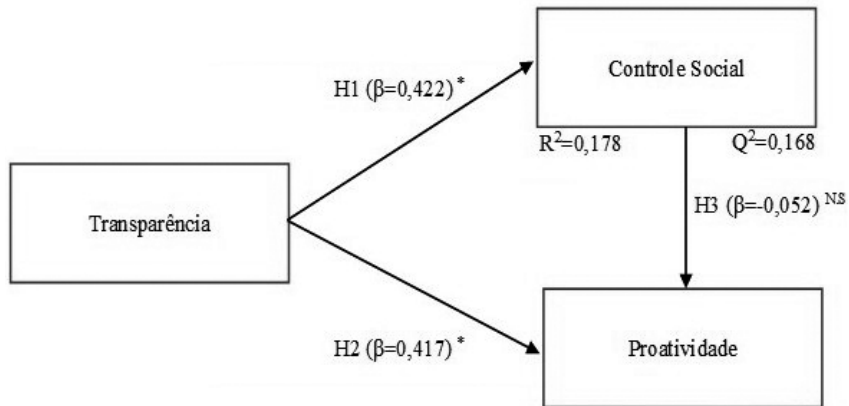
Em relação ao tamanho dos efeitos (f^2), que expressa o impacto no coeficiente de determinação (R²) da retirada dos preditores, tomando por base parâmetros de Cohen (2013), que classifica os efeitos em pequeno ($f^2 \geq 0,02$), médio ($f^2 \geq 0,15$) e grande ($f^2 \geq 0,35$), destacou-se o efeito grande entre “Transparência” e “Controle Social” ($f^2 = 0,08$) e “Transparência” e “Participação Cidadã” ($f^2 = 0,08$). Esse aspecto mostra que a redução na “Transparência” na Administração Pública prejudica fortemente tanto o “Controle Social” quanto a “Participação Cidadã”.

3.4 Discussão dos resultados

O presente estudo analisou os efeitos da transparência dos dados públicos no controle social e na participação cidadã do agente público. Os resultados mostraram, com a confirmação das hipóteses H1 e H2, que a transparência exerce influência positiva e significativa no controle social, assim como na participação cidadã, mas ter conhecimento e considerar importante o controle social não resulta em proatividade na fiscalização

cidadã, foi o que demonstrou a recusa da hipótese H3. Constatou-se que os resultados convergem com o arcabouço teórico sobre a temática. A Figura 2 resume o modelo.

Figura 2 – Resultado do modelo



Fonte: Elaborada pelos autores

Foi confirmada a hipótese H1 de que a transparência exerce influência positiva no controle social ($\beta = 0,422$; p-valor $< 0,01$). Nesse sentido, a divulgação de informações, garantindo acesso, publicidade e compreensibilidade, deve se concentrar na linguagem e em uma apresentação acessível (Platt Neto *et al.*, 2007; Santin; Frizon, 2020; Tavares; Bitencourt; Cristóvam, 2021). No contexto em que esses dados se apresentam, eles constituem as ferramentas a serem utilizadas para o controle social, assim, tanto os achados quanto o ponto de vista teórico reforçam que o aprimoramento das ferramentas é necessário para promover o seu exercício (Marco; Terci, 2022), o que converge para a confirmação da hipótese H2.

A hipótese H2 de que a transparência exerce influência positiva e significativa na participação cidadã também foi confirmada ($\beta = 0,417$; p-valor $< 0,01$), portanto, da análise dos dados também se constatou que o aumento da participação popular depende de uma ação efetiva do Estado, propiciando ao cidadão mecanismos de controle social. Para que isso ocorra, pesquisas sobre a temática apontam que os dados abertos devem ser completos, primários, atuais, acessíveis e livres de licença, havendo necessidade de ampliação da inclusão digital e de que as informações devem ser direcionadas ao público sem tecnicismo, ou seja, elas devem ser reais, periódicas e expostas de maneira didática, sendo esses alguns dos mecanismos que devem ser utilizados pelo Estado para estimular o engajamento da população em prol do controle

social (Platt Neto *et al.*, 2007; Keunecke; Teles; Flach, 2011; Possamai; Souza, 2020; Rigoni; Gonzaga; Zuccolotto, 2021).

Destaca-se que a pesquisa, por meio da não confirmação da hipótese H3 ($\beta = -0,052$; p-valor N.S), demonstra a inexistência de evidência de que apenas o conhecimento sobre controle social seja suficiente para aumentar a participação popular na fiscalização da gestão pública, sendo tal fato confirmado pela literatura, haja vista estudos demonstrando que os indivíduos entendem e sabem da importância do controle social, porém não o exercem (Muller *et al.*, 2020; Pinho; Vale, 2021; Ferreira; Mau; Nunes, 2022).

A recusa da hipótese H3 reforça que, mesmo com todo o rol legislativo existente no Brasil, que legitima o acesso à informação, não há adesão por parte da sociedade civil em acompanhar e fiscalizar os atos da Administração Pública, seja de maneira espontânea, quando o indivíduo começa a participar por sua própria convicção, sem ser influenciado ou persuadido por outras instituições ou indivíduos, ou voluntária, quando o grupo é criado pelos próprios participantes, que definem sua própria organização, os objetivos e métodos de trabalho (Muller *et al.*, 2020; Pinho; Vale, 2021; Oliveira; Ckagnazarof, 2023).

Assim, depreende-se que a transparência não se resume simplesmente à divulgação de dados, ela não é um objetivo em si, devendo servir a uma finalidade específica, no caso, a *accountability*, que se entende como prestação de contas e, por consequência, como exercício do controle social. Reforça-se o consenso literário de que os portais da transparência são o meio mais eficaz para a promoção do exercício do controle social e efetivação da *accountability* (Sell *et al.*, 2018; Saldanha; Silva, 2020; Marco; Terzi, 2022).

Ademais, os debates sobre transparência devem ir além de simplesmente disponibilizar informações, pois a discussão perpassa pela geração de dados de qualidade sobre os serviços públicos e seus desempenhos, evidenciando, assim, a boa governança, porém, se de um lado o Estado é responsável por isso, por outro, a sociedade deve utilizar tais dados, fiscalizando os serviços públicos, avaliando-os e fortalecendo a democracia (Pinto, 2014; Macedo, 2019; Martins; Olivieri, 2020; Saldanha; Silva, 2020).

A pesquisa, considerando a confirmação das hipóteses H1 e H2, indica que o fortalecimento dos mecanismos de transparência pode resultar na ampliação da interação entre cidadão e governo.

CONCLUSÃO

A pesquisa trouxe relevância na investigação dos estudos sobre transparência pública, pois analisou, por meio de técnicas quantitativas, na forma de estatística descritiva, correlacional e multivariada (análise fatorial exploratória) e modelagem de equações estruturais na forma de mínimos

quadrados parciais (PLS-SEM), a influência dos dados governamentais abertos na percepção do controle social e na atuação cidadã dos agentes públicos do estado do Pará.

Destaca-se que a história da democracia no Brasil é marcada por avanços, retrocessos e lutas por participação política e direitos civis, oscilando entre autoritarismo e redemocratização, sendo a transparência a base para que os cidadãos tenham acesso ao que é necessário para exercer o controle social, promovendo a edificação de uma democracia robusta e duradoura. Portanto, as formas de participação espontânea e voluntária devem ser constantemente estimuladas e aperfeiçoadas.

Desde a redemocratização positivada na Constituição Federal de 1988, observa-se um avanço significativo nas legislações para o aperfeiçoamento da transparência e controle. Contudo, diante dos resultados encontrados, percebe-se que há pouco engajamento populacional em exigir os direitos existentes. Ou seja, há previsão legislativa garantindo a transparência das informações públicas, mas, na prática, pouco se cobra esse direito. Isso é comprovado não só com o resultado da pesquisa, mas também com o baixo índice de pedidos de informações fundamentados na LAI.

Percebe-se que os fatores encontrados, denominados de Transparência, Controle Social e Participação Cidadã, confirmam que o cidadão sabe da existência e da importância da transparência dos dados governamentais, porém, é inerte no sentido de atuar mais ativamente na fiscalização da Administração Pública, o que converge com o arcabouço teórico existente.

Com a confirmação das hipóteses H1 e H2, de que a transparência exerce influência positiva e significativa no controle social e na atuação cidadã, sugere-se que políticas públicas para o desenvolvimento do controle social sejam criadas e aperfeiçoadas, visando melhorias na forma e na didática com que os dados públicos são expostos, além de mecanismos que estimulem a participação popular e que demonstrem resolutividade nas demandas da população.

Foi ainda constatado numericamente, com a recusa da hipótese H3, que o conhecimento sobre controle social não garante uma atuação mais participativa na gestão pública, resultando assim em uma pesquisa na área de ciências sociais, utilizando técnicas estatísticas para sua validação. Nesse caso, houve um avanço teórico a partir de dados concretos, diminuindo a lacuna teórica existente sobre a temática.

Ressalta-se que uma das limitações desse estudo foi a de sensibilizar o público escolhido acerca da importância da pesquisa e a de responder ao questionário, pois algumas pessoas tiveram receio de acessar o link repassado, pela possibilidade de ser um “golpe” ou “vírus”, preferindo responder ao formulário de maneira manual, o que dificultou a contabilização dos dados.

Depreende-se dessa pesquisa que o estudo sobre transparência vai muito além de analisar se os portais estão de acordo com a legislação, sendo um assunto que engloba inúmeras camadas pautadas na democracia, atuação política, órgãos de controle e cidadania. Portanto, é um amplo e dinâmico campo de observação.

Sugere-se que pesquisas futuras sejam feitas com outras pessoas que não sejam agentes públicos e que comparem com o resultado existente para averiguar se há diferença nas hipóteses levantadas. Outra possibilidade é limitar o público ao cargo público exercido, ou até mesmo em diferentes órgãos e esferas públicas, e mensurar se há disparidade por conta disso. Ademais, outra alternativa de avanço na pesquisa sobre o assunto em tela é buscar identificar quais os motivos de que, mesmo havendo conhecimento sobre o controle social, não há uma atuação mais participativa da sociedade.

Por fim, salienta-se a importância de pesquisas na área de transparência pública, associadas a métodos estatísticos avançados, unindo, assim, estudos teóricos a dados numéricos, possibilitando um entendimento melhor e positivado do anseio populacional em prol da gestão pública e, por conseguinte, o fortalecimento da democracia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Júlio Cesar Andrade de; PINHO, José Antonio Gomes de. Sentidos e significados da participação democrática através da Internet: uma análise da experiência do Orçamento Participativo Digital. *Revista de Administração Pública*, v. 48, p. 821-846, ago. 2014.

ANDRADE FILHO, Aroldo Carlos Ferreira; DE MENEZES, Ailson Andrade. Controle Social: Ferramenta Para o Exercício da Cidadania/Social Control: Tool for the Exercise of Citizenship. ID on-line *Revista de Psicologia*, v. 13, n. 44, p. 945-961, fev. 2019.

BALDISSERA, Juliano Francisco et al. Influência dos aspectos socioeconômicos, financeiro-orçamentários e político-eleitorais na transparência dos governos locais. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 340-359, mar./abr. 2020.

BEZERRA, Letícia Lauany Gomes; RAMOS, Júlio Cezar Costa. A Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência) e a Gestão Pública/The Complementary Law 131/2009 (Transparency Law) and Public Management. ID on-line. *Revista de Psicologia*, v. 13, n. 44, p. 796-810, fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Olho vivo no dinheiro público*. Brasília: CGU, 2012. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controlado_social/arquivos/cartilhaolhovivo_baixa_v2.pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 189, p. 114-122, 1992.

BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; SCHURGELIES, Vinicius. *Accountability* nos atos da administração pública federal. *Revista Pretexto*, p. 46-62, out./dez. 2018.

COHEN, J. *Statistical power analysis for the behavioral sciences*. New York: Taylor & Francis, 2013.

DA SILVA, Vini Rabassa; DE MEDEIROS, Mara Rosange Acosta. Desafios e possibilidades para o controle social de políticas públicas no atual contexto de retrocesso dos direitos sociais. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 1-12, out. 2020.

ELOY, Christinne; FRANÇA, Henrique. Jornalismo e transparência: um levantamento sobre o uso de ferramentas de acesso à informação por profissionais da imprensa e seus efeitos na produção de notícias. In: SEMINÁRIO DE SABERES ARQUIVÍSTICOS INTERNACIONAL, 9. ed., 2019, Coimbra. *Anais [...]*. João Pessoa, 2021, p. 238-248.

FÁVERO, Luiz. P. et al. *Análise de dados: modelagem multivariada para a tomada de decisão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes; FERNANDES, Ivan Filipe; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Transparência dos governos subnacionais: o impacto da desigualdade na transparência. *Revista de Administração Pública*, v. 57, p. e2023-0025, dez. 2023.

FERREIRA, Marco Aurelio Marques; MAU, Gabrielle Fontes; NUNES, Camila do Nascimento. Transparência e participação social no setor público: uma via de mão dupla. *Participación social y políticas públicas en Iberoamérica*, p. 423-444, 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política da publicidade. *Lua nova: revista de cultura e política*, p. 65-94, jan. 2012.

GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan G.; WELCH, Eric W. Developing and testing a theoretical framework for computer mediated transparency of local governments. *Public Administration Review*, v. 72, n. 4, p. 562-571, jun. 2012.

HAIR JUNIOR, Joseph F. et al. *Análise multivariada de dados*. 9. ed. São Paulo: Bookman, 2009.

HAIR, JUNIOR, Joseph F. *et al.* When to use and how to report the results of PLS-SEM. *European Business Review*, v. 31, n. 1, p. 2-24, jan. 2019.

HANSSON, Karin; BELKACEM, Kheira; EKENBERG, Love. Open government and democracy: A research review. *Social Science Computer Review*, v. 33, n. 5, p. 540-555, dez. 2014.

HENSELER, Jörg; HUBONA, Geoffrey; ASHRAY, Ash R. Using PLS path modeling in new technology research: updated guideline. *Industrial Management & Data Systems*, v. 116, n. 1, p. 2-20, Feb. 2016.

KEPING, Yu. Governance and good governance: A new framework for political analysis. *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, v. 11, p. 1-8, Oct. 2018.

LIMA, Cristiane Cunha Pitta; BRANDÃO, Pamela de Medeiros. Transparência no Campo da Administração Pública: Um Estudo na Produção Científica dos Programas de Pós-Graduação Brasileiros. *Revista da CGU*, Brasília, v. 12, n. 21, p. 64-79, jan./jun. 2020.

MACEDO, Vanessa Rodrigues de. Os Impactos da Transparência no Brasil para a Gestão Pública, a Prestação de Contas e a Participação Social. *Revista da CGU*, v. 11, n. 20, p. 1293-1298, out. 2019.

MARCO, Cláudio Augusto Ferreira Di; TERCI, Eliana Tadeu. Transparência municipal e controle social: a visão dos Observatórios Sociais sobre os portais de transparência e acesso à informação. *Interações (Campo Grande)*, v. 23, p. 313-330, abr./jun. 2022.

MARÔCO, João. *Análise estatística com SPSS Statistics*. Pêro Pinheiro: Repornumber, 2014

MARRARA, Thiago. Princípios de processo administrativo. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 7, n. 1, p. 85-116, jan. 2020.

MARTINS, Gilberto de Andrade. Sobre conceitos, definições e constructos nas ciências administrativas. *Gestão & Regionalidade*, v. 22, n. 62, p. 28-35, jul./dez. 2005.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da investigação científica para Ciências Sociais Aplicadas*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Larissa de Jesus; OLIVIERI, Cecília. Contratualização de resultados: fragilidades na transparência e baixa accountability das organizações sociais. *Revista de Administração Pública*, v. 53, p. 1189-1202, nov./dez. 2020.

MATHEUS, Ricardo; JANSSEN, Marijn. A Systematic literature study to unravel transparency enabled by open government data: The window theory. *Public Performance & Management Review*, v. 43, n. 3, p. 503-534, dez. 2019.

MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de; LACERDA, Alan Daniel Freire. Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades. *Sociologias*, v. 17, p. 156-191, jan./abr. 2015.

MOREIRA, Ana Paula da; DIAS, Lidiane Nazaré da Silva. CPT374 – Lei de Acesso à Informação: Uma análise de sua utilização a partir dos meios de comunicação do país. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS (ANPCONT), 13. ed., 2019, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ANPCONT, 2019.

OLIVEIRA, Daniel José Silva; CKAGNAZAROFF, Ivan Beck. A participação cidadã como um dos princípios de Governo Aberto. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 28, p. e84867-e84867, dez. 2023.

PLATT NETO, Orion Augusto *et al.* Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. *Contabilidade Vista & Revista*, v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./mar. 2007.

PINHO, Ruth Carvalho de Santana; VALE, Taianny Sterphanny Lima do. Controle social: uma análise entre percepção e prática. *Revista Controle: Doutrinas e artigos*, v. 19, n. 2, p. 332-365, maio 2021.

PINTO, Daniely Wasilewski *et al.* Teoria da agência e o controle social da gestão pública. *Revista Organização Sistêmica*, v. 5, n. 3, p. 100-109, jan./jun. 2014.

POSSAMAI, Ana Júlia; DE SOUZA, Vitoria Gonzatti. Transparência e dados abertos governamentais: possibilidades e desafios a partir da lei de acesso à informação. *Administração Pública e Gestão Social*, p. 1-20, abr./jun. 2020.

RIGONI, Briscia Oliveira Prates; GONZAGA, Rosimeire Pimentel; ZUCCOLOTTO, Robson. Transparência e Accountability: Análise dos Indicadores de Gestão dos Institutos Federais de Educação. *Revista de Contabilidade, Gestão e Governança (CGG)*, v. 24, n. 3, p. 406-422, set./dez. 2021.

SABIONI, Marjorie; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; REIS, Anderson de Oliveira. Rationalities in motivation for citizen participation in social *accountability*: A Brazilian local experience. *Cadernos EBAPE. BR*, v. 16, p. 81-100, jan. 2018.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin; SILVA, Marcela Barbosa da. Transparência e *accountability* de algoritmos governamentais: o caso do sistema eletrônico de votação brasileiro. *Cadernos EB/APE*. BR, v. 18, n. spe, p. 697-712, nov. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; FRIZON, Leone. Administração consensual, accountability e transparência na administração pública brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 1435-1458, jun. 2020.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. *Organizações & Sociedade*, v. 9, p. 115-137, ago. 2002.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Mizuno, 2022.

SOFYANI, Hafeez; RIYADH, Hosam Alden; FAHLEVI, Heru. Improving service quality, accountability and transparency of local government: The intervening role of information technology governance. *Cogent Business & Management*, v. 7, n. 1, p. 2-20, mar. 2020.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. A Lei do Governo Digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 3, p. 788-813, dez. 2021.

TAVARES, André Afonso; SOUZA, Reginaldo Vieira de. A exclusão digital e a cidadania participativa na sociedade em rede. Meritum, *Revista de Direito da Universidade FUMEC*, p. 283-299, set. 2021.

THANH, Su Dinh; HART, Neil; CANH, Nguyen Phuc. Public spending, public governance and economic growth at the Vietnamese provincial level: A disaggregate analysis. *Economic Systems*, v. 44, n. 4, p. 2-20, Dec. 2020.

ZUCCOLOTTO, Robson; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Gestão Social, Democracia, Representação e Transparência: evidências nos estados brasileiros. *Revista de Ciências da Administração*, v. 17, p. 79-90, jun. 2015.

O PARADIGMA DO RISCO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: HORIZONTES POSSÍVEIS

*THE RISK PARADIGM AND THE EXPANSION OF
CRIMINAL LAW: POSSIBLE HORIZONS*

*Kaique Ruan Rezende Santos¹
Hamilton da Cunha Iribure Júnior²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A sociedade de risco e alguns impactos no Direito Penal. 2. *Pessima respublica, plurimae leges*: a expansão do Direito Penal. 3. O ponto máximo da expansão: o(s) discurso(s) punitivista(s). Conclusão. Referências.

1 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharel em Direito pela FDSM. Graduado em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Engenharia Civil pela PUC-Rio. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá (UNIC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e em Engenharia Civil pela UFMT. Professor Adjunto da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor convidado dos cursos de especialização da PUC-SP.

RESUMO: O presente trabalho analisa alguns impactos que o paradigma do risco impõe ao Direito Penal, assim como o conseqüente fenômeno expansivo do Direito Penal, que busca dar respostas a problemas sociais de violência e criminalidade em sociedades complexas. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia dedutiva de pesquisa bibliográfica interdisciplinar. Por fim, faz uma análise do Direito Penal do Inimigo como ponto máximo de uma sociedade que busca, em normas criminalizadoras, respostas para diversos problemas sociais. Os resultados apontam que o fenômeno expansivo do Direito Penal é uma crescente em sociedades que buscam cada vez mais segurança e tentam se encontrar em meio à perda de referenciais que marcam as sociedades atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco. Expansão do Direito Penal. Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Política Criminal.

ABSTRACT: This paper analyzes some of the impacts that the risk paradigm imposes on Criminal Law, as well as the consequent expansive phenomenon of Criminal Law, that seeks to respond to social problems of violence and crime in complex societies. To this end, it uses a deductive methodology of interdisciplinary bibliographical research. Finally, it analyzes the Criminal Law of the Enemy as the highest point of a society that looks to criminal norms for answers to various social problems. The results show that the expansive phenomenon of Criminal Law is growing in societies that are increasingly seeking security and trying to find themselves amid the loss of references that mark today's societies.

KEYWORDS: Risk society. Expansion of Criminal Law. Criminal Law. Enemy Criminal Law. Criminal Policy.

INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas são complexas e marcadas por medos, inseguranças e riscos. Escritores já caracterizaram as sociedades atuais como sociedade da informação, sociedade do consumo, entre outras. Neste trabalho, partimos do paradigma do risco de Ulrich Beck para compreender as sociedades contemporâneas ou de modernidade tardia e os impactos que esse paradigma acarreta na seara do Direito Penal.

Se, por um lado, a sociedade atual clama por mais segurança e intervenção penal, lado outro, princípios clássicos do Direito Penal são relativizados, e os alicerces que sustentam este ramo do direito começam a estremecer e a ruir em face de uma atuação de legisladores que priorizam normas criminalizadoras para problemas sociais complexos.

Utilizamos uma metodologia dedutiva de pesquisa bibliográfica interdisciplinar para entender essa dinâmica. Assim, partimos do estudo da obra do sociólogo alemão e dos impactos que, ao assumir esse paradigma, podemos encontrar no âmbito do Direito Penal. Em seguida, fazemos uma análise do fenômeno da expansão do Direito Penal e, por fim, analisamos o discurso do Direito Penal do Inimigo, que, muito embora tenha se iniciado na década de 1980, cotidianamente possui catalisadores para sua efetivação e busca cada vez mais criminalizar condutas a fim de garantir proteção à sociedade.

1. A SOCIEDADE DE RISCO E ALGUNS IMPACTOS NO DIREITO PENAL

Ulrich Beck, ao analisar a sociedade contemporânea, coloca o conceito de risco como paradigma das sociedades de modernidade tardia. Ao buscar um entendimento para o conceito de risco, o autor se questiona se este não seria um fenômeno originário de qualquer ação humana. Apesar de a noção de risco não ser uma invenção da modernidade, Beck entende que o risco pré-moderno estava vinculado a uma perspectiva de risco individual (riscos pessoais). Contudo, com o advento da modernidade e o crescente processo de modernização,³ desde então, a modernidade tardia desencadeou “riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida” (Beck, 2011, p. 23).

³ Modernização significa para o autor “o salto tecnológico de racionalização e transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção socio-científica da modernização, indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social”. A fim de simplificar a linguagem, o autor não faz uma distinção entre modernização e industrialização, sendo empregada a “modernização” como um conceito generalizante (Beck, 2011, p. 23).

Afinal, de que se trata a sociedade de risco? O autor enxerga, nas últimas décadas do século XX, uma sociedade na qual está permanentemente em riscos, sejam esses riscos na esfera ambiental, nas mudanças climáticas, nos alimentos contaminados, na violência etc. O que antes significava, fundamentalmente, progresso – um horizonte vindouro para a sociedade com o avanço das tecnologias – passa a ser, na sociedade industrial, mais visível os perigos gerados por ela. Assim, a partir do momento em que estamos diante desses riscos explícitos e implícitos, estaremos, portanto, na sociedade de risco.

Em seu livro, o sociólogo alemão traz o exemplo de Chernobyl (1986) como representação de uma sociedade fundamentalmente de risco, haja vista que foi nesse acidente nuclear que pessoas alheias ao desenvolvimento atômico sofreram as consequências do evento. Se, na sociedade industrial, era possível vislumbrar o risco no local da própria esfera de produção, nessa sociedade de risco, já não é mais possível, pois o evento danoso, gestado em uma determinada localidade, pode se espalhar indistintamente e, nessa perspectiva, de difícil previsão de danos, tornando-se um evento global.

Pois bem, Beck apresenta cinco teses pelas quais se pode entender a dinâmica social e a arquitetura da sociedade de risco, as quais serão abordadas a seguir. O primeiro ponto levantado pelo autor é que os “riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas (...) diferenciam-se claramente das riquezas” (Beck, 2011, p. 27). O autor entende que, apesar de os riscos, por vezes, apresentarem danos irreversíveis, esses são invisíveis, pois não nos é possível identificar claramente a localidade desses riscos, sendo que nos é possibilitado acreditar nestes riscos pela via do conhecimento científico. A título de exemplo, podemos pensar no fenômeno do efeito estufa, que, embora invisível, podemos senti-lo e compreendê-lo por meio do conhecimento científico.

O segundo ponto levantado pelo autor diz o seguinte:

com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaça. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classes sociais, fazendo valer, entretanto uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles (Beck, 2011, p. 27).

Se, por um lado, os riscos estão presentes para todos, ricos ou pobres, e os efeitos dos riscos atingem a todos indistintamente, lado outro, o autor entende que a diferença entre as classes ou a divisão internacional do trabalho possibilita uma maior segurança em face dos efeitos deletérios dos riscos. Há uma distinção entre os efeitos gestados em uma determinada comunidade

ou outra em razão do capital. Todavia, para o autor, se pensado em uma perspectiva de longo prazo, os riscos irão atingir a todos.

O terceiro ponto trata-se da “expansão e mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, antes elevando-a a um novo estágio. Riscos da modernização são big business. (...) os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo” (Beck, 2011, p. 28). O autor entende que o modo de produção social de riquezas não é questionado em face dos riscos apresentados. Na balança entre os dois, os riscos não serão sempre evitados e, à medida que houver a expansão do modo de produção capitalista, sempre haverá riscos permeando-o. Para o autor, o fato da existência dos riscos não quer dizer que irá mudar o nosso modo de produção capitalista.

O quarto ponto da argumentação do autor se refere às “riquezas podem ser possuídas; em relação aos riscos, porém, somos afetados; ao mesmo tempo, eles são atribuídos em termos civilizatórios” (Beck, 2011, p. 28). Beck entende que o desafio civilizacional é compreender que, na dinâmica da sociedade de risco, precisamos ter a consciência de que os riscos existem e que eles, por vezes invisíveis, afetam a vida de todos de maneira significativa.

Por fim, Beck irá dizer que os “riscos socialmente reconhecidos, da maneira como emergem claramente, pela primeira vez, no exemplo das discussões em torno do desmatamento, contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido por apolítico torna-se político – o combate às causas no próprio processo de industrialização” (Beck, 2011, p. 28). Assim, questões que antes não eram discutidas no âmbito público e político agora passam pelo crivo da sociedade, pois os impactos gerados pelos riscos são questões a serem debatidas e enfrentadas. A esfera de debate amplia-se, pois há um potencial político dos eventos danosos à sociedade.

Nas sociedades contemporâneas ou de modernidade tardia, há que se entender estas como uma confrontação dos alicerces da modernidade com as consequências advindas da modernização. Nas palavras de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 30), “os fenômenos da sociedade do risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial”.

Essa dissolução das bases da sociedade industrial reflete, também, no âmbito do Direito Penal, visto que seus princípios serão postos à prova. Ora, o Direito Penal moderno fundou-se com suas premissas liberais, rogando a esse ramo do direito uma intervenção subsidiária; dito de outra forma, caberia ao Direito Penal uma intervenção que fosse a *ultima ratio* e protegesse os bens jurídicos individuais contra as violações que os demais ramos do direito não fossem capazes de suportar e restassem ineficientes. Contudo, a sociedade de risco coloca novos desafios à prevenção dos riscos,

o que abala o sistema penal como um todo trazendo conflitos nas estruturas e instituições penais.

Muito embora vivamos num período da experiência humana que possa ser considerado o mais seguro, diametralmente oposta é a sensação que os seres humanos têm em relação à percepção da insegurança. Claudio do Prado Amaral (2007, p. 67) coloca que “essa busca incessante por segurança acaba por converter-se em um motivo de ordenação dominante da vida social, chegando-se mesmo a falar em ‘direito humano’ à segurança”.

Dito isso, ainda que não vejamos na sociedade contemporânea o paradigma da sociedade de risco, vale a ponderação feita por Ana Elisa Bechara (2014, p. 212), que a qualifica como sendo “ao menos como uma sociedade complexa, na qual, em razão da alta tecnicidade e industrialização, há uma série crescente de relações de interação interpessoais anônimas, a questionar e redefinir dinamicamente os interesses mercedores de tutela penal”.

Da relação entre Direito Penal e sociedade de risco, Salvador Netto (2006, p. 82-83) identifica duas características, quais sejam: “a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema” e a “constância das desilusões ao invés de impulsionar uma releitura do sistema resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento”.

A primeira característica está ligada ao fato de que o sistema jurídico penal atualmente possui diversas filiações e posicionamentos, um sincretismo de ideias, o que gera incertezas e falta de concretude, resultando em um sistema que não é coeso. De maneira geral, há um desencaixe na estrutura de controle tradicional, pautada nos princípios penais liberais, e a conformidade social que se apresenta atualmente, fato esse que pode ser sintetizado como um momento de incertezas e diversos questionamentos no âmbito penal. Já a segunda característica dessa relação resulta das desilusões em face do Direito Penal, que não produzem respostas em face dos novos problemas e, para o autor, além disso, não geram uma revisão no Direito Penal e, ao contrário, geram uma criminalização absoluta com maior rigor, severidade e extensão.

Amaral (2007, p. 62) coloca três características pelas quais se nota a sociedade de risco no âmbito do Direito Penal. O primeiro aspecto apresentado pelo autor é “o aumento dos perigos atuais em relação a épocas passadas”, visto que ameaças contemporâneas não se restringem a causas naturais, geológicas ou epidêmicas. Por outro lado, o fator humano inserido, e esse pode ocasionar diversas intercorrências, como na imputação das consequências indesejadas. Tanto indivíduos como sujeitos coletivos podem ter responsabilidades, o que ocasiona num debate sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A segunda característica versa sobre o fato do “aumento da complexidade da distribuição organizada das relações de responsabilidades” (Amaral,

2007, p. 64). Entende o autor que, na sociedade de risco, há uma crescente diluição das responsabilidades em face da maneira como são constituídos os processos de trabalho, que se tornam cada vez mais especializados e, por vezes, não estabelecem relações entre os indivíduos envolvidos em um determinado processo. Sendo assim, um sujeito pode entender que suas ações não contribuem para uma determinada ação lesiva. Por tudo isso, fica mais difícil definir a culpabilidade nesse cenário no qual o fator individual e o dano são de difícil conexão.

Por fim, a última característica “é o estado subjetivo de insegurança pública que é gestado na sociedade” (Amaral, 2007, p. 66). Disso decorre que a sociedade busca no Direito Penal soluções que talvez não estejam nessa seara, muito em vista do princípio da subsidiariedade, o que, ao fim e ao cabo, gera uma expansão penal e um modelo mais intervencionista.

A sociedade de risco e os impactos na seara penal, a partir daqui, serão analisados sob dois vieses. O primeiro diz respeito à mudança paradigmática da defesa de bens jurídicos individuais para aqueles amplos e abstratos, os chamados direitos supraindividuais (difusos e coletivos)⁴, e o segundo será a respeito do constante medo gerado na sociedade por meio do aumento da sensação de insegurança, causado pela criminalidade de massas, acarretada pela sociedade de risco. Segundo Salvador Netto (2006, p. 115), essa sociedade “ao não resolver o problema da divisão da riqueza aprofunda os bolsões de pobreza e de exclusão social, diminuindo, além disso, os mecanismos de controle informais (família, igrejas, centros comunitários etc.)”. Outrossim, no anseio por resolver problemas advindos da sociedade de risco, o Direito Penal, com os preceitos liberais, não mais consegue oferecer respostas, buscando, assim, na tipificação total uma solução para diminuir riscos produzidos pelo próprio homem. Nessa perspectiva, o Direito Penal passa da *ultima ratio* à *prima ratio* na busca pela resolução de conflitos.

O caminho no qual a sociedade de risco tem levado o Direito Penal nos parece entrar em contradição com o objetivo que Fabio Konder Comparato (2005) atribui a esse ramo do direito quando afirma que o Direito Penal deve garantir as conquistas da humanidade. Nessa sociedade de risco, não há mais segurança, e sim o risco, que está em todo lugar.

Pois bem, a sociedade mundial do risco e as consequências dos problemas ocasionados pelo grande avanço tecnológico, a biotecnologia, a violência, entre outros aspectos, e a consequente insegurança desses avanços geraram nas sociedades uma demanda por mais segurança. Os governantes, muitas das vezes, encontram no Direito Penal uma solução rápida para essa demanda por mais segurança. Nas palavras de Hassemer (1994, p. 41), “o direito penal é barato política e economicamente”. Outro fator advindo

4 Sabe-se que a doutrina jurídica faz uma distinção entre direitos transindividuais, coletivos e difusos, contudo, na esteira do estudo feito por Rodrigues Machado, não faremos essa distinção.

dessa insegurança é o que Machado (2005, p. 94) identifica como sendo “a relação de desconfiança estabelecida no que se refere à ciência, responsável pela criação de novos riscos, legitima o abandono das soluções para gestão dos riscos ligados a ela, para reivindicar a intervenção punitiva do Estado nesta seara”.

A autora entende que os problemas postos pela sociedade de risco impõem uma série de implicações ao Direito Penal atual, visto que as ferramentas do Direito Penal clássico, quais sejam: os princípios da subsidiariedade, da taxatividade, da lesividade, a proteção de bens jurídicos individuais etc., não conseguem fazer frente aos crimes surgidos na sociedade de risco. Estes crimes podem ser exemplificados a partir dos crimes econômicos, ambientais, o crime organizado, comércio internacional de armas etc. Vale dizer que, na esteira de Winfried Hassemer, a autora faz uma distinção entre a criminalidade moderna e a criminalidade de massas. Esse último está ligado aos crimes do cotidiano, tais como: roubos, furtos, sequestro, crimes de menor potencial ofensivo etc. Já os crimes oriundos da sociedade de risco estariam mais atrelados à criminalidade moderna, que possui como características os danos causados não terem uma visibilidade de fácil percepção, atingir bens jurídicos supraindividuais e não possuírem uma vítima individual (Machado, 2005, p. 97). Dito isso, a autora entende que ambas as criminalidades, tanto a moderna quanto a de massas, impactam nos problemas de segurança e eficiência do Direito Penal e, nessa perspectiva, são causadoras da sensação de insegurança na sociedade.

Na tentativa de proteção da sociedade de riscos tecnológicos e afins, há uma mudança no Direito Penal em relação à proteção de bens jurídicos individuais para os supraindividuais, segundo Machado:

a adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade do risco revela o predomínio, na mais recente tendência político-criminal, de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais (2005, p. 106).

Esse processo de mudança e extensão no tratamento dos bens jurídicos individuais para os supraindividuais denomina-se “desmaterialização, dinamização ou ainda espiritualização” (Machado, 2005, p. 112). A mudança se dá a partir de uma concepção clássica atribuída a Birnbaum (1834), cujo conceito de delito estava vinculado à lesão de um bem (relação do sujeito com o objeto de valoração). Contudo, desta premissa clássica, que tem fundamento concreto e antropocêntrico em relação ao bem a ser protegido, passa-se a um perfil cada vez mais difícil de delimitação da causalidade e do

dano, pautando-se pela criminalização de condutas que representem riscos, isto é, que sejam lesivas ou perigosas. Dessa maneira, como aduz a autora,

nas áreas influenciadas pelo aparecimento dos novos riscos, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto (Machado, 2005, p. 106).

É nesse contexto que ocorre também o que Hassemer (1994, p. 41) chama de “acessoriedade administrativa”, isto é, quando o poder executivo define, por meio de um ato, o delito. Callegari e Andrade (2020, p. 115-140) entendem que esta mudança do caráter clássico do bem jurídico para o supraindividual “proporciona a substituição da tutela de bens concretos à tutela de ‘funções, instituições e modelos de organização’, restando ao Direito Penal, desse modo, ser um reforço às normas e funções administrativas”.

Em face das complexas relações intersubjetivas e dessa nova conformação social que se coloca e impõe novos modelos de proteção ao bem jurídico penal, autores como Flavio Eduardo Turessi (2015, p. 223) defendem a seguinte tese: “devem coexistir, portanto, duas linhas de atuação para o Direito Penal: uma voltada para a tutela de bens jurídicos individuais e outra voltada para a tutela de bens jurídicos coletivos, com regras diferenciadas, inclusive no campo processual penal”. O autor se coloca nesse debate de maneira a relativizar os princípios do Direito Penal, e diz que, nesse contexto social do risco, o “Direito Penal deve sim ser flexibilizado em sua dogmática, flexibilização que, pautada por seus princípios informadores e pelo próprio texto constitucional, não é ilimitada” (Turessi, 2015, p. 224).

Até aqui, observamos uma das facetas impostas pela sociedade de risco, que demonstra a vulnerabilidade do modelo de sociedade atual, que, ademais, impõe medidas no tempo presente visando riscos futuros, fundamentalmente aqueles oriundos de questões ambientais, macroeconômicas e crimes transnacionais.

Em um segundo viés para os reflexos penais, Marina (2000) coloca que, na sociedade atual, tem-se uma elevada percepção do risco, uma sensibilidade ao risco, na medida em que a sociedade atual tem uma sensação a esse risco maior do que de fato ele é, inclusive em razão da intensa cobertura que é feita pela imprensa. A perda de liberdade na sociedade contemporânea é notória em face de uma busca por mais segurança. Zaffaroni afirma que,

a criminologia midiática oculta do público é a potenciação do controle redutor de nossa liberdade. Ao criar a necessidade de proteger-nos deles,

justifica todos os controles estatais, primitivos e sofisticados, para prover segurança. Em outras palavras: o nós pede ao Estado que vigie mais o eles, mas também o nós, porque necessitamos ser monitorados para ser protegidos (2013, p. 210).

Salo de Carvalho coloca a respeito do impacto produzido pela mídia que

à formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo (2010, p. 14).

Outro fator atrelado à sensibilidade do risco e que se soma a essa ideia é a cultura do medo. Regina Pastana (2005, p. 183) a define como a “somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduz a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetua uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos”.

Aqui, vale ponderar, também, duas observações feitas por Mascarenhas, que impactam na insegurança coletiva. O primeiro efeito relaciona-se com a mass media e a maneira como divulga as notícias, o que acaba por confundir as pessoas. Vale dizer que o autor não aborda se essa confusão ocorre de maneira intencional ou não, mas fato é que, segundo ele, há um certo “desencontro entre o que se noticia pela mídia e a realidade” (Mascarenhas, 2019, p. 37). Outro ponto destacado pelo autor é que essa insegurança nem sempre tem origem na mass mídia e, nesse sentido, por vezes, é o próprio Estado o responsável por divulgar notícias que têm o potencial de espalhar insegurança.

Há que se levar em consideração também, nos apontamentos a respeito da “sensibilidade ao risco” e a consequente sensação de insegurança da sociedade atual alguns aspectos exemplificados por Silva Sánchez. Segundo o autor (Silva Sánchez, 2013, p. 42), estamos diante de uma sociedade em contínua aceleração, o que, ao fim e ao cabo, acaba gerando mais insegurança. Além disso, o *boom* informacional que está disponível no tempo presente e a busca por informações fidedignas, haja vista que não raro das vezes essas se mostram contraditórias, geram incertezas na sociedade. Somando-se a isso, temos uma lógica de mercado que prioriza indivíduos solitários

e que estejam sempre disponíveis aos afazeres do capital, o que ocasiona instabilidade emocional. Por tudo isso, podemos concluir que vivemos em uma sociedade em crescente desorientação pessoal.

O autor afirma, inclusive, que os meios de comunicação em massa possuem relação com essa “sensibilidade ao risco”, na medida em que comunicam por reiteradas vezes notícias de cunho mórbido, sendo o conteúdo apresentado de forma dramatizada. Além disso, na sociedade da informação, temos uma ideia de aldeia global, cuja realidade faz com que aquele indivíduo que esteja distante de um determinado fato tenha a mesma percepção daquele que está próximo.

Cabe a observação de que o autor não atribui o medo social exclusivamente ao papel da mídia ou à práxis do Estado. Nesse sentido, a hipótese é de que “o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada” (Silva Sánchez, 2013, p. 50), ou seja, esses fatores aumentam ou estabilizam medos que já estão no seio da sociedade.

Por fim, vale dizer a respeito da criminalidade de massas sob a perspectiva da sociedade de risco que essa modalidade, segundo Salvador Netto (2006, p. 115), afeta o Direito Penal de duas maneiras distintas, a saber: “perdem gradativamente o espaço central do sistema penal; e passam por um forte recrudescimento como resultado de sua insuportabilidade social”.

Por todo o exposto, não é de difícil percepção que o Direito Penal é chamado a responder por todas essas questões e “medos”, o que resulta na expansão da esfera normativa deste ramo do direito. A desorientação social parece ser uma característica do tempo presente e, neste sentido, a busca por orientação reflete também no Direito Penal.

2. PESSIMA RESPUBLICA, PLURIMAE LEGES:⁵ A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Silva Sánchez (2013, p. 28) inicia seu livro com esta frase atribuída ao historiador romano Tácito, que dá o tom de um fenômeno que ele identifica como sendo

uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal.

Para o autor, esse fenômeno pode ser caracterizado por diversas ocorrências identificada nas últimas décadas, tais como a flexibilização de

5 Uma tradução possível é “Péssima república: muitas leis”.

regras de imputação, a relativização de princípios criminais, a inserção de novos tipos penais, bem como de novos bens jurídicos. Em suma, há um alargamento do espaço dos interesses penalmente relevantes.

Esse fenômeno abarca uma “tendência” segundo a qual o legislador encontra uma solução rápida e fácil no âmbito do Direito Penal para combater problemas sociais que possuem raízes diversas. Mascarenhas (2019, p. 63) entende que, a princípio, esses problemas sociais caberiam à esfera da política criminal e não ao Direito Penal, já que a solução buscada pelo legislador de encontrar em tipos penais isolados uma solução aos diversos problemas sociais não possui o condão de solucioná-los, pelo contrário, gera apenas uma “falsa sensação de segurança”.

Nas palavras de Silva Sánchez, o autor entende que,

não é infrequente que a expansão do direito penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva) (2013, p. 29).

Diante disso, Mascarenhas (2019) alerta que princípios fundadores do Direito Penal, como o da fragmentariedade, subsidiariedade etc., começam a ruir em face de uma concepção que coloca o Direito Penal como *prima ratio*. Em um mesmo sentido, Machado (2005, p. 157) entende que o processo legislativo mais recente “opõe-se diametralmente aos princípios da ofensividade e, por conseguinte, ao da fragmentariedade e da subsidiariedade, colocando em questão a função penal de garantia de bens jurídicos”.

Mascarenhas (2019, p. 65), na esteira do pensamento de Hassemer, observa que, em face da expansão do Direito Penal, pode se notar que um dos primeiros resultados desse fenômeno é a abstrativização do conceito de bem jurídico, cuja concepção de bem jurídico altera-se, ficando esse mais diluído e, por consequência, esvazia-se os pressupostos de punibilidade.

Nesse sentido, autores como Zaffaroni e Nilo Batista *et al.* afirmam que, contemporaneamente, a legislação tende a

minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade do risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da

vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum (2003, p. 229).

Para esses autores, há uma pretensão de relativizar o conceito de bem jurídico, visão essa que, segundo eles, foi inaugurada pelo hegelianismo penal ao reduzir a integralidade dos bens jurídicos ao Estado.

O fenômeno expansivo do Direito Penal, vale dizer, gera impactos que não se restringem à mera ampliação das leis penais ou de aumentar as penas daqueles delitos já existentes. Ele promove uma mudança paradigmática em todo o conjunto do sistema penal, haja vista que muitas leis introduzidas no arcabouço do ordenamento jurídico penal trazem consigo teorias frequentemente divergentes, demandando, assim, um esforço doutrinário para sua coesão.

Dito isso, vejamos algumas das correntes que, de uma maneira ou de outra, refletem esse fenômeno expansivo do Direito Penal. Vale ponderar que as propostas aqui apresentadas não esgotam todas as já levantadas sobre o tema, tampouco encerram o debate.

Os modelos alternativos que serão apresentados pautam-se política e filosoficamente no aspecto social trazido pelo risco e impactam diretamente na esfera penal. Sinteticamente, será apresentada uma proposta trazida por Silva Sánchez de um Direito Penal de duas velocidades, a abordagem da “Escola de Frankfurt” e o Direito de Intervenção de Hassemer.

Pois bem, para Silva Fernandes (2001) é a chamada “Escola de Frankfurt”,⁶ talvez, a principal responsável por fazer a ponte entre o paradigma da sociedade de risco e os reflexos no Direito Penal. Para os penalistas dessa corrente, a defesa do bem jurídico penalmente relevante é aquele que tutela os bens jurídicos individuais. Nesse sentido, a tutela dos bens jurídicos coletivos seria apenas instrumental, a serviço do indivíduo e na defesa dos interesses mediatos. Em síntese, essa corrente defende que o direito deve proteger essencialmente o indivíduo, respeitando as garantias oriundas do Iluminismo.

Há que se ponderar, ainda, o alerta feito por Bechara (2014, p. 220), pois “é preciso observar (...) que a pretensão de alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior prevenção geral positiva, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma mais profunda crise de legitimidade”.

Já na proposta trazida por Hassemer, de certa forma inserida no âmbito do pensamento da Escola de Frankfurt, prevê a construção de um Direito de Intervenção em face dos riscos colocados na sociedade pós-industrial. Assim,

6 Autores expoentes desta corrente são Hassemer, Naucke e Albrecht.

não caberia ao Direito Penal clássico enfrentar os riscos contemporâneos, cabendo essa tarefa ao Direito de Intervenção.

Esse Direito de Intervenção responsável, portanto, pelos novos conflitos, prevê sanções potencialmente menores e regras e garantias flexibilizadas. Esse Direito de Intervenção estaria situado fora do âmbito estritamente penal e se alocaria na estrutura de um direito administrativo sancionador. Nas palavras do próprio autor, este Direito de Intervenção “estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente” (Hassemer, 1994, p. 49).

Para o autor, o Direito Penal clássico carece de instrumentos profícuos no enfrentamento da pessoa jurídica, haja vista ser voltado para o indivíduo. É um Direito que estaria com os olhos voltados ao risco/periclitacão e não ao dano. Nesse cenário, a preocupação do Direito de Intervenção está na “mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas” (Hassemer, 1994, p. 49).

Contudo, vale dizer que Hassemer não abandona a proteção aos direitos difusos e coletivos, os bens jurídicos coletivos. Para ele, essa proteção deve ser realizada “do ponto de vista dos bens jurídicos individuais” (Hassemer, 1999, apud Fernandes, 2001, p. 76).

A crítica elaborada por Fernandes a respeito dessa linha de pensamento é a seguinte:

esta parece ser uma inversão perigosa do princípio da subsidiariedade, que parece não poder contar com a nossa concordância. Ademais, coloca sérios problemas, pensamos, ao nível de um princípio de proporcionalidade, sendo mesmo um direito algo discricionário, com dois pesos e duas medidas, estes de muito duvidosa – ou pelo altamente discutível – propriedade em relação às escolhas a fazer. Por último, peca ao desfigurar os contornos de um direito penal que, ao invés, pretende preservar num limbo de intocabilidade artificial (2001, p. 78).

Outra proposta colocada em meio ao Direito Penal no enfrentamento dos novos riscos trata-se do direito de duas velocidades de Silva Sánchez. Essa é mais uma proposta que busca apresentar uma resposta aos reclamos sociais para enfrentar o medo, a insegurança coletiva e os riscos advindos do processo da modernização e da globalização de maneira geral.

Segundo Silva Sánchez (2013, p. 189), a divisão em duas velocidades refere-se ao fato de que, no âmbito do Direito Penal de primeira velocidade, prevalecem os preceitos clássicos do Direito Penal liberal com suas garantias processuais e direitos individuais, impondo penas privativas de liberdade

em conformidade com essas garantias. Já o Direito Penal de segunda velocidade abarcaria os delitos do processo de modernização característico da sociedade de risco e globalizada. Nesse caso, as penas seriam moldadas a essas características, posto que não seriam privativas de liberdade.

Prevê o autor, nesse modelo, penas não privativas de liberdade e, assim, relativiza os pressupostos clássicos do Direito Penal. Entende o autor que, nessa velocidade do Direito Penal, ao não haver pena de prisão, mas penas pecuniárias e de limitação de direitos, haveria, assim, a possibilidade de flexibilizar princípios e regras já consagrados do Direito Processual Penal. Ao contrário de Hassemer, que coloca a flexibilização dos direitos e garantias clássicos num âmbito fora do sistema penal, isto é, no Direito de Intervenção, Silva Sánchez coloca esse modelo menos garantidor dentro do sistema penal.

Essa previsão de flexibilizar direitos individuais e garantias processuais, que foram conquistados a duras penas no Direito Penal clássico, já nos acende um alerta. Nesse sentido, Bechara aduz que

a admissão de diferentes velocidades no Direito penal leva a questionamentos importantes relacionados à própria legitimidade de tal modelo de intervenção jurídica. Nesse sentido, a primeira dificuldade estaria relacionada ao impedimento de que a desformalização e a flexibilização nos novos âmbitos invariavelmente viesse a contagiar todo o sistema, acabando por aplicar-se também ao denominado setor nuclear de direito penal. De outro lado, tal qual o direito de intervenção, o Direito Penal de segunda velocidade constitui um discurso eufemista, que, mediante a troca de rotulagem, acaba por pretender a justificação da flexibilização da intervenção estatal repressiva, convertendo-a em instrumento autoritário de controle social (2014, p. 219).

A preocupação demonstrada por Bechara é pertinente, pois a ânsia punitivista que nos parece ecoar na sociedade tende a alargar o espaço de flexibilização das garantias individuais e os direitos clássicos no âmbito penal, ainda que a proposta inicial seja de enfrentar novos riscos.

Silva Sánchez (2013, p. 193) postula, também, para além do já apresentado, um Direito Penal de terceira velocidade, cuja essência é assim definida pelo autor como “o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Observa-se que a proposta de Silva Sánchez é para a proteção de casos excepcionais. Contudo, ao propor penas privativas de liberdade sem as devidas garantias, o extremo desse cenário revela-se extremamente preocupante. Não é de difícil observação que, ao fim e ao cabo, essa solução pode acarretar a

limitação das garantias individuais, restringindo, assim, o acesso a direitos fundamentais.

O cenário, como um todo, acende, no mínimo, um alerta para aqueles que defendem estritamente os direitos e garantias individuais. Se outrora via-se na finalidade da pena um sentido retributivo, hoje, em muitas teorias da pena pauta-se em um sentido preventivo. Nesse contexto, o Direito Penal é conclamado a oferecer respostas e apresentar uma efetiva proposta aos riscos e à insegurança coletiva. Bechara (2014, p. 220) alerta que “o equívoco está em pretender aplicar a lógica preventiva sem levar em consideração seu limite, correspondente ao próprio indivíduo e, assim, ao necessário juiz de proporcionalidade em relação ao delito cometido”.

Por tudo que foi exposto, é possível observar um movimento causado pelo paradigma do risco no Direito Penal, ao ponto de se falar em um Direito Penal do Risco, tamanha é a força com que as premissas dessa ideia acarretam nesse ramo do conhecimento. Esse é o entendimento de Cornelius Prittwitz, cujo pensamento é de um olhar novo sobre o Direito Penal que estaria sendo impactado pelo fenômeno social do risco (Brito Alves; Kazmierczak, 2016, p. 53). Para Prittwitz (2010, p. 920), na medida em que “se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre a imputabilidade penal”, estaríamos diante do chamado Direito Penal do Risco. O autor entende que a dogmática penal, a política criminal e a teoria da pena estão inseridas na sociedade e que essa, por sua vez, caracteriza-se como uma sociedade de risco, estando, portanto, vinculada ao paradigma do risco.

Divergindo de Prittwitz, Amaral (2007, p. 123) afirma que aqueles que aderem a essa perspectiva desconsideram “o fato de que a ideia de risco não é uma novidade no direito penal do fim do século XX e começo do século XXI. O risco não é uma especial novidade nem é uma característica privativa ou particular da sociedade presente, na qual muitos afirmam, a vida nunca foi tão segura.” Para Amaral, não há razão para distinguir entre Direito Penal do Risco e Direito Penal “comum”, pois tal distinção levaria à fragmentação do Direito Penal, comprometendo suas bases principiológicas, tais como: o princípio da legalidade, a intervenção mínima, a imputação objetiva e subjetiva. Assim, segundo o autor, o ideal seria que o Direito Penal definisse qual é o risco penalmente relevante (Amaral, 2007).

Carlo Velho Masi (2014, p. 111) destaca que “o problema não é tanto a forma que adquire o expansionismo, mas como a nova regulação vem sendo tratada dos pontos de vista dogmático e político-criminal. Trata-se de averiguar a qualidade do Direito penal (...)”. Tal questionamento sobre a qualidade que o Direito Penal assume contemporaneamente aflige o pensamento de Fabio Roberto D’Ávila, pois, para o autor, “o que mais

importa não é tanto uma questão de quantidade (mais direito penal), mas uma questão de qualidade (qual direito penal)” (D’Ávila, 2013, p. 66).

Masi compreende que, pelo fato de o Direito Penal guardar relação com os fatos sociais, de certa forma, não há como escapar desse expansionismo. Até mesmo o Direito Penal mínimo se expande, entretanto, trata-se de uma expansão contida e balizada. Essa expansão é, portanto, reflexo da sociedade. Além do mais, identifica o autor que esse fenômeno já se coloca desde a década de 1960 do século XX.

A despeito disso, as novas criminalizações, ainda que necessárias em determinados casos tal como ponderado pelo autor, refletem o já apresentado problema da flexibilização de princípios e garantias clássicos do Direito Penal. Soma-se a isso a ampliação do espectro de atuação do Direito Penal ao se aproximar de funções próprias do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Nesse contexto expansivo do Direito Penal, vincula-se também, na perspectiva de Salo de Carvalho, não somente a flexibilização de garantias individuais, mas as crises de políticas econômicas e do Estado de bem-estar social (Carvalho, 2022). O avanço de políticas criminais, no sentido de tutelar direitos pela via sancionatória, inclusive no âmbito constitucional, optando por normas criminalizadoras em detrimento de alternativas menos restritivas, resulta na perda de liberdade na sociedade.

Para Salo de Carvalho, não raras vezes, a tutela de direitos ocorre pela via da sanção criminal, escolha essa do legislador que impacta nessa expansão na seara penal. O autor entende que a Carta Magna brasileira projetou, para além dos princípios que são travas ao uso desmedido da força pública, “uma ingerência do penal em diversas esferas do direito, a partir de (falsa) compreensão de sua capacidade de tutela de bens jurídicos e resolução de conflitos” (Carvalho, 2022, p. 190).

Olhando para o contexto brasileiro, Carvalho identifica que a expansão penal não é um fenômeno característico que foi albergado apenas por um grupo político. Segundo ele:

o processo de elaboração constitucional em 1988 fixou, seguindo a tradição do constitucionalismo em matéria penal e processual penal, limites ao poder repressivo. Todavia, de forma inédita, projetou, em grande parte com base e apoio dos partidos de esquerda e dos movimentos sociais, um sistema criminalizador, conformando uma “Constituição Penal Dirigente”. Vemos, portanto, desde o processo formal de (re) democratização, o nascimento de um novo modelo de Direito Penal que dificilmente se enquadra nos rótulos “direita” e “esquerda”, visto que o pensamento repressivista atua, não esporadicamente, como polo catalisador de perspectivas políticas opostas. O efeito desta pouco

ortodoxa união é o alargamento do sistema penal e a minimização das garantias penais e processuais (2005, p. 72).

Logo, seja no campo político da esquerda, seja no da direita, observa-se uma certa obsessão pela tutela de direitos por meio da via sancionatória. E o impacto da expansão penal não se restringe ao Direito Penal, mas alcança até mesmo a Constituição da República de 1988.

Alberto Barros Lima (2012, p. 244) aponta que, se inicialmente a demanda por criminalização de condutas foi aprofundada pela direita a fim de galgar propostas políticas progressistas, hoje temos que a própria esquerda, que outrora via na criminalização repressão e manutenção do status quo, atualmente reclama por criminalização de condutas discriminatórias, contra as mulheres, crianças, consumidores etc.

Ainda segundo o autor, no caso brasileiro, o reforço à criminalização se dá pela “nítida percepção de que o sistema funciona mal, o que potencializa a crença na impunidade, e terem aprendido que funciona, praticamente, para os estratos mais pobres, o que se traduz em revolta potencializando a violência” (Lima, 2012, p. 247).

Manuel Cancio Meliá (2012, p. 83), ao analisar a conjuntura espanhola que, guardadas as devidas proporções, não difere tanto do contexto brasileiro, afirma que, em “matéria de política criminal, ninguém quer ser ‘conservador’, mas ‘progressista’”. Nesse sentido, para o autor, o discurso da lei e da ordem, historicamente associado à direita, passou a ser adotado também pela esquerda, que percebeu o quão politicamente rentável ele pode ser.

Como consequência, o tabu que existia para discutir nos parlamentos o aumento e uma maior efetividade das penas já não se apresenta mais como um tabu para ninguém. Meliá (2012, p. 82) coloca que a fórmula tradicional assim posta “esquerda política-demandas de descriminalização/direita política-demandas de criminalização” já parece ser um fenômeno superado, na medida em que se propaga um “clima punitivista” no ambiente político-criminal.

Vimos até agora que o sistema penal, diante do fenômeno do risco, tem chamado para si a responsabilidade sobre questões fundamentais para a sociedade e para as futuras gerações ao assumir o paradigma do risco. Contudo, esta característica de o Direito Penal chamar para si tal responsabilidade é vista por Carvalho (2022, p. 192) como um “narcisismo penal”. Segundo o autor, essa visão narcisista fica nítida quando o Direito Penal busca garantir, por meio de seu cabedal de ferramentas, o interesse das futuras gerações e interesses que sejam caros à humanidade.

Carvalho defende a redução dos espaços de ingerência do Direito Penal justamente por conta dessa visão narcisista. Ele argumenta que essa abordagem distorce o pensamento jurídico-penal, implicando em elementos

irreais que dificultam o diagnóstico e, por conseguinte, o prognóstico da ciência penal.

Nas palavras do autor, esse entende que, “a retórica de legitimação do direito penal encobre as disfunções reveladas pela criminologia, quais sejam, a absoluta incapacidade de o arsenal punitivo prevenir condutas futuras, seja no plano da prevenção especial ou da prevenção geral, seja em suas dimensões positivas ou negativas” (Carvalho, 2022, p. 195).

Conclui-se, assim, que, apesar de já ter sido demonstrado pela criminologia a incapacidade do sistema penal de cumprir suas promessas, hoje temos propostas expansionistas que legitimam e buscam cada vez mais, no arcabouço jurídico-penal, funções positivas que legitimam a atuação penalista e legitimam a intervenção de maneira geral do sistema penal na sociedade.

3. O PONTO MÁXIMO DA EXPANSÃO: O(S) DISCURSO(S) PUNITIVISTA(S)

Corolário das ideias expansionistas⁷ e vertente teórica que tem ecoado na sociedade é o discurso do Direito Penal do Inimigo, cuja ideia se aproxima do já apontado Direito Penal de terceira velocidade de Silva Sánchez, uma vez que, para esse autor, a terceira velocidade do Direito Penal corresponderia ao Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo surgiu na década de 1980, sendo o conceito cunhado pelo penalista alemão Günther Jakobs, na Jornada de Direito Penal de 1985, em Frankfurt, na Alemanha (Neumann, 2010, p. 1136).

Jakobs (2012) contrapõe o Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Cidadão, entendendo esses conceitos como polos de um mesmo contexto jurídico-penal. O autor afirma que:

o direito penal do cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito de medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias (Jakobs, 2012, p. 28-29).

Ainda, na busca por uma definição conceitual do Direito Penal do Inimigo, Prittwitz assim o caracteriza:

⁷ Nossa ideia não é apresentar as vertentes teóricas de maneira cronológica, mas, antes, seus fundamentos, que possibilitam um discurso que acarreta a flexibilização de direitos e garantias individuais, além de servirem de base para discursos essencialmente punitivistas.

Direito penal do inimigo é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isto se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo (Prittwitz, 2010, p. 924).

Inicialmente, o conceito se apresentava como um modelo analítico e crítico, no qual Jakobs analisava a estrutura do modelo penal alemão. Todavia, a ideia deslocou-se para um cenário no qual o Direito Penal do Inimigo se apresenta como um modelo jurídico-filosófico ou jurídico-sociológico com desdobramentos normativos (Neumann, 2010, p. 1136). Prittwitz ressalta que, quando apresentada a ideia em 1985, o conceito não causou grande repercussão; entretanto, durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim em 1999, gerou espanto entre os pares. Para ele, Jakobs, ao apresentar o conceito em 1985, descrevia o Direito Penal alemão como um exemplo de Direito Penal do Inimigo. Porém, a “virada de chave” ocorreria em 1999, quando, segundo Prittwitz,

Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (...) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo (2010, p. 924).

Jakobs (2012) em seus esboços jusfilosóficos, busca em autores como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant argumentos para elaborar sua tese. Contudo, Conde (2010, p. 226) critica essas considerações, afirmando que “Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de sua tese opiniões, mais ou menos retiradas de seu contexto, de ilustres filósofos”.

Conde questiona se a tese de Jakobs é aplicável em contextos de um Estado Democrático de Direito. Para ele, a novidade trazida por Jakobs é a da legitimação da necessidade e o emprego do Direito Penal do Inimigo nas conjunturas democráticas, já que esta concepção de Direito Penal (do inimigo) não é uma novidade, inclusive já era vislumbrada antes do regime nacional-socialista alemão. A inovação de Jakobs está em desnudar a aplicação do Direito Penal do Inimigo no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito, uma vez que o Direito Penal excepcional possui inúmeros precedentes históricos desde a codificação penal no século XIX.

Ao longo do século XX, foram observadas práticas desse tipo em ditaduras do Cone Sul, em contextos de guerra e pós-guerra, e em regimes totalitários liderados por Stalin, Hitler, Mussolini, Franco e tantos outros.

Para o autor, o conceito de inimigo de Jakobs é vago. Ele afirma que:

o perigo que implica a vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detém o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem se que levanta), e que, definitivamente, quase todo o direito penal pode ser considerado como um direito penal do inimigo (Conde, 2010, p. 227).

Manuel Monteiro Guedes Valente, ao analisar os fundamentos teóricos do Direito Penal do Inimigo, entende que, a partir da teoria do contrato social de Rousseau, pode-se extrair a ideia de que “romper com o contrato social é renunciar às qualidades de ser como pessoa e assume a condição de inimigo” (Valente, 2010, p. 32). Assim, na sociedade, o indivíduo delinquente atenta contra a ordem jurídica e social, colocando em xeque o contrato social. Consequentemente, sua conduta seria incompatível com a manutenção do Estado. Nesse contexto, ao se excluir ou matar o culpado, não se estaria lidando com um cidadão, mas com o inimigo do Estado.

Já da obra de Fichte extrai-se que:

o delito é contrário à ideia de Estado, é contrário à ideia de lei, de ordem social e jurídica. Neste sentido, Fichte considera que deve existir um regime diferenciado de penas e não aplicar a todos os tipos de crime a pena de exclusão da sociedade, uma vez que o Estado tem interesse em conservar seus cidadãos. Ao infrator de normas que não afetem a vida humana – p.e., crime contra o patrimônio – a sociedade deve permitir a expiação da pena que não retire ao delinquente todos os direitos desde que a pena alternativa não afete a manutenção da segurança pública (Valente, 2010, p. 33).

Já o sujeito homicida, segundo Fichte, é comparado a uma “coisa” e é equiparado a “uma cabeça de gado” e, sendo assim, o Estado estaria autorizado, mesmo que, de forma arbitrária, a prendê-lo, torturá-lo e matá-lo (Valente, 2010, p. 33).

Zaffaroni (2007), ao contrapor as ideias de inimigo no Direito Penal, considera que essa não é uma posição política teoricamente prudente. Após analisar os textos pelos quais Jakobs fundamenta sua tese, ele entende que, da leitura desses, não se pode concluir que esses autores tenham pretendido

considerar inimigos todos os delinquentes, em especial Rousseau e Fichte. Ressalta, ainda, que, ao se admitir o inimigo, entendido pelo autor como *hostis*, implica em uma “lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de Direito” (Zaffaroni, 2007, p. 121). Logo, a adoção desse conceito acarreta o cerceamento das liberdades do cidadão.

A partir de uma concepção na qual este modelo se coloca com finalidades de combater ou ao menos afastar perigos futuros, e isso com um ferramental que conta com um alargamento da possibilidade de antecipação de punibilidade, a redução de garantias processuais ao imputado (entre elas a defesa técnica, o respeito ao devido processo legal, não produzir provas contra si), a criminalização de condutas que não implicam em perigo concreto a bens jurídicos etc., tudo isso demonstra um cenário preocupante em face das garantias do Direito Penal clássico e dos preceitos dos Direitos Humanos.

Apesar dessas discussões, nas últimas décadas, a política criminal tem passado por uma transformação regressiva. Tal como aponta Zaffaroni, a perspectiva abolicionista e reducionista tem cedido espaço ao expansivo poder punitivo, e o “inimigo da sociedade” tem ganhado força (Zaffaroni, 2007, p. 13). E, tal como assevera Conde (2010), as ideias de Jakobs não são adstritas a uma ideologia ou sistema político, mas representam uma realidade que está posta e no âmbito de um Estado de Direito corre-se o risco de legitimar violações sob o preceito e aparência de ser Direito.

Aqueles que defendem a tese de Jakobs argumentam que as ideias do autor são essencialmente descritivas ou ainda que seriam uma concepção meramente teórica. Todavia, tal como defende Conde (2010, p. 214):

a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos concretos e extremos, termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito.

Amaral (2007, p. 125), ao analisar as propostas trazidas por Jakobs, as encara com ressalvas, posto que, ao contrário de representar uma modernização do Direito Penal, são, antes, um perigoso retrocesso do Direito Penal e Processual Penal. Entende o autor que Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo são ideias vizinhas. Ao avaliar as ideias de Jakobs, o autor vê um fundamento prospectivo, isto é, com o adiantamento da punibilidade pune-se um fato que ainda irá ocorrer, ao

contrário do que seria uma fundamentação retrospectiva na qual busca-se punir o fato cometido.

Amaral (2007, p. 128), ainda, diz que “muito mais que uma mera antecipação do momento punitivo, pode-se perceber claramente que em algumas ocasiões não se incriminam ‘fatos’ propriamente ditos, e, sim, condutas cuja relevância reside principalmente em seu conteúdo simbólico”. O autor entende, também, que, no âmbito do Direito Penal do Inimigo, ocorre uma violação ao princípio da taxatividade em face da técnica de redação utilizada nos delitos e infrações, pois, ao buscar ultrapassar as dificuldades impostas pelos delitos “futuros”, não raro das vezes, usa-se termos vagos e ambíguos.

Conde (2012, p. 74), ao tratar dos efeitos do Direito Penal do Inimigo, aduz que esse possui um efeito preventivo moldado por meio de uma sociedade orientada a resultados, na medida em que a finalidade que se busca nesse modelo de Direito Penal é a “segurança cognitiva” (eficácia frente a perigos) e não a estritamente normativa. Dessa forma, o autor entende que, a princípio, não causaria o efeito esperado nos sujeitos que o direito penal busca atingir, são eles: terroristas, narcotraficantes, membros de grupos criminosos organizados, pois possivelmente, o fato de já serem considerados “não pessoas” os qualifica para as ações criminosas.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, não é de difícil percepção concluir que as premissas deste modelo de Direito Penal do Inimigo afrontam princípios consagrados do Direito Penal clássico e pensar caminhos que sejam saudáveis ao desenvolvimento do Direito Penal é tarefa que deve, necessariamente, se pautar pelo respeito aos direitos e às garantias fundamentais previstos em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O percurso realizado neste trabalho nos permite afirmar que o horizonte que se desenha na área do Direito Penal é extremamente preocupante quando alguns autores que se propõem a enfrentar as mazelas sociais e todos os problemas advindos de uma Sociedade de Risco relativizam garantias e direitos que foram consagrados pelo Direito Penal clássico.

Embora a corrente teórica do Direito Penal do Inimigo não seja novidade para ninguém e já tenha algumas décadas de existência, observamos cotidianamente discursos e narrativas que buscam catalisar suas premissas nos mais variados meios sociais de interação. Mesmo que não adotem integralmente esta perspectiva teórica, essas abordagens configuram um perigoso caminho que se abre no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista da defesa das garantias dos direitos fundamentais, é crucial destacar que a forma como se pretende combater esses novos riscos em matéria de Direito Penal é de suma importância. Assim, toda e qualquer proposta que surja deve ser submetida ao crivo dos Direitos Humanos, a fim de que não se caia em um Estado de exceção ou qualquer outro modelo que não respeite os princípios basilares de um sistema penal democrático.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRITO ALVES, Fernando de; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo*. *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 4, p. 36-57, 2016.
- CALLEGARI, André Luís *et al.* Sociedade do risco e Direito Penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 115-140, 2020.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- CARVALHO, Salo de. *O Papel Dos Atores do Sistema Penal Na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Editora Juruá, 2012.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, v. 1, n. 1, junho 2013.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, 1994.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendencias políticos-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARINA, José Antônio. *Cronicas de la ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000.

MASCARENHASS, Rauli Kind. *Direito Penal Negativo: Limites à expansão do Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme Souza (org.). *Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCrim, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 69, 2010.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. *Revista de Ciências Sociais - Mediações*, v. 10, n. 2, p. 183-198, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme Souza (org.). *Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 2, n. 69, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TURESSI, Flavio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, ALEJANDRO. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**DA POLÍTICA CRIMINAL
INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO
AO ACORDO 167 DO MERCOSUL:
POSSIBILIDADES DE
ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NAS
TRANSAÇÕES COMERCIAIS DO BLOCO
SUL-AMERICANO**

*FROM ANTI-CORRUPTION INTERNATIONAL
CRIMINAL POLICY TO MERCOSUR AGREEMENT
167: POSSIBILITIES OF CONFRONTING BRIBERY IN
COMMERCIAL TRANSACTIONS IN THE SOUTH
AMERICAN BLOC*

Cláudio Macedo de Souza¹

Marcos Poersch Zanovello²

- 1 Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Ciências Penais pela UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Santa Catarina (UFSC). Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direito Penal Internacional (GDPI/CNPq) na UFSC.
- 2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CAPES/PROEX. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em *Compliance* pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IDPEE/IBCCRIM). Bacharel em Direito pela UFSC.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O tratamento jurídico da corrupção na esfera internacional. 1.1. Convenção da OCDE contra a corrupção de funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais. 1.2. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. 1.3. Convenção Interamericana contra a Corrupção. 1.4. Iniciativas adotadas no âmbito da União Europeia e do Conselho da Europa. 2. O que se entende por corrupção? A leitura jurídico-penal do fenômeno. 3. A política criminal anticorrupção no Mercosul: o Acordo 167 como diretriz regional. 4. Diretrizes comuns para a implementação no âmbito interno dos estados-membros. 4.1. *Compliance* anticorrupção como forma de promoção da integridade dos agentes públicos. 4.2. A utilização da figura do denunciante voluntário (*whistleblowing*). 4.3. A instituição legislativa da responsabilização penal de pessoas jurídicas. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo objetiva avaliar as diretrizes comuns constantes do Acordo 167 do Mercosul nas quais deve estar estruturada a política-criminal contra a corrupção transnacional. Desde tempos remotos, a corrupção tem sido uma prática habitual em todas as sociedades, sendo que a globalização econômica, para além da unificação dos mercados, passou a demandar uma preocupação conjunta das normatividades estatais na prevenção e repressão a tal fenômeno no âmbito das transações comerciais. Portanto, a origem do problema gravita em torno da necessidade de se investigar alternativas para a regulação, no âmbito interno dos Estados-membros do bloco, das diretrizes constantes do Acordo em questão, a fim de se possibilitar uma política criminal anticorrupção integrada no Mercosul. Como hipótese de pesquisa, supõe-se que os Estados-membros do Mercosul devem adotar diretrizes comuns fundamentadas em três pilares, quais sejam: medidas de promoção da integridade dos agentes públicos (*compliance* anticorrupção), incentivos à denúncia voluntária (*whistleblowing*) e, na medida do possível, a adoção da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Nesse sentido, a pesquisa se justifica pela necessidade de criação de uma harmonização legislativa capaz de conferir uma base normativa comum aos membros do Mercosul, a fim de prevenir a corrupção nas transações comerciais efetuadas em seu âmbito de abrangência, resguardando os preceitos constantes do Tratado de Assunção. A investigação adota o método de abordagem dedutivo e pauta-se pela pesquisa bibliográfica, por meio de livros, revistas eletrônicas, teses, bem como pela consulta à legislação nacional, internacional e regional.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo 167. Mercosul. Política criminal. Corrupção transnacional. Integração regional sul-americana.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the common guidelines contained in Mercosur Agreement 167 in which the criminal policy against transnational corruption must be structured. Since ancient times, corruption has been a common practice in all societies, and economic globalization, in addition to the unification of markets, has come to demand a joint concern of state regulations in the prevention and repression of this phenomenon within the scope of commercial transactions. Therefore, the origin of the problem revolves around the need to investigate alternatives for the regulation, within the internal scope of the member states of the bloc, of the guidelines contained in the Agreement in question, in order to enable an integrated criminal anti-corruption policy in Mercosur. As a research hypothesis, it is assumed that the member states of Mercosur should adopt common guidelines based on three pillars, namely: measures to promote the integrity of public agents (anti-corruption compliance), incentives for voluntary reporting (whistleblowing) and, to the extent possible, the adoption of criminal liability of legal entities. In this sense, the research is justified by the need to create a legislative harmonization capable of providing a common normative basis for the members of Mercosur, in order to prevent corruption in commercial transactions carried out within its scope, safeguarding the precepts contained in the Treaty of Asunción. The research adopts the deductive approach method and is based on a bibliographical survey, through books, electronic journals, theses, as well as consultation of national, international and regional legislation.

KEYWORDS: Agreement 167. Mercosur. Criminal policy. Transnational corruption. South American regional integration.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o propósito de avaliar as diretrizes comuns do Acordo 167 do Mercosul, as quais deverão subsidiar a política criminal anticorrupção na esfera do comércio regional. A corrupção tem sido, desde tempos remotos, uma prática habitual em todas as sociedades³ e, com o fenômeno da globalização das últimas décadas do século XX, o tema tornou-

³ Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo (2022, p. 52-53) fazem alusão à obra do historicista alemão Jens Ivo Engels, segundo o qual “a tese de que o discurso contemporâneo sobre a corrupção tem sua origem em fins do século XVIII e início do século XIX. Segundo esclarece o historicista, já nessa época a corrupção seria vista como herança de estruturas arraigadas e obsoletas do antigo regime, figurando as práticas de apadrinhamento e clientelismo entre as suas principais expressões. Desde então, uma luta bem-sucedida contra a corrupção seria concebida como pressuposto necessário para o progresso político, para a civilização e, possivelmente, também para a democracia”.

se uma das principais agendas político-criminais. Essa expansão traz, em sua causa, alguns dos elementos caracterizadores da era da globalização,⁴ os quais contribuíram para a internacionalização da criminalidade econômica em geral e, em particular, do fenômeno da corrupção, entendida, de forma genérica e clássica, como o uso desviado do poder público para a obtenção de benefícios privados.

Assumido pelos Estados-membros, em 6 de julho de 2022, na cidade de Montevideu, no Uruguai, o Acordo 167 do Mercosul está fundamentado na melhoria das práticas comerciais e dos investimentos internacionais. O impulso legislativo o qual obedece a esse movimento provém das forças que protagonizam os processos de globalização e, especialmente, do próprio mundo empresarial tendo em vista que há muito tempo a corrupção constitui um dos temas centrais da política criminal internacional.

Fundamentado nas melhores práticas para o comércio e para os investimentos internacionais, o Acordo 167 passa a demandar não apenas a assistência jurídica mútua, mas, sobretudo, a harmonização de estratégias de prevenção, detecção e punição dos atos de corrupção nas transações comerciais internacionais. Nesse sentido, o bem jurídico a ser protegido no espaço comunitário contra a corrupção transnacional parece encarnar diretamente o valor do livre mercado e da concorrência.

Nessa direção, todos os Estados-partes ratificaram, dentre outros instrumentos sobre a matéria, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em Nova Iorque (2003), bem como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em Caracas (1996), reafirmando o compromisso do Mercosul em implementar melhores práticas no que diz respeito ao comércio e aos investimentos internacionais, sem prejuízo de outros acordos assinados em instâncias bilaterais, regionais ou multilaterais.

Disso resulta que a origem do problema gravita em torno da necessidade de conferir uma base normativa comum aos membros do Mercosul, visando à prevenção, detecção e punição dos atos de corrupção nas transações comerciais efetuadas em seu âmbito de abrangência. Nesse sentido, indaga-se: “Como as diretrizes previstas no Acordo 167 do Mercosul deverão orientar o processo de harmonização das estratégias de prevenção, detecção e punição dos atos de corrupção transnacional?”. Como hipótese

4 Por globalização, entende-se um fenômeno complexo segundo o qual inúmeras variáveis se interrelacionam, de modo que a mesma diria respeito a vários acontecimentos históricos ocorridos sobretudo nas últimas duas décadas do século passado, os quais transformaram profundamente as interações humanas. Especialmente, aqueles acontecimentos centrados a partir de alguns pontos comuns na literatura acerca do tema: (i) a revolução tecnológica ocorrida em torno das tecnologias da informação, a partir dos anos 1970; (ii) a crescente interdependência entre as economias de mercado em escala global, introduzindo uma nova forma na clássica relação Direito, Estado, Economia e Sociedade; (iii) a desagregação do bloco soviético e, conseqüentemente, as mudanças de política econômica decorrentes do declínio do modo de produção socialista, o qual colocaria fim à Guerra Fria e, simultaneamente, ocasionaria uma profunda reestruturação do capitalismo. Para algumas concepções de globalização, conferir Baumann (1999), Giddens (2017), Castells (2002). Por sua vez, acerca das conseqüências jurídico-penais da globalização, conferir Silva Sánchez (2001).

de pesquisa, supõe-se que os Estados-membros do Mercosul elegeram diretrizes comuns de *compliance*, de incentivos à denúncia voluntária (*whistleblowing*) e, na medida do possível, de responsabilização penal das pessoas jurídicas como pilares da política criminal contra a corrupção transnacional a ser incorporada na ordem jurídica interna de cada país do bloco regional.

Nesse contexto, a adoção estrutural de programas de *compliance*, nos setores público e privado, para prevenir a prática de ilícitos; o incentivo à proteção dos denunciante de boa-fé que reportam informações de violações ao direito (*whistleblowing*); e a responsabilização penal da pessoa jurídica são diretrizes estruturantes da política criminal que deverão orientar o processo de harmonização entre os sistemas jurídicos dos países envolvidos.

A investigação adota o método dedutivo e pauta-se na pesquisa bibliográfica, por meio de livros, revistas eletrônicas, teses, bem como na consulta à legislação nacional, internacional e regional, além da coleta e análise de conteúdo de uma série de instrumentos, sobretudo tratados internacionais acerca da matéria, além das experiências internacionais e ações adotadas pelos Estados a fim de se adequarem às diretrizes internacionais.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, este artigo está organizado em quatro partes. A primeira destaca o tratamento jurídico dado ao fenômeno da corrupção no cenário internacional, a partir da revisão de instrumentos jurídicos firmados no âmbito multilateral com a finalidade de combater as consequências advindas do uso desviado do poder. Na segunda parte, investiga-se o fenômeno da corrupção por meio de uma leitura jurídico-penal, em caráter dogmático, com a finalidade de delimitar o espectro do mesmo, conferindo segurança jurídica e aporte teórico necessário para a compreensão da corrupção sob as lentes da normatividade. Por fim, na terceira e quarta partes, são analisadas as diretrizes comuns trazidas pelo Acordo 167, dando-se especial ênfase às diretrizes possíveis de serem adotadas pelos Estados no âmbito interno, para conferir concretude às obrigações assumidas no cenário regional.

1. O TRATAMENTO JURÍDICO DA CORRUPÇÃO NA ESFERA INTERNACIONAL

Em um momento no qual a globalização parece ter chegado a um estágio exponencial, a preocupação internacional com o fenômeno da corrupção e seus efeitos nefastos para o sistema socioeconômico é uma realidade. Em qualquer de suas vertentes – seja social, econômica ou política

–, o tema da corrupção tem ocupado boa parte das reflexões e preocupações da política criminal internacional.⁵

Assim, as principais referências legislativas anticorrupção na contemporaneidade “são marcadas, indubitavelmente, pela extensão de sua aplicabilidade para além das fronteiras nacionais do país que as tenha promulgado. Caso evidente e, também, exemplificativo dessa realidade é o do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), dos Estados Unidos da América” (Barbosa; Deivikis; Barbas, 2019, p. 115). Por outro lado, revela-se evidente que os países necessitam cooperar entre si no combate aos crimes transnacionais. Isso porque na atual configuração de internacionalização das relações sociojurídicas, os vários aspectos da globalização econômica colocam sob constante questionamento os conceitos de soberania nacional e de autossuficiência dos Estados.⁶

Portanto, atrelado ao desenvolvimento social – o qual nem sempre acarreta progresso –, o Direito se vê diante de um repensar de seus conceitos, especialmente porque os conceitos clássicos começam a ter sua validade e eficácia contestadas diante da substituição do dogma da soberania estatal, o qual, por sua vez, é colocado em um segundo plano diante da feição economicista das relações sociais mundiais em um contexto de globalização econômica.

Nas últimas duas décadas,⁷ portanto, constataram-se inúmeros esforços internacionais, os quais resultaram em acordos entre os Estados, dirigidos à busca por uma melhor prevenção, repressão e colaboração no enfrentamento deste fenômeno, tanto em âmbito global quanto em âmbito regional. Os instrumentos internacionais de luta contra a corrupção possuem, como finalidade, equiparar ou harmonizar as respostas sancionadoras proporcionadas pelas leis internas dos Estados signatários e, por meio disso, facilitar a cooperação internacional entre os Estados por meio da promoção

5 Para uma visão crítica acerca do fenômeno da globalização na economia e, conseqüentemente, no Direito Penal, sugere-se a consulta à obra de Terradillos Basoco (2010, p. 49), para quem: “A falta de um centro de imputação de poder representa, no plano jurídico, o primeiro problema que a globalização coloca ao Direito Penal, porque é uma clara manifestação de desregulamentação. Por outro lado, a preeminência do mercado é projetada no nível regulatório. O mercado é regido pela *lex mercatoria*. Flexível quando se trata de disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, a quem apenas submete à exigência de rentabilidade. Estes definem as suas regras de forma autônoma, independentemente de qualquer autoridade superior; e na área residual que resta para a lei, o Estado perdeu o monopólio da sua aplicação: este poder, característico da codificação revolucionária, dá lugar à desformalização da Justiça, cuja aplicação é confiada a mecanismos extra-estatais ou extrajudiciais para a resolução de conflitos”.

6 Barrilari (2017, p. 18) sintetiza que, atrelado que está ao desenvolvimento social, “o Direito vê-se compelido a revalidar seus conceitos ante o fenômeno da globalização, nova ordenação mundial que combina, de maneira complexa, as dimensões econômicas, políticas, culturais, religiosas e jurídicas. (...) As estruturas dos modelos estatais até então conhecidos são abaladas na medida em que o conceito de soberania vê-se em segundo plano ante a ampliação do mercado e, conseqüentemente, aos influxos que a economia provoca na sociedade, sem observar o limite territorial de cada país, encarando o mundo de uma perspectiva global econômica. Ao lado desse fator figuram dois aspectos de expressão: o incremento tecnológico e o fenômeno comunicativo que alterou a barreira de espaço/tempo”.

7 Priscilla Nascimento Silva (2019, p. 43) anota que uma das primeiras iniciativas internacionais na matéria se deu quando a Assembleia Geral das Nações Unidas abordou o tema da corrupção em transações comerciais internacionais, adotando a Resolução 3.514, de 15 de setembro de 1975.

de mecanismos preventivos ou repressivos eficazes⁸ (Perez Cepeda; Benito Sánchez, 2012, p. 21).

Referidas finalidades tornam-se relevantes no âmbito de uma política criminal internacional contra a corrupção, pois se trata de instrumentos destinados a contornar tais dificuldades e insuficiências, especialmente pela ausência de estruturas internacionais eficazes de aplicação direta de sanções; e, por outro lado, pela ampla gama de previsões legislativas, nem sempre harmonizadas, nos diversos ordenamentos jurídicos internos. Sendo assim, reunidos em organismos regionais ou internacionais, os Estados buscam elaborar documentos vinculantes contra a corrupção a fim de que cada um deles, no âmbito interno, harmonize suas legislações a partir dos preceitos comuns firmados nestes tratados internacionais, como se verá a seguir.

1.1. Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional, sediada em Paris, a qual surgiu no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de promover a cooperação para o desenvolvimento econômico dos países do bloco capitalista. A preocupação da OCDE com a corrupção nas transações comerciais internacionais remonta à década de setenta, especificamente ao ano de 1976, quando a organização internacional editou sua “Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais”. Referido instrumento, o qual não ostenta caráter vinculante em relação aos membros da organização, previa diretrizes para a atuação das empresas multinacionais na prevenção ao suborno nas transações comerciais (Silva, 2019).

Entretanto, as primeiras manifestações da OCDE acerca da corrupção tratavam-se de simples recomendações, em caráter genérico, a serem observadas pelos Estados-membros (Silva, 2019). Este cenário tomaria novos rumos na década de noventa, especialmente a partir do ano de 1996, quando se elaborou a Recomendação sobre a Dedução Fiscal de Propinas Pagas a Funcionários Públicos Estrangeiros, a qual receberia forte influência do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA norte-americano, em vigor desde 1977 (Godinho, 2011; Silva, 2019).

Sendo assim, cabe destacar que a OCDE foi pioneira na matéria, quando, em 1997, impulsionada pelos Estados Unidos da América, promulgou

8 Entretanto, é certo que se o fenômeno da corrupção se trata de um fenômeno global, é certo que a repressão do mesmo deve se dar de forma local, assentado sob uma base teórica culturalista, de forma a respeitar os valores próprios de cada Estado-membro. Nesse sentido, Cláudio Macedo de Souza (2006, p. 18) anota que: “O desenvolvimento de condições que possam ser aplicadas ao Direito Penal no mercado comum não pode prescindir, neste caso, de uma discussão que assente a norma jurídica sobre uma base teórica culturalista. A compreensão da normatividade desde uma visão cultural evidencia que a criação das condições, deontologicamente associadas a mandamentos e proibições normativas, não se identifica com o processo de unificação jurídica”.

a Convenção contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção OCDE). Tal instrumento dedicava-se a uma modalidade muito peculiar de corrupção – a corrupção ocorrida no comércio internacional – e o impulso, por parte dos Estados Unidos, para a aprovação do documento, deveu-se à desvantagem que as empresas norte-americanas enfrentaram, em matéria concorrencial, com as empresas de demais países que não reprimiam, no âmbito interno, os atos de suborno de funcionários públicos estrangeiros.⁹

Silva (2019) destaca que uma importante colaboração da Convenção da OCDE para o combate à corrupção está no alcance extraterritorial da mesma – alcance esse que, inclusive, a aproxima do FCPA norte-americano –, de tal forma que exige dos países signatários que os mesmos criminalizem os atos de corrupção de agentes públicos praticados dentro ou fora dos limites territoriais nacionais. Essa característica faz da referida Convenção um instrumento de âmbito global, de aplicação compulsória em todos os Estados-membros da OCDE.¹⁰ Apesar disso, o âmbito de abrangência do documento ainda é limitado, uma vez que a OCDE não é uma entidade representativa de todos os Estados, mas de um grupo seleto dos mesmos. De tal forma, remanesce a necessidade de se adotar um instrumento com verdadeira vocação universal (Perez Cepeda; Benito Sánchez, 2012).

1.2. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

A finalidade de se elaborar um documento que contemplasse todos os Estados seria lograda com êxito no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que, ainda no final da década de 1990, realizaria esforços para tal desiderato. Dentre tais esforços, um deles foi a publicação, em Viena, do Programa Global contra a Corrupção.

Assim, pouco tempo depois, em 2000, seria promulgada, na cidade de Palermo, a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, cujo propósito era o de “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a delinquência organizada transnacional” (ONU, 2000). A Convenção de Palermo, como ficou conhecida, faz referência à

9 Gloeckner e Silveira (2020, p. 1155), em uma análise crítica, comentam que o interesse dos Estados Unidos na inserção do combate à corrupção na agenda internacional se deve, sobretudo, à corrupção que “atingia o cenário dos pagamentos transnacionais, especialmente após a adoção dos Estados Unidos da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) em 1977, construir consenso também equivaleria a reequilibrar a balança em favor das próprias corporações americanas no contexto internacional. As razões pelas quais os Estados Unidos moldaram as campanhas anticorrupção baseando-se na definição da corrupção como *bribery* possuem justificações tanto históricas quanto práticas: em primeiro lugar, quanto menor a limitação conceitual da corrupção, mais fácil articular a sua implementação. A criminalização da corrupção transnacional já era produto da legislação interna pós-*Watergate* e então, os Estados Unidos passaram a pressionar os demais países para adotar semelhante processo”.

10 A ratificação da Convenção da OCDE se estendeu, também, aos Estados não membros daquela organização internacional. É o caso do Brasil, que ratificou a Convenção em 15 de julho de 2000, e que se encontra promulgada pelo Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000.

corrupção, exigindo que os Estados signatários tipifiquem a corrupção, nas modalidades ativa e passiva, de funcionários públicos nacionais.

O escopo da Convenção de Palermo, entretanto, era demasiadamente abrangente. Para tanto, pouco depois das tratativas realizadas por ocasião da adoção daquele instrumento, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 55/61, na qual constituía um comitê de especialistas para elaborar um instrumento jurídico internacional eficaz contra a corrupção e independente da Convenção de Palermo. Desses trabalhos nasceria, então, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, firmada em Mérida, no ano de 2003.¹¹

Fazem parte da Comissão de Mérida todos os Estados-membros da ONU, tendo entrado em vigência em 14 de dezembro de 2005 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. A Convenção da ONU, diferentemente do documento elaborado no âmbito da OCDE, é um documento abrangente, o qual trata do fenômeno da corrupção, sob as lentes da normatividade, em praticamente todos os seus aspectos jurídicos. O objeto da Convenção é, portanto, “a prevenção e a repressão das corrupções nas modalidades ativa e passiva, relativa a funcionários públicos nacionais, estrangeiros ou organizações internacionais” (Silva, 2019, p. 47).

1.3. Convenção Interamericana contra a Corrupção

Por sua vez, no sistema regional interamericano, o documento pioneiro foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em Caracas, no ano de 1996. Elaborada no âmbito de influência da Organização dos Estados Americanos (OEA), o documento seria fruto de uma proposta veiculada pelo governo da Venezuela, no Encontro de Presidentes das Américas, em dezembro de 1994. Seu propósito era o de promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos necessários para prevenir, detectar, sancionar e erradicar a corrupção, bem como promover a cooperação entre os Estados para assegurar a eficácia das medidas e sanções adotadas.

A Convenção da OEA ostenta uma característica pioneira na matéria, justamente por ser o primeiro tratado internacional a dispor sobre a matéria, antes mesmo da Convenção da OCDE. Trata-se de exemplo pioneiro de ação jurídica regional entre os países do continente americano. Ela prevê a implementação de mecanismos anticorrupção, incluindo a assistência recíproca nas áreas jurídica e técnica, bem como cooperação para a extradição, sequestro de bens e assistência legal e técnica recíproca quando os atos de corrupção

11 A Convenção de Mérida é um documento consolidado na matéria, contendo setenta artigos divididos em seis capítulos. No primeiro capítulo, o instrumento internacional fixa as disposições gerais e os objetivos do tratado, especialmente os de: (i) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater, de forma mais eficaz e eficiente, a corrupção; (ii) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e (iii) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

produzirem efeitos em cada uma das partes envolvidas. Requer, também, que as partes procedam à criminalização dos atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, contendo “medidas preventivas” para a corrupção.

Em relação à aplicação, a Convenção Interamericana também possui uma abrangência mais ampla que a da Convenção da OCDE, pois, diferentemente dessa, aborda as modalidades ativa e passiva, prevendo, inclusive, “a penalização de todos os co-autores, cúmplices e envolvidos, apontando, ainda a existência de um crime de enriquecimento ilícito, igualado a um ato de corrupção” (Souza, 2019, p. 48; Godinho, 2011).

1.4. Iniciativas adotadas no âmbito da União Europeia e do Conselho da Europa

Em âmbito europeu, é necessário destacar as iniciativas firmadas no espectro da União Europeia daquelas firmadas pelo Conselho da Europa. Sendo assim, no âmbito da União Europeia, as primeiras iniciativas anticorrupção se vincularam à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias.

Nesse sentido, destacaram-se os acordos firmados por conta do Primeiro Protocolo Adicional ao Convênio Relativo à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (União Europeia, 1995), documento no qual o bloco europeu ressaltaria a necessidade de tutelar os interesses financeiros de sua União, bem como resguardar a mesma contra os atos de corrupção cometidos por funcionários públicos comunitários ou de Estados-membros, quando esses estivessem responsáveis pela gestão dos fundos financeiros comunitários.¹² O referido protocolo criminaliza a corrupção passiva e ativa dos funcionários de Estado (tanto comunitários quanto nacionais) que atentem contra os interesses financeiros da União Europeia (União Europeia, 1995).

No âmbito do Conselho da Europa,¹³ as iniciativas anticorrupção seriam debatidas inicialmente de forma concomitante com as tratativas realizadas no âmbito da OCDE. De tal forma, tendo em vista a necessidade de evitar a duplicação inútil ou a incompatibilidade entre os instrumentos da OCDE e dos países europeus, o Conselho da Europa entendeu pela necessidade de criar um instrumento de Disposições Comuns (Conselho da Europa, 1999), no qual se estabeleciam as diretrizes a serem observadas

12 Em igual sentido, também no âmbito da União Europeia, pode-se destacar o Convênio relativo à Luta contra os Atos de Corrupção (União Europeia, 1997) em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias e membros da União Europeia, cujo objetivo era o de levar à criminalização, às legislações internas, de quaisquer atos de corrupção em que estivessem implicados funcionários comunitários ou de Estados-membros da União Europeia.

13 O Conselho da Europa é uma organização sediada em Estrasburgo, com personalidade jurídica própria reconhecida pelo Direito Internacional, cujo objetivo consiste na defesa dos direitos humanos e da democracia parlamentar, de forma a assegurar a primazia do Estado de Direito, além de estabelecer acordos em escala continental, a fim de harmonizar as práticas sociais e jurídicas dos Estados-membros.

pelos Estados-membros daquele bloco, as quais refletiam na necessidade de compatibilização das disposições firmadas na OCDE com as disposições internas vigentes para os membros da União Europeia.

Portanto, ao afetar todas as nações, desenvolvidas ou subdesenvolvidas, minando as instituições democráticas e os próprios direitos humanos, o enfrentamento ao fenômeno da corrupção é relevante tanto pelos efeitos devastadores que o mesmo provoca para o desenvolvimento econômico, social e político, quanto pela sua repercussão no âmbito empresarial; isso porque “por seu caráter desleal, viola a concorrência, acarreta danos às empresas que valorizam práticas justas em suas transações comerciais e supõe, também, uma contribuição para a instabilidade governamental” (Souza, 2022, p. 7; Martín, 2004).

Uma vez exposto o panorama acerca do cenário internacional de regulação do fenômeno da corrupção, dedicar-se-á o próximo tópico do presente trabalho para a análise jurídico-penal do mesmo. Almeja-se, tão somente, revisitar construções teóricas clássicas acerca do conceito de corrupção, na esfera penal, para subsidiar o leitor de um denominador comum a partir do qual o fenômeno pode ser tratado e analisado segundo o objetivo do presente estudo.

2. O QUE SE ENTENDE POR CORRUPÇÃO? A LEITURA JURÍDICO-PENAL DO FENÔMENO

O termo “corrupção” não é um termo neutro, uma vez que sua primeira aproximação já indica uma necessária valoração, não consistindo em uma descrição neutra de uma realidade fática (Teixeira, 2021, p. 47). Assim, conceituar o fenômeno da corrupção, em qualquer das suas esferas, está longe de ser uma tarefa simples. A complexidade da mesma ganha especiais contornos quando se busca delimitar, em termos jurídico-penais, o seu conceito, seus limites e sua extensão normativa. Isso porque a dogmática penal não só parte de teorizações abstratas, como também porque dito fenômeno ultrapassa as questões puramente normativo-jurídicas.

Para os fins deste trabalho, entretanto, não nos interessa a definição ampla de corrupção, própria das ciências sociais. Isso porque aquela forma de definir a corrupção é, por si, abrangente. Para fins jurídico-penais, contudo, interessa um conceito restrito de corrupção.¹⁴ O fato é que, no

14 Adriano Teixeira (2021, p. 48) comenta que a Transparência Internacional, órgão não governamental, utiliza da seguinte definição para corrupção: “abuso de um poder confiado para fins privados”, de forma a abarcar não apenas “o crime clássico de corrupção (pública) - em inglês conhecido como *Bribery* e em alemão como *Bestechung* -, mas também delitos como estelionato, extorsão, peculato, infidelidade patrimonial ou administração desleal, nepotismo, etc.”. Trata-se de um conceito amplo de corrupção. A literatura, no âmbito das ciências sociais, é consideravelmente vasta sobre o tema. A título de exemplo, citam-se os famosos escritos de Susan Rose-Ackerman (1999 e 2006), na ciência política. Igualmente, no cenário de língua portuguesa, os clássicos de Faoro (1958) e Buarque de Holanda (1936), como leituras sociológicas clássicas acerca do fenômeno.

cenário brasileiro, a tipificação dos atos de “peita” e “suborno” é antiga, de modo a retornar ao Código Criminal do Império, de 1830, que incriminava tais práticas em seus artigos 130 a 134, de forma a antecipar a tipificação contemporaneamente vigente. Àquela época, as razões da criminalização seguiam um discurso punitivo bastante rígido, baseado na “quebra de confiança depositada pela população no representante do Estado” (Silveira; Camargo, 2022, p. 53).

Nessa linha, não apenas o agente público que recebeu vantagens indevidas para a prática de ato de ofício – sendo ele lícito ou ilícito –, deveria ser punido. Também teria a punibilidade reconhecida o particular que a ele oferecesse tal vantagem, sob o argumento de participar ou instigar a lesão à confiança que a população depositava no agente público. Apesar deste panorama conceitual do discurso punitivo, o cenário prático acerca da corrupção na história do Brasil revelou-se por meio de um contrassenso, pois não era raro o fato de que, na prática, havia pouca preocupação com a responsabilização dos agentes estatais.¹⁵

Sendo assim, considerando-se a relevância sempre atual do tema, é necessário traçar algumas linhas introdutórias, com o intuito de fixar certa unidade semântica acerca daquilo que se entende, em termos jurídico-penais, por “corrupção”. Entretanto, considerando-se também a dificuldade de tal intento, o objetivo destas linhas iniciais do presente trabalho não é o de fornecer um conceito jurídico-penal de corrupção, nem mesmo de inovar em relação aos marcos teóricos que o antecederam. Busca-se, tão somente, revisitar alguns marcos teóricos no intuito de fornecer um denominador conceitual comum.

Apoiado na lição de Zaffaroni, Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 204) comenta que o conceito clássico de corrupção parte do direito romano e é modernamente caracterizado como a compra de um ato ou omissão. Trata-se, portanto, de um “ato de ofício”, sendo que a prática desse revela-se indispensável para a caracterização do injusto de corrupção. Este ato de ofício, por sua vez, é praticado mediante o recebimento de uma vantagem – indevida –, a qual deve objetivar a prática de um ato futuro e certo, no sentido de ser ele determinado (Bitencourt, 2007).

Como se sabe, o Código Penal brasileiro tipifica a corrupção em duas modalidades: passiva (art. 317) e ativa (art. 333). A redação atual do

15 Nesse sentido, Silveira e Camargo (2022, p. 53) aludem ao fato de que, não obstante a rigidez do discurso punitivo, “sempre houve um grande abismo entre a previsão normativa e a efetiva punição dos crimes de corrupção”. Tal era a descrença reinante no cenário brasileiro, que, em 1958, Nelson Hungria chegava a queixar-se do fato de que “a corrupção campeia como um poder dentro do estado”. E em todos os setores: “desde o ‘contínuo’, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos *misteriosamente* enriquecem da noite para o dia”. Em complemento, anotam os referidos autores (2022, p. 53), ao comentarem a posição da Hungria: “Contudo, para Hungria, a razão para esse estado de coisas não residiria na falta de provas e muito menos na redação da lei penal. Antes de tudo, na visão do autor, a ausência de punição por crimes contra a Administração Pública dever-se-ia à própria falta de interesse em responsabilizar os agentes estatais. Com efeito, o curso das últimas décadas parece indicar rumos diversos para o tratamento dispensado aos crimes de corrupção amplamente considerados”.

tipo de corrupção passiva,¹⁶ a qual serve de tipo-base para a modalidade ativa, ainda conserva os contornos da redação original, de 1940, apesar de que a mesma tenha sofrido mudanças hermenêuticas desde então. Um exemplo disso é a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à necessidade de comprovação do elemento “ato de ofício”, na modalidade passiva. Nesse sentido, o referido Tribunal, na Ação Penal 307/DF, absolveu o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello. Ou então, na famigerada Ação Penal 470/MG (“Mensalão”), na qual a mesma Corte parece ter relativizado o conceito de “ato de ofício” para os fins de reconhecer a incidência do tipo de corrupção passiva nos casos em que os parlamentares receberam vantagem indevida a fim de que esta orientasse os futuros votos dos mesmos (Silveira; Camargo, 2022).

Segundo a doutrina, há a necessidade da prática de “ato de ofício”, pelo agente público, como contrapartida ao recebimento de vantagem indevida. De tal forma, a especificidade do crime de corrupção é, justamente, a possibilidade de “mercância” do cargo público, a qual tem por objetivo a celebração de um “pacto de injusto” (*pactum sceleris*) entre as partes. Portanto, deve-se reconhecer que o injusto de corrupção é *sui generis* em relação aos demais. Isso porque ele reside, de forma central, não no desvalor do resultado, mas no desvalor da ação (Greco; Teixeira, 2017). Ainda que o desvalor do resultado da corrupção não deva ser desconsiderado, pois, no mais das vezes, ele acarreta em lesão ao interesse da Administração Pública, é verdade que a sua influência na delimitação dos contornos jurídicos de tal injusto é secundária.

A legitimidade da punição do ato que contraria a ideia de impessoalidade no exercício da coisa pública reside, em outras palavras, no próprio ato em si, e não no resultado antijurídico ou mesmo no bem jurídico que ele pretende tutelar.¹⁷ É bem verdade que a “sobrecarga pela ideia do resultado” (Greco; Teixeira, 2017, p. 167), na delimitação do tipo de injusto da corrupção, acaba por desfocar o debate sobre aquilo que realmente interessa: a prática do ato de ofício, pelo agente público, detentor de poder para realizar o referido ato.

Portanto, o injusto de corrupção, como ensinam Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo (2022, p. 61), se estrutura a partir da noção de pacto de injusto (*pactum sceleris*), o qual se trata de um ajuste

16 O atual art. 317 do Código Penal dispõe ser corrupção passiva o ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

17 Nesse sentido, Greco e Teixeira (2017, p. 166-167) comentam que: “(...) a questão do bem jurídico tem a ver primariamente com o desvalor de resultado da corrupção, portanto, por assim dizer, apenas com a metade do injusto da corrupção. Não fica, assim, claro por que só se pode falar em corrupção em face de uma forma de conduta bastante específica, qual seja, a oferta ou a aceitação de vantagens. Por que não é corrupção coagir um funcionário público, se esse ato eventualmente falseia a vontade estatal de maneira mais efetiva que o oferecimento de vantagens, prejudica o escorreito exercício das funções administrativas ou a confiança da coletividade nesse exercício? Não se pode esperar uma resposta a essa indagação a partir da definição do bem jurídico, da mesma maneira como se pode interpretar satisfatoriamente o furto e a apropriação indébita a partir de uma referência ao bem jurídico propriedade”.

ilegal entre corruptor e corrompido. De tal forma, a dogmática penal tem se utilizado do modelo agente-principal-cliente para explicar a dinâmica do ato de corrupção, sendo que:

No setor público, o ator “principal” seria o próprio Estado, que delega o poder de gestão de seus recursos ao “agente”, isto é, o funcionário público autorizado a tomar decisões no âmbito da Administração Pública, em prol do interesse comum. A terceira parte nessa relação seria o “cliente”, em geral um beneficiário dos atos da Administração, que se vincula ao “agente” de modo a criar uma distorção na relação entre o “agente” e o “principal” em benefício próprio (Silveira; Camargo, 2022, p. 62).

Assim, apesar de o injusto da corrupção se estruturar a partir do pacto de injusto, percebe-se que o mesmo não se esgota nesse acordo de vontades. Ele reside, em último caso, na configuração da deslealdade do agente público perante a coletividade que o investe na função pública, distanciando-se do interesse público em prol de interesses privados, mormente aqueles do corruptor. Ainda doutrinariamente falando, deve-se considerar que é praticamente unânime a opinião de que a corrupção é crime formal, de tal forma que a mesma dispensa a correspondência entre as modalidades ativa e passiva para a consumação. Dessa forma, revela-se suficiente que “o *intraeus* ‘solicite’ ou o *extraneus* ‘ofereça’ a ‘vantagem indevida’, mesmo que a solicitação, na hipótese da passiva, ou a oferta, na da ativa, seja recusada”¹⁸ (Bitencourt, 2007, p. 84).

Se a leitura jurídico-penal clássica acerca do fenômeno da corrupção diz respeito ao abuso de poder praticado por agentes vinculados ao setor público, dentro dos limites territoriais nacionais, contemporaneamente se verifica uma tendência de criminalização dos atos de corrupção na esfera privada, a qual advém, dentre outras causas, das exigências do comércio internacional (Gontijo, 2015). Dessa forma, a preocupação da política criminal passou a deixar de ser exclusivamente em relação ao tratamento da corrupção de funcionários públicos nacionais, passando a lançar atenção para os atos de corrupção praticados pelos agentes privados, quando da prática de atos mercantis para além das fronteiras dos Estados. Isso porque, no âmbito de atuação dos particulares, especialmente no comércio, é comum o exercício desviado de poder objetivando a obtenção de vantagens indevidas (Kindhäuser, 2007).

18 O comentário clássico de Nelson Hungria (1959, p. 367) enfatizava que, modernamente, “na disciplina jurídico-penal de tal crime, apresentam-se dois sistemas: ou se enfeixam a corrupção passiva e a ativa numa unidade complexa (crime bilateral ou de concurso necessário), condicionando-se o respectivo *summatum opus* à convergência ou acordo de vontades entre o *intraeus* (corrompido) e o *extraneus* (corruptor); ou se incriminam separadamente as duas espécies, de tal modo que a consumação de qualquer delas não fica, irrestritamente, na dependência de consumação da outra (ou seja, do encontro de vontades)”.

A tipificação da corrupção privada, nos ordenamentos jurídicos europeus, se deu sobretudo em meados dos anos 1990, com o florescimento de importantes textos internacionais dedicados ao tratamento da matéria, de forma que os países membros do bloco europeu passaram a adotar, no âmbito de seus respectivos ordenamentos internos, tais incriminações. Por sua vez, no cenário brasileiro, apesar de não haver até o presente momento a tipificação do injusto de corrupção privada, esta discussão já esteve em pauta, quando da elaboração do PL n. 236/2012, alcunhado de “Projeto Sarney”. A referida proposição legislativa trazia, em seu artigo 167, a previsão de incriminação da corrupção privada, ainda que inserida equivocadamente no Capítulo destinado aos crimes contra o patrimônio (Gontijo, 2015, p. 115-116).

3. A POLÍTICA CRIMINAL ANTICORRUPÇÃO NO MERCOSUL: O ACORDO 167 COMO DIRETRIZ REGIONAL

A experiência da integração sul-americana indica para uma forte tendência de harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, em consequência da perspectiva de formação de um mercado comum, intento que demanda um processo de caráter jurídico, para além do econômico e do político (Souza, 2006, p. 7). Ademais, os objetivos delineados no instrumento fundador do Mercosul, o Tratado de Assunção,¹⁹ somente se fazem exequíveis por meio de uma preocupação dos Estados sul-americanos na persecução – preventiva e repressiva – das atividades de desvio do interesse público.

A preocupação no enfrentamento da corrupção também vai ao encontro dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas, firmados em 2015. Especialmente porque o combate à corrupção não apenas diz respeito ao objetivo 16, “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”,²⁰ como também devido ao fato de que os atos de desvio do interesse público lesionam bens jurídicos de caráter supraindividual indispensáveis para o desenvolvimento socioeconômico, como o livre-mercado e, conseqüentemente, a possibilidade de livre-comércio entre os Estados-membros do bloco.

19 O tratado constitutivo do Mercosul estabelece que os Estados-partes assumirão o “compromisso de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (Paraguay, s.d.).

20 A citada ODS 16 prevê, em seus itens, inúmeros pontos que dialogam com o enfrentamento da corrupção na esfera internacional, tais como: (i) reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas; (ii) até 2030, reduzir significativamente os fluxos ilegais financeiros e de armas, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado; (iii) promover o Estado de Direito, ao nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos; (iv) fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de melhor capacidade de resposta em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

Ademais, no âmbito da integração sul-americana, os Estados-membros do Mercosul ratificaram a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), bem como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção de Caracas), de modo que ambos os instrumentos são normativas internacionais vinculantes para os Estados que internalizaram suas disposições. De ambos os documentos, ressalta-se a atenção dada à cooperação internacional na aplicação da lei, fornecendo mecanismos jurídicos eficazes para, dentre outras matérias, facilitar a assistência técnica, por meio de trocas de informações, além da recuperação de ativos.²¹

Deve-se registrar, igualmente, que a preocupação com o enfrentamento preventivo e repressivo da corrupção nas transações do Mercosul é uma preocupação que remonta desde a criação do referido bloco econômico. Em tempos mais recentes, os Estados-membros do Mercosul comprometeram-se a adotar um “Plano de Ação do MERCOSUL para o Combate à Corrupção”, por meio do qual se fixou o entendimento quanto à necessidade de se eliminar o suborno e a corrupção no comércio exterior, por meio da cooperação entre os setores público e privado (Paraguay, s.d.).

Pode-se afirmar, assim, que o Acordo 167/2022, denominado de “Acordo do Mercosul para a Prevenção e Luta Contra a Corrupção no Comércio e nos Investimentos Internacionais”, surgiu, no cenário da política criminal do bloco, como consolidação do referido Plano de Ação, de forma direta; e, indiretamente, como forma de dar concretude às obrigações assumidas pelos Estados-membros em face dos instrumentos que o antecederam, como as Convenções de Mérida e de Caracas.

Nesse contexto, ao considerar o fato de que a corrupção possui consequências nocivas para o desenvolvimento do comércio e dos investimentos internacionais, os Estados-membros do Mercosul, quando a Presidência *pro-tempore* do bloco era exercida pelo Paraguai, acordaram pela tratativa de um instrumento multilateral no qual todos os membros firmaram o compromisso para “prevenir e lutar contra a corrupção no comércio e nos investimentos internacionais, adotando as medidas legislativas e de outra índole que forem necessárias, no entendimento de que esta afirmação contribui para com os esforços para mitigar substancialmente a corrupção em todas as suas formas” (Paraguay, s.d.).

Nesse sentido, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, na condição de membros do Mercosul, obrigaram-se, mutuamente, não apenas a adotar

21 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), como já citado anteriormente, é um marco em matéria de cooperação jurídica internacional, especialmente em seu capítulo destinado ao tema, o qual enfatiza que todos os aspectos dos esforços anticorrupção necessitam de cooperação internacional, tais como assistência legal mútua na coleta e transferência de evidências, nos processos de extradição, e ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção. A referida convenção também é relevante em matéria de recuperação de ativos, ao dispor que Estados-membros devem apoiar-se entre si com extensas medidas de cooperação e assistência neste campo, a fim de fazer valer os interesses das vítimas e dos donos legítimos desses recursos.

as medidas necessárias para implementar as convenções internacionais anticorrupção das quais sejam eles partes, mas também a harmonizar suas legislações, a partir da assunção de: (i) estabelecer medidas concretas de enfrentamento da corrupção; (ii) promover a cooperação jurídica mútua na matéria; (iii) promover a integridade de funcionários públicos; e (iv) o controle social das políticas anticorrupção.

O referido Acordo 167 define “funcionário público” (artigo I), enquanto destinatário dos atos de corrupção, em termos abrangentes. Percebe-se, portanto, que a escolha do instrumento internacional foi a de utilizar uma definição inclusiva para os fins de considerar “funcionário público” em um esforço de conceituação próximo daquele utilizado pelo Direito Penal,²² em detrimento da terminologia comumente utilizada no Direito Administrativo. Assim, entendeu-se como ostentando os caracteres inerentes à condição de funcionário público, para os fins do Acordo, os seguintes sujeitos:

(i) toda pessoa que ocupar um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judiciário em um dos Estados-membros, em qualquer nível de governo, seja designado ou eleito, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, qualquer que seja a antiguidade dessa pessoa no cargo;

(ii) toda outra pessoa que desempenhar uma função pública em um dos Estados-membros, em qualquer âmbito de governo, inclusive em um organismo ou empresa pública, ou que prestar um serviço público, segundo se defina no direito interno de cada Estado-membro ou se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado;

(iii) toda outra pessoa definida como “funcionário público” no ordenamento jurídico de um Estado-membro.

Por sua vez, também faz alusão às figuras de “funcionário público estrangeiro”, como “toda pessoa que ocupar um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judiciário de um país estrangeiro, em qualquer nível de governo, seja designado ou eleito, permanente ou temporário, remunerado ou não remunerado, independentemente de sua antiguidade”; e de “funcionário de uma organização internacional pública”, como “um empregado público internacional ou toda pessoa que tal organização tenha autorizado a atuar em seu nome”.

Em face disso, o Acordo 167 dispõe que cada Estado-membro “adotará as medidas legislativas e de outra índole que forem necessárias para qualificar como infrações penais, cíveis ou administrativas, em conformidade com

22 No âmbito da penalística brasileira, Raquel Lima Scalcon (2021, p. 21) comenta que “o conceito penal de funcionário público está disciplinado pelo art. 327 do Código Penal. Dentre as suas principais funções está a de determinar o círculo de possíveis autores dos delitos contra a administração pública cometidos por funcionários públicos, tais como a corrupção passiva, peculato, concussão etc. A sua interpretação, à primeira vista, nem sempre apresenta maiores dificuldades. A riqueza das situações concretas, contudo, tem demonstrado justamente o contrário”.

sua legislação” as condutas de pessoas físicas e jurídicas que importem em (Paraguay, s.d.):

(i) promessa, oferecimento ou concessão a funcionário público, de benefício indevido que derive em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com a finalidade de que o referido funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais (modalidade ativa) (artigo III, alínea “a”);

(ii) solicitação ou aceitação por um funcionário público, direta ou indiretamente, de um benefício indevido que derive em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com a finalidade de que o referido funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais (artigo III, alínea “b”);

(iii) a promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público estrangeiro ou a um funcionário de organização internacional pública, de benefício indevido que derive em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com a finalidade de que o referido funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais, para obter ou manter alguma transação comercial ou outro benefício indevido relacionado com a realização de atividades comerciais internacionais (artigo III, alínea “c”);

(iv) a cumplicidade, incluídas a incitação, a ajuda, a instigação ou a autorização para a realização de quaisquer das condutas descritas nas alíneas acima (artigo III, alínea “d”).

Contudo, a principal contribuição, em termos de fomento a uma política criminal no âmbito dos Estados-membros do Mercosul, está disciplinada no tópico da “Cooperação internacional” (artigo V), no qual os Estados-membros comprometem-se a buscar facilitar e promover a comunicação, o intercâmbio de informação e a cooperação entre as autoridades competentes de modo efetivo e ágil, em conformidade com os respectivos ordenamentos jurídicos e com os tratados internacionais vigentes entre as partes (Paraguay, s.d.).

Em termos operacionais, o Acordo 167 prevê como pressuposto basilar a adoção de medidas legislativas e de outra índole, quando necessárias, de forma a reconhecer a descrição das infrações penais, civis ou administrativas presentes no referido instrumento (artigo III), apontando para uma inegável necessidade de harmonização legislativa dos ordenamentos jurídicos internos para os fins de adaptá-los às exigências internacionais acerca da matéria.

É importante, entretanto, não perder de vista que a harmonização legislativa não se confunde com a uniformização dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros do bloco comunitário. Nesse sentido, “a literatura jurídica perde a referência cultural e esvazia o conceito de ordem jurídica comunitária, cujo sentido mistura-se com a ideia única” (Souza, 2006, p. 56).

Por esse motivo, a harmonização da normatividade penal dos Estados do Mercosul deve levar em consideração um projeto de caráter culturalista.²³ Defende-se que o pensar sobre a normatividade, no âmbito do Mercosul, deve vir acompanhado de uma preocupação com a cultura, na linha da teoria culturalista de Recaséns Siches (1971), a qual fixa a “estreita relação entre a ideia espaço-temporal e a ordem jurídica interna de cada Estado signatário das Convenções” (Souza, 2022, p. 14). E indo mais além, tendo em vista que Recaséns Siches refutou cabalmente a dissociação entre *ser* e *dever-ser*; entende-se ser possível incluir tanto um quanto outro (fenômenos e valores) na pauta da ordem jurídico-penal dos Estados e dos blocos regionais.

Concretizar a adequação da legislação penal aos documentos internacionais de enfrentamento à corrupção é “pensar no que está escrito na norma e na circunstância ao redor dela” (Souza, 2022, p. 16). O debate sobre os limites do Direito Penal em escala regional vincula-se à máxima orteguiana (1957, p. 10): “eu sou eu e minha circunstância”. Isso implica em reconhecer que, a partir do referencial teórico culturalista, a definição dos limites da normatividade penal, no âmbito do Mercosul, deve necessariamente resultar da combinação dos fatos da fenomenologia social com critérios axiológicos (valores). Somente a partir de tal constatação, é possível pensar em instrumentos possíveis de dar concretude às diretrizes constantes do Acordo 167 enquanto um instrumento regional de enfrentamento à corrupção no âmbito regional.

4. DIRETRIZES COMUNS PARA A IMPLEMENTAÇÃO NO ÂMBITO INTERNO DOS ESTADOS-MEMBROS

A assunção do referencial teórico culturalista dá ênfase às peculiaridades axiológicas necessariamente diversas de cada um dos países envolvidos e possibilita analisar instrumentos concretos para a consecução das diretrizes constantes do Acordo 167. O compromisso, no plano comunitário, de adotar pautas legislativas ou de outra índole faz supor que os Estados-membros devem assumir, no âmbito de seus ordenamentos jurídicos internos, diretrizes comuns fundamentadas em três pilares: a adoção estrutural de programas de *compliance*, nos setores público e privado, para a finalidade de prevenir a prática de ilícitos; conjuntamente com tal medida, devem também promover o incentivo à denúncia de violações ao direito (*whistleblowing*), de forma a proteger os denunciantes; e, a depender da compatibilidade dos fundamentos de seus sistemas jurídicos, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

23 Cláudio Macedo de Souza (2006, p. 59) anota que: “O Direito Penal único colide, portanto, com a convicção de que normas jurídicas se nutrem dos valores ligados às circunstâncias de tempo e lugar que surgem de diferentes sociedades. Reitera-se que a uniformização de normas não é uma via possível para harmonizar os ordenamentos jurídicos nacionais”.

4.1. Compliance Anticorrupção como forma de promoção da integridade dos agentes públicos

A quase ruptura das economias ao redor do mundo, com a crise global de 2008, trouxe à tona uma profunda desconfiança no setor privado, especialmente no setor financeiro, a qual serviria para colocar em evidência a necessidade de se proteger a integridade do próprio mercado e do sistema econômico. As raízes da estratégia de autorregulação regulada, na qual os setores público e privado cooperam entre si, podem buscar-se ainda mais remotamente, remontando à segunda metade do século passado e à dificuldade evidenciada pelas agências reguladoras norte-americanas em fiscalizar a atividade das empresas, tanto em nível interno quanto externo.

Posteriormente, seria desenvolvido o conceito de *enforced-self-regulation*, tributário a John Braithwaite e Ian Ayres (1951; 1982). Diante desse novo conceito, surgiria então uma nova concepção de Estado regulador, a qual daria ênfase à cooperação entre os setores público e privado na tarefa de regulação socioeconômica em uma dinâmica conhecida por “autorregulação regulada”. De tal forma, aquilo que contemporaneamente define a autorregulação regulada é a subordinação da autorregulação do setor privado aos interesses e fins estatais e, no caso concreto, comunitários.

Os aspectos que justificam essa necessidade de mudança no paradigma regulatório estariam, sobretudo, no atual cenário em que se desenvolve a atividade econômica, a qual se serve de estruturas por vezes altamente complexas, de organização empresarial e divisão do trabalho, com diluição das responsabilidades de cada um dos agentes envolvidos no processo produtivo. Dessa forma, o controle da atividade econômica organizada na empresa – e, conseqüentemente, a prevenção, investigação, persecução e repressão de condutas ilícitas, por parte do Estado – assume contornos muito mais dificultados. Assim, “é o Estado que define as regras da nova forma de regulação, que incluem diversas possibilidades normativas de pressão” (Rodrigues, 2019, p. 49).

Portanto, a conexão entre a autorregulação pública e privada e os programas de cumprimento normativo (*compliance*) é evidente. Os programas de *compliance* refletem uma “corregulação estatal-privada” (Sieber, 2013; Martín, 2018), a qual reflete um hibridismo entre o Estado e o mundo empresarial, de forma que “as normas que traduzir as políticas das empresas, relativas a diversos domínios – em matéria de corrupção, branqueamento, consumo, fiscal, concorrência, ambiental, laboral ou do mercado de valores mobiliários –, são duplamente normas mistas, na sua gênese, estadual-supraestadual e no seu conteúdo, público-privado” (Rodrigues, 2019, p. 57). Os programas de *compliance* visam, portanto, à promoção de uma cultura

ética e de cumprimento normativo – seja no ambiente empresarial, seja na Administração Pública –, evitando a prática de atos ilícitos nesses âmbitos.

4.2. A utilização da figura do denunciante voluntário (*whistleblowing*)

Um sistema de *compliance* anticorrupção eficaz deve contar com um canal de denúncias que funcione corretamente, de tal forma que os whistleblowers possam cumprir um papel essencial na promoção da transparência e do diálogo na Administração Pública. Na definição de Beatriz García Moreno (2018, p. 259), o whistleblower “é a pessoa que revela informação negativa sobre uma organização (pública ou privada) com a que, geralmente, tem algum vínculo, o que lhe permite ter um maior conhecimento sobre suas práticas e seu pessoal”.

As raízes do *whistleblowing* encontram-se nos Estados Unidos da América, no qual, diferentemente da Europa Continental e da América Latina, não se verificou uma organização burocrática do Estado, de modo que os trabalhos de polícia “foram assumidos pelos cidadãos (*posse comitatus, sheriff*) e por investigadores privados e empresas de segurança” (Moreno, 2018, p. 261). Tal forma de se estruturar as funções do Estado conferiria relevância à atividade dos privados (cidadãos), incentivando que os mesmos denunciassessem, por interesse próprio e mediante uma recompensa remunerada, a ocorrência de atividades ilícitas de que tinham conhecimento.

A relevância dada às grandes corporações no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, sobretudo na década de sessenta, deu lugar a importantes movimentos sociais, dos quais resultou uma significativa preocupação do Estado norte-americano na proteção de trabalhadores, consumidores e do meio ambiente frente a abusos do meio corporativo. Esse segundo momento deixaria de lado o caráter privatista do *whistleblowing* que age em interesse próprio, e assumiria contornos de um “resistente ético” (*ethical resister*), agindo em prol do interesse público²⁴ (Moreno, 2018).

Assim, a informação denunciada pode ter por objeto uma conduta ilícita – neste caso, especificamente, um ato de corrupção – ou simplesmente pouco ética, realizada por alguém, funcionário público, que detenha poder e competências administrativas relacionadas aos atos de comércio internacional (v.g., servidores fazendários, fiscais em geral, dentre outros). Pressuposto indispensável para a efetividade de um canal de denúncias é, portanto, a garantia da proteção do *whistleblower* enquanto denunciante de boa-fé que age em prol do interesse público, pois a preocupação frente às represálias

24 Um marco na virada de compreensão acerca do papel do *whistleblowing* se deu com os escândalos de Watergate, em um contexto no qual o Estado norte-americano encontrava-se diante de inúmeras dificuldades na regulação do setor privado, especialmente das corporações que forneciam suprimentos para as forças armadas na Guerra do Vietnã. Assim, um marco regulatório relevante foi a promulgação da *Civil Service Act* (1978), que dispunha sobre a proteção dos funcionários que denunciassem comportamentos indevidos na administração das companhias do setor privado.

que eventualmente podem ser sofridas pelo mesmo não deve desestimulá-lo a informar os órgãos de controle da Administração Pública acerca de eventuais atos de corrupção ocorridos no cotidiano jurídico-administrativo.

4.3. A instituição legislativa da responsabilização penal de pessoas jurídicas

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito privado – e, portanto, em um primeiro momento, limita-se o espectro de tal responsabilidade às corporações, excluindo-se o Estado, como se faz na França, por exemplo – surge como uma alternativa político-criminal a ser considerada diante da complexidade do panorama de imputação individual nas estruturas organizacionais complexas, próprias da atividade empresarial. Para além disso, e especialmente tendo em vista a fungibilidade de inúmeros postos ocupados dentro das corporações, a adoção de uma responsabilidade penal dos entes coletivos é uma saída possível, para os Estados, no âmbito doméstico. Especialmente porque, em regra, os sujeitos responsáveis pelos atos de corrupção serão aqueles subordinados que ocupam postos na base da pirâmide organizacional da corporação, os quais podem ser substituídos e, conseqüentemente, a dogmática penal encontrará dificuldades na imputação.

As teses que defendem a responsabilização penal do ente coletivo – pessoa jurídica, como se denomina no Direito brasileiro – buscam suprir a demanda por soluções capazes de se imputar a responsabilidade penal no âmbito da criminalidade empresarial, a qual, devido à divisão do trabalho – que, em algumas corporações, chega a ser altamente complexa –, revela-se como uma tarefa extremamente difícil. Tais teses representam, em verdade, uma alternativa à imputação individual, em um cenário em que a dogmática penal passaria a observar uma tendência de imputação “debaixo para cima” (*bottom-up*), o que poderia levar à extrema dificuldade de atribuição de responsabilidade penal aos cargos mais elevados na estrutura empresarial, devido à fungibilidade das funções subordinadas e, de outro lado, a uma perspectiva de imputação “de cima para baixo” (*top-down*), na qual os órgãos mais altos de direção da empresa passavam a ser vistos como garantes de todos e quaisquer atos praticados por seus subordinados, o que ampliava demasiadamente o espectro da responsabilização penal.

Sob o ponto de vista dogmático, entretanto, a questão requer uma análise casuística dos fundamentos adotados por cada sistema jurídico-penal dos Estados-membros, pois, como se sabe, a depender dos valores de cada um deles, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pode ser de mais fácil compatibilização ou, ao contrário, de compatibilização extremamente difícil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto de globalização e o encurtamento das fronteiras nacionais, as quais colocaram sob questionamento o paradigma da soberania do Estado-nação, também demandaram mudanças no cenário da integração entre as nações, especialmente porque o comércio internacional, enquanto meio de desenvolvimento de um mercado comum, passou a demandar da normatividade uma especial preocupação com o enfrentamento da corrupção transfronteiriça.

É nesse contexto que se insere toda a cadeia normativa internacional que assume como objeto a prevenção e repressão do fenômeno da corrupção de funcionários públicos nas transações comerciais. Na esfera do Mercosul, por sua vez, os objetivos constantes do Tratado de Assunção (1991), especialmente a criação e manutenção de um livre mercado entre os países-membros, demandam dos Estados que compõem o bloco uma especial preocupação com a idoneidade das transações comerciais entre eles efetuadas.

Tendo em vista que os Estados-membros do Mercosul são também signatários de tratados internacionais de enfrentamento à corrupção em outras esferas multilaterais, como a OEA e a ONU, essa preocupação regional foi levada a cabo com a promulgação do Acordo 167, no ano de 2022. Com foco em medidas preventivas e repressivas, os Estados-membros que ratificaram o instrumento regional se comprometem a adotá-las com a finalidade de efetivamente combater a corrupção no comércio e nos investimentos internacionais por meio de medidas legislativas ou de outra índole.

Sendo assim, a origem do problema centrou-se em torno da necessidade de se investigar alternativas para a regulação, no âmbito interno dos Estados-membros do bloco, das diretrizes constantes do referido Acordo, a fim de se possibilitar uma política criminal anticorrupção integrada no âmbito regional. Nesse sentido, os Estados-membros do Mercosul devem assumir, no âmbito de seus ordenamentos jurídicos internos, diretrizes comuns fundamentadas na adoção estrutural de programas de *compliance*, nos setores público e privado, para a finalidade de prevenir a prática de ilícitos; em conjunto com o incentivo à reportação de violações ao direito (*whistleblowing*), de forma a proteger os denunciantes; e, a depender da compatibilidade dos fundamentos de seus sistemas jurídicos, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Apesar de a corrupção ser um fenômeno transnacional, sua prevenção e repressão na esfera jurídico-penal devem ser locais. Nesse aspecto, é necessário ter em vista que a harmonização legislativa – como caminho jurídico para a integração social, econômica e política – deve considerar um projeto de caráter culturalista. Portanto, pensar sobre os problemas no Mercosul pressupõe considerar as especificidades locais de cada um dos países, sob

pena de impor, unilateralmente, disposições descabidas ou desarrazoadas das respectivas realidades fenomenológicas (e axiológicas) locais.

Enfim, o Acordo 167 possui aspectos político-criminais que fortalecem a cooperação penal no Mercosul contra a corrupção transnacional porque suas diretrizes, comuns aos seus membros, garantem rapidez e eficácia das ações de investigação e persecução criminal que estejam sujeitas à jurisdição de mais de um Estado, garantem a recuperação de ativos obtidos ilícitamente e garantem o compartilhamento de experiências e melhores práticas relacionadas ao desenvolvimento, à implementação e à efetividade de suas leis e ações para lutar contra os efeitos devastadores da corrupção para o desenvolvimento econômico, democrático e para os próprios direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; URQUIZO, Gustavo. *Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación al concepto de unrechtsvereinbarung*. Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela, Espanha: Universidad de Santiago de Compostela, 2021, v. XLI.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; FUCHS, Marie-Christine. *Corrupción y derecho penal: prevención, investigación y sanción*. Bogotá, Colômbia: Tirant lo Blanch; Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992.

BARBOSA, Alexandre Izubara Mainente; DEIVIKIS, Gabriel Druda; BARBAS, Leandro Moreira Valente. Atos com repercussão transnacional e o compliance criminal da empresa sujeita a múltiplos ordenamentos jurídicos. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (orgs.). *Compliance e direito penal econômico*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 115-128.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Autorregulação regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

BASSO, Maristela. Harmonização do direito dos países do Mercosul. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2000. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1848>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, ano 112, 30 de nov. 2000.

BRASIL. Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, ano 118, 31 de jan. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-150723/pt-br.php>. Acesso em: 2 dez. 2024.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra S/A, 2002.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Penal sobre Corrupção, de 27 de janeiro de 1999*. Estrasburgo, França: CE, 1999.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. 9. ed. Lisboa: Editorial Presença, [s.d.].

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1135-1147, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/421>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/147>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (orgs.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed. Salamanca, Espanha: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2012.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2016.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, n. 134, p. 159-188, 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 367, v. 9.

KINDHAUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el código penal alemán. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Talca, Chile, n. 3, 2007, p. 18. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2346865>. Acesso em: 2 dez. 2024.

MARTÍN, Adán Nieto. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. In: MARTÍN, Adán Nieto (coord.). *Estudios de derecho penal*. Castela-Mancha, Espanha: Universidad de Castilla-la Mancha; Instituto de Derecho Penal, Europeo e Internacional, 2004.

MARTÍN, Adán Nieto (org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: MARTÍN, Adán Nieto (org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 259-283.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Convenção contra a corrupção de funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, de 17 de dezembro de 1997*. Paris, França: OCDE, 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996*. Washington, Estados Unidos: OEA, 1996.

OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional, de 12 de março de 2000*. Nova Iorque, Estados Unidos: ONU, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, de 31 de outubro de 2003*. Nova Iorque, Estados Unidos: ONU, 2003.

PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Tratado para a constituição de um mercado comum* (Tratado de Assunção). [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx. Acesso em: 2 dez. 2024.

PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Acordo do Mercosul para a prevenção e luta contra a corrupção no comércio e nas transações comerciais internacionais*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx. Acesso em: 2 dez. 2024.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; SÁNCHEZ, Demelsa Benito. La política criminal internacional contra la corrupción. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (orgs.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. 1. ed. Salamanca, Espanha: Centro de Estudios Brasileños; Universidad de Salamanca, 2012, p. 14-55.

_____. Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 8, n. 15, 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4407394>. Acesso em: 2 dez. 2024.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Nova Iorque, Estados Unidos: Cambridge University Press, 1999.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 112-120, dez. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317>. Acesso em: 2 dez. 2024.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113. Acesso em: 2 dez. 2024.

_____. *A condição de funcionário público no direito penal*. Florianópolis: Emais, 2021.

SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: MARTÍN,

Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La globalización económica y la integración supranacional. Multiplicadores de la expansión. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 81-99.

SILVA, Priscila Nascimento. A contribuição do direito internacional para a prevenção e a repressão da corrupção. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (orgs.). *Compliance e direito penal econômico*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 39-51.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Novas e velhas leituras sobre a corrupção: o caso da “rachadinha”. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 46–72, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p46--72. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/113>. Acesso em: 2 dez. 2024.

SOUZA, Cláudio Macedo de. *Direito penal no Mercosul: uma metodologia de harmonização*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SOUZA, Cláudio Macedo de. O apoio mútuo das políticas comerciais e ambientais na ordem jurídico-penal interna para a repressão do suborno internacional. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 43, n. 92, p. 1-24, 2023. DOI: 10.5007/2177-7055.2022.e93122. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/93122>. Acesso em: 2 de dez. 2024.

TEIXEIRA, Adriano. O conteúdo de injusto da corrupção privada empresarial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 45-94, 2021.

UNIÃO EUROPEIA – UE. *Primeiro Protocolo Adicional ao Convênio Relativo à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, de 26 de julho de 1995*. Bruxelas, Bélgica: UE, 1995.

UNIÃO EUROPEIA – UE. *Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção em que Estejam Envolvidos Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, de 26 de maio de 1997*. Bruxelas, Bélgica: UE, 1997.

MATERNIDADE E TRABALHO: MAPEAMENTO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A CORRELAÇÃO COM OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*MATERNITY AND LABOR: MAPPING
INTERNATIONAL INSTRUMENTS WITHIN THE
CONTEXT OF THE INTERNATIONAL LABOR
ORGANIZATION AND THE CORRELATION WITH
THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS*

Miriam Olivia Knopik Ferraz¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Mapeamento dos instrumentos internacionais sobre maternidade no âmbito da OIT. 2. Correlação dos instrumentos internacionais no âmbito da OIT e os ODS da ONU. Conclusão. Referências.

¹ Pós-doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma – La Sapienza. Mestre em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Diretora Acadêmica da Associação Paranaense de Direito Economia (ADEPAR). Professora da FAE Centro Universitário.

RESUMO: A proteção da maternidade é comumente relacionada com o instituto da licença-maternidade, que visa à proteção da maternidade e do nascituro, porém, a depender da sua estruturação tem o potencial de promover a manutenção do trabalho das mulheres, proteções que alcançam aspectos estruturais da compreensão do trabalho da mulher. Considerando a diversidade de modalidades e paradigmas que são aplicados no mundo, este artigo tem por objetivo analisar os paradigmas apresentados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o tema, bem como a sua relação com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse sentido, parte-se do seguinte problema de pesquisa: quais os instrumentos da OIT tratam sobre a maternidade e qual a sua relação com os ODS da ONU? A metodologia utilizada será lastreada na pesquisa bibliográfica e no levantamento documental dos instrumentos internacionais citados. Para a materialização da pesquisa, subdividiu-se em dois tópicos, os quais concretizam os objetivos específicos: 1. Mapeamento dos instrumentos internacionais sobre maternidade no âmbito da OIT; 2. Correlação dos instrumentos internacionais no âmbito da OIT e os ODS da ONU. Como resultados da pesquisa, depreendeu-se que os *standards mínimos* estabelecidos pela OIT podem ser potencializados e ampliados com os ODS, oferecendo soluções para proteção da maternidade e trabalho e, também, a promoção das carreiras das mulheres, em especial observando a promoção do desenvolvimento multidimensional.

PALAVRAS-CHAVE: Maternidade e trabalho. Carreiras de mulheres. Desenvolvimento multidimensional. Licença-maternidade.

ABSTRACT: Maternity protection is commonly related to the institute of maternity leave, which aims to protect maternity and the unborn child, but depending on how it is structured, it has the potential to promote the maintenance of women's work, protections that reach structural aspects of the understanding of women's work. Considering the diversity of modalities and paradigms that are applied around the world, this article aims to analyze the paradigms presented by the International Labour Organization (ILO) on the subject, as well as their relationship with the United Nations (UN) Sustainable Development Goals (SDGs). The research problem is as follows: which ILO instruments deal with maternity and how do they relate to the UN's SDGs? The methodology used will be based on bibliographical research and a documentary survey of the international instruments mentioned. In order to carry out the research, it was subdivided into two topics, which make up the specific objectives: 1. mapping the international instruments on maternity within the scope of the ILO; 2. Correlating the international instruments within the scope

of the ILO and the UN's SDGs. The results of the research show that the minimum standards established by the ILO can be strengthened and expanded with the SDGs, offering solutions to protect maternity and work, as well as promoting women's careers, especially with regard to promoting multidimensional development.

KEYWORDS: Maternity and labor. Women's careers. Multidimensional development. Maternity leave.

INTRODUÇÃO

No debate sobre maternidade e trabalho, o primeiro instituto que é estudado é a licença-maternidade, que é um afastamento do trabalho conferido, inicialmente, à mulher que passa pelo estado gravídico, com o objetivo de proteção à maternidade e ao nascituro. Entretanto, a compreensão de maternidade e trabalho, no sistema capitalista, deve compreender toda a jornada das mulheres em seus trabalhos, considerando as etapas de pré-contratação/seleção, permanência, desenvolvimento de carreira e todas aquelas atreladas à possibilidade da vivência da maternidade sem que isso gere discriminações.

No aspecto global, a proteção da maternidade se desenvolve de diversas formas, como equivalência entre licença-maternidade e paternidade, períodos de proibição de rescisão sem justa causa, períodos de interrupção para amamentação etc. Considerando essas perspectivas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabeleceu *standards mínimos* para a proteção da maternidade em nível global, estabelecendo, então, parâmetros mínimos a serem aplicados.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo analisar os paradigmas apresentados pela OIT sobre o tema, em especial as Convenções, bem como a sua relação com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse sentido, estabeleceu-se o seguinte problema de pesquisa: quais os instrumentos da OIT tratam sobre a maternidade e qual a sua relação com os ODS da ONU?

A metodologia utilizada será lastreada na pesquisa bibliográfica, com enfoque em paradigmas de estudo da estruturação da própria OIT, bem como na compreensão dos reflexos da maternidade no trabalho, com especial enfoque no referencial teórico de Cláudia Goldin, para, em um segundo momento, análise dos instrumentos internacionais e suas perspectivas apresentadas pelos próprios órgãos, quais sejam a OIT e a ONU.

A pesquisa está subdividida em dois tópicos: primeiramente, o mapeamento dos instrumentos internacionais sobre maternidade no âmbito da OIT, o qual inicia-se com a compreensão da perspectiva de gênero

apresentada desde os primórdios da constituição do órgão para, ao fim, apresentar os instrumentos internacionais e as perspectivas da própria OIT sobre a temática. Em um segundo momento, avança-se para o estudo da correlação dos instrumentos internacionais no âmbito da OIT e dos ODS da ONU, realizado por meio da análise comparativa entre as Convenções da OIT mencionadas e as perspectivas apresentadas pelo órgão, com objetivos específicos dos ODS, bem como relacionando com a necessária compreensão do desenvolvimento como multidimensional.

1. MAPEAMENTO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE MATERNIDADE NO ÂMBITO DA OIT

A OIT foi estruturada inicialmente no âmbito do Tratado de Versalhes que possui, na parte XIII, o tratamento sobre a regulação internacional do trabalho, subdividida na criação e na estruturação da OIT e nos princípios gerais de proteção ao trabalho. O referido instrumento preconiza que a paz social almejada somente seria alcançada por meio dos pilares da justiça social, entre os quais está a “elevação e regulamentação das condições de trabalho” (Reis, 2010, p. 49). Nesse contexto, foi nos art. 387 e 289 que se instituiu e se estruturou a OIT, com sede em Genebra, cidade escolhida devido aos esforços da Suíça na internacionalização do Direito do Trabalho (Reis, 2010, p. 50).

Um dos grandes elementos que diferenciam a OIT de outros organismos internacionais é a composição tripartite, presente no Tratado de Versalhes, no qual propôs-se a participação, além dos representantes dos países, também de dois delegados de cada Estado-membro: um representante dos empregadores e outro dos trabalhadores (Reis, 2010, p. 50). Esse é um fator que comprova o caráter social, negocial e dialógico do Direito do Trabalho, elementos que permitiram o diálogo efetivo entre os “indivíduos de diversas tendências ideológicas” (Bagolini, 1997, p. 84), o que permitiu, em âmbito internacional, que se “atendessem às pressões sociais derivadas do homem situado, com suas necessidades reais e particulares” (Reis, 2010, p. 51).

Este documento, ainda basilar para o estudo do Direito do Trabalho, estabeleceu, no art. 427 do tratado, os princípios de valorização do trabalho e de proteção aos trabalhadores e, assim, como afirma Daniela Muradas Reis, positiva-se o “imperativo ético-jurídico do trabalho” (2010, p. 51). Esse imperativo permite que se compreenda que o trabalho não é uma mercadoria e, dessa forma, reconhecendo-se a dignidade humana e a sua relação direta com o trabalho (Pires, 2011, p. 23). É a dignidade humana o tema central que fundamenta o Direito do Trabalho (Biavaschi, 2005, p. 70-71).

Além dos pressupostos teóricos, alguns direitos foram consolidados com o Tratado de Versalhes, como: salário justo; o primado da não

discriminação por trabalho de igual valor, com enfoque na distinção de sexo e ao estrangeiro; vedação do trabalho infantil; necessidade de serviço de inspeção para verificar a aplicabilidade das normas (Reis, 2010, p. 53). Nesse sentido, observa-se que, desde os seus primórdios, a OIT vem construindo normativas que compreendem uma proteção maior à perspectiva de gênero, considerada a época e suas respectivas necessidades.

Maurício Godinho Delgado afirma que esse momento histórico foi paradigmático para a reestruturação completa do primado do trabalho, que deixa de ser apenas uma noção ou um ideário para se tornar um princípio de justiça social, que rege e direciona os ordenamentos jurídicos e as relações sociais (Delgado, 2001, p. 137). A compreensão da valorização do trabalho passou a ser considerada uma das prerrogativas da pessoa humana e, dessa forma, contribuiu para a própria construção da doutrina dos Direitos Humanos (Caçado Trindade, 2004, p. 212), que são direitos superiores ao próprio ser humano e com alcance global, além de nacionalidades e estatutos políticos (Buergethal, 1998, p. 7).

Nesse sentido, Flávia Piovesan enfatiza que a OIT, junto com a Liga das Nações e o Direito Humanitário, contribuiu para o início da internacionalização dos direitos humanos e, principalmente, impôs um marco de valorização de direitos como compromissos reais. Dessa forma, distanciou-se da ideia de um Direito Internacional apenas para regulação de relações entre Estados (Piovesan, 2015, p. 185-187), rompendo-se, inclusive, com a ideia de soberania absoluta, compreendendo-se, assim, como não sendo mais admissível que a forma como o Estado trata os seus indivíduos fosse “assunto de seu interesse exclusivo” (Henkin, 1993, p. 7-9), crescendo a noção de legítimo interesse internacional (Caçado Trindade, 1991, p. 5).

Com o desencadeamento da Segunda Guerra Mundial reduziram-se as atividades da OIT (Gunther, 2011, p. 36), retomadas principalmente pela Conferência em 1944, que resultou na Declaração de Filadélfia, um dos documentos mais importantes para a compreensão dos objetivos da OIT, a qual posteriormente seria incorporada à constituição da própria OIT.

A referida conferência tinha como objetivo fazer um “balanço da entidade e das suas perspectivas para o futuro” realizando a revisão da Constituição da OIT (Gunther, 2011, p. 36). Como ressaltado, esse documento teve grande importância por reiterar o compromisso com a justiça social fundada no primado do trabalho digno. Dentre os diversos pontos tratados, destacam-se os atinentes a este trabalho: proclamou a valorização do pleno emprego; pleno desenvolvimento espiritual, independentemente de critérios de cor, raça, sexo ou credo; fixou normas sobre salário, remuneração, horário e proclamou a valorização dos direitos das mulheres e dos menores. Dessa forma, novamente, fixam-se os compromissos da OIT em observância às diferentes relações de gênero.

A Declaração de Filadélfia foi um dos documentos mais importantes para o Direito Internacional do Trabalho, uma vez que densificou a normativa do princípio social e, efetivamente, traz ao alcance o primado da justiça social, materializando a “progressão jurídica das condições sociais dos trabalhadores” (Reis, 2010, p. 59). Com essa perspectiva, construiu-se um comprometimento com a paz, a justiça, a liberdade e a dignidade da pessoa humana (Jenks, 1969, p. 19).

Consolidada a revisão da Constituição da OIT, diversas temáticas foram incorporadas com o objetivo de valorização das melhores condições laborais para muitos indivíduos. Destacam-se as seguintes disposições: a regulação da jornada de trabalho; duração máxima do dia e da semana de trabalho; proteção a crianças, adolescentes e mulheres; proteção da velhice e invalidez; princípio “para igual trabalho, mesmo salário”; liberdade sindical; ensino profissional e técnico, e outras medidas (Gunther, 2011, p. 37-38; Süsskind, 2007, p. 14). O rol apresentado, no qual destacou-se os atinentes à temática deste trabalho, como um todo, busca traduzir as necessidades mais urgentes segundo Plá Rodriguez (1965, p. 82) e Luiz Eduardo Gunther (2011, p. 38).

Alain Supiot afirma que a Declaração de Filadélfia foi a “primeira declaração internacional de direitos de vocação universal” (2010, p. 9), e Scelle afirma que nesse preâmbulo constituiu-se a “declaração internacional dos direitos do trabalhador” (1930, p. 20). Ressalta-se ainda a importante posição de Mario de la Cueva que preconiza que o rol apresentado não limita a proteção internacional, mas elenca o mínimo protetivo a ser vislumbrado com a aplicação para além desse (1972, p. 106).

A OIT é de grande importância para a compreensão e estruturação do trabalho global, e a proteção da maternidade tem sido questão central desde a sua criação em 1919, adotando perspectivas de crescimento protetivo ao longo do tempo. Segundo a própria OIT, o objetivo dessa proteção é “resguardar a saúde da mãe e do seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe” (OIT, 2018).

A Constituição da OIT, sob à luz da atualização da Declaração de Filadélfia, abordava diversos temas e, de forma ampliativa, sobre a perspectiva de diferença entre os sexos, desenvolveu-se especificamente três convenções que abordam a maternidade: a Convenção n. 103, Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do Parto de 1919; a Convenção n. 103, Convenção Relativa ao Amparo à Maternidade de 1952; e a Convenção n. 183, Convenção sobre a Proteção da Maternidade.

Em 2018, a OIT emitiu a Nota Técnica n. 4, referente à temática Trabalho e Família, apresentando a consolidação dos elementos de proteção à maternidade em cinco tópicos, dialogando com as convenções supramencionadas: a) licença-maternidade; b) prestações pecuniárias e

médicas; c) proteção à saúde; d) aleitamento materno; e) proteção do emprego e não discriminação.

Com relação ao item a) licença-maternidade, esse é o ponto mais conhecido e debatido ao redor do globo, vez que se desenvolve em diversas perspectivas. A licença-maternidade trata-se de um período de descanso após o nascimento do(a) filho(a) e, para a OIT, tem como objetivo a proteção da saúde da mãe e do(a) filho(a) (OIT, 2018).

Há duas grandes correntes que buscam compreender os objetivos da proteção da maternidade. A primeira corrente apresenta o enfoque na proteção à maternidade, à mulher e ao seu papel na sociedade, apresentando que os fatores que justificam a licença seriam: motivos fisiológicos, devido à sua função reprodutora; de eugenia, no sentido de “fortalecimento da raça”; motivos biológicos, que representariam a debilidade física feminina; e, por fim, razões espirituais, morais e familiares, que justificariam o “resguardo da mulher no lar” (Barreto, 1967, p. 485; Pérez Botija, 1955, p. 135; García Oviedo, 1954, p. 486; De La Cueva, 1970, p. 900).

A segunda corrente não apresenta grandes diferenciações, porém, busca o enfoque na formação dos filhos e posiciona a mulher como única responsável, apresentando que o objetivo da licença-maternidade é possibilitar as condições necessárias para o bom desenvolvimento da capacidade física e mental dos descendentes, o que não ocorreria caso as mães estivessem “debilitadas pelo trabalho” (Mandalozzo, 1996, p. 21). Complementa-se, de forma a dialogar com a primeira corrente, que a função da maternidade, também seria a “salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações” (Barros, 1995, p. 39). Dessa forma, o principal fator de diferenciação é o enfoque nos interesses da criança e da saúde da mulher.

Há algumas críticas que podem ser feitas a ambas as correntes, que buscam tensionar os papéis de gênero, mas também abarcar outras realidades, como ampliar a compreensão da própria licença-paternidade, licença-parental e diferentes composições de famílias, como decorrentes de adoção ou em sua estrutura: monoparentais, socioafetivas, homoafetivas etc. No âmbito da própria OIT, na Nota Técnica n. 4, há o debate sobre a experiência internacional sobre a licença-parental, que busca uniformizar as prestações de forma a abarcar diferentes realidades (OIT, 2018).

Em termos práticos, a licença-maternidade se materializa como um período de afastamento. A Convenção n. 183 da OIT estendeu o período de 12 semanas estipulado anteriormente para um período mínimo de 14 semanas (art. 4º). Paralelamente, a Recomendação n. 191 da OIT sugere que esse período seja elástico para 18 semanas. É importante ressaltar que a Convenção n. 183 apresenta um período adicional no caso de doença, complicações ou riscos relacionados à gravidez (art. 5º) e, ainda, prevê uma licença-pós-parto obrigatória de seis semanas. Dessa forma, é importante

compreender que o período de afastamento não se dá somente após o parto, podendo ocorrer antes, mas que há um período obrigatório a ser usufruído após esse evento.

Na Nota Técnica, a OIT declara: “O propósito dessa disposição é proteger a mulher de possíveis pressões para retornar ao trabalho em um período no qual esse retorno pode ser nocivo para a sua saúde ou de seu filho ou filha” (OIT, 2018). Essa declaração posiciona a OIT como uma entidade de proteção do trabalho da mulher e que reconhece que a maternidade é um período de tensões no ambiente laboral, que pode, inclusive, gerar impactos na carreira das mulheres (Ferraz, 2024), pesquisa demonstrada por Claudia Goldin, Nobel de Economia e Professora da Harvard Law School em diversos trabalhos (Goldin, 1990; 2006; 1983; 2021).

As Convenções da OIT têm como objetivo estabelecer *standards mínimos* a serem observados pelos países e, em seu âmbito e considerando suas regionalidades e particularidades, estabelecem os seus respectivos direitos. A licença-maternidade é um dos grandes desafios globais, pois, conforme o estudo de Cláudia Virgínia Brito de Melo (2019), em que a autora mapeou as licenças em todos os continentes, há uma grande diversidade de períodos de tempo, quem pode usufruir, qual a fonte de custeio e, ainda, a existência ou não da proteção ao emprego no período, o que, no Brasil, é intitulado de estabilidade.²

Avança-se para o estudo do eixo b) prestações pecuniárias e médicas. Na Nota Técnica, a OIT (2018) estabelece que o “direito a prestações pecuniárias para compensar a perda de renda em decorrência da interrupção de atividades econômicas da mulher constitui uma parte substancial da proteção da maternidade”. A OIT reconhece e evidencia que há perdas financeiras em virtude da interrupção das atividades e, considerando o sistema capitalismo vigente, há a necessidade de que essas perdas sejam administradas de alguma forma, para que não resultem em uma obrigação de retorno ao trabalho antes do medicamento aconselhável. Ademais, acrescenta-se que a ausência de uma prestação pecuniária pode resultar em um desestímulo à gravidez ou ao seu adiamento, em detrimento da carreira.³

A Convenção n. 183 determina: as prestações pecuniárias sejam suficientes para que a mulher possa garantir a sua subsistência e a de seu(sua) filho(a), de forma adequada, em níveis de saúde e vida; os valores não deverão

2 No âmbito brasileiro, a licença-maternidade é de 120 dias, estando somada a estabilidade que confere à gestante o direito de não ter seu contrato rescindido sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição, no art. 392 da CLT e, com relação à estabilidade, no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição. No caso da licença-paternidade, a Constituição, no art. 7º, XIX, estabelece que esta será regida por lei específica, o que, até o presente momento, não foi realizado, prevalecendo o disposto no art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabelece o prazo de cinco dias.

3 Destaca-se que o momento da escolha de ter um(a) filho(a), em especial o primeiro filho, apresenta muitos elementos que revelam por que os rendimentos entre homens e mulheres podem apresentar divergências (Bertrand; Goldin; Katz, 2010).

ser inferiores a dois terços da renda prévia; e o benefício deverá ser oferecido pela previdência social, por fundos públicos ou da forma como a lei nacional regulamentar. Destaca-se que a OIT determina que os custos referentes a esse período não devem recair sobre o contratante (OIT, 2018). Isso se justifica para que o período não represente, na prática, um período de afastamento sem trabalho remunerado, o que poderia, considerando o sistema vigente, operacionalizar um sistema de incentivo negativo à contratação de mulheres.

Trata-se do que, na Análise Econômica do Direito, se intitula de incentivos. As normas jurídicas são, em si, incentivos que, somadas a um preço, atuam interferindo no comportamento dos indivíduos de acordo com as vantagens ou desvantagens que impõem (Gonçalves; Bonat, 2018, p. 381). É considerando esse fluxo que os indivíduos respondem às normas jurídicas e suas respectivas sanções: “ao tomar o comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional, avalia a relação entre custo e benefício da conduta que poderia vir a praticar” (Gonçalves, Ribeiro, 2013, p. 80). Mesmo que, em essência, a licença-maternidade não esteja vinculada a sanções, o “custo” da licença poderá funcionar como um desincentivo à própria contratação de mulheres, se custeado pelos contratantes. É sob esse enfoque que a OIT estabelece que esses valores pecuniários sejam custeados pela previdência social, por fundos etc.

Além disso, a OIT (2018) realiza um diálogo com a vocação expansionista do Direito do Trabalho, que considera que deve atuar de forma ampliativa, não se restringindo às relações de trabalho subordinado. Esse diálogo está presente na determinação de que os Estados-membros deverão garantir que a grande maioria das mulheres possa usufruir de tais benefícios, inclusive as que não reúnam condições de ter direito aos fundos de assistência social, como, por exemplo, no caso do Brasil, as trabalhadoras autônomas.⁴

No mesmo sentido, a Convenção n. 183 prevê a necessidade de prestações médicas para mãe e filho(a) que devem compreender: assistência pré-natal, durante o parto e após o parto e, também, no caso de hospitalização necessária, como dispõe o art. 6º.

De maneira correlata, avança-se para o eixo c) proteção à saúde. Esse eixo reflete um posicionamento claro da OIT em compreender a gravidez como um processo natural de desenvolvimento da sociedade e, assim, preconiza inicialmente: “A gravidez não é uma doença e trabalhar durante a gravidez não representa um risco em si” (OIT, 2018). Essa afirmação, por si só, posiciona o trabalho da mulher em estado gravídico como possível, desejável e necessário para a permanência das relações de trabalho. Além disso, materializa o olhar

4 No Brasil, a licença-maternidade está incluída na compreensão da seguridade social que é formada pelo tripé da saúde, assistência e previdência. Enquanto a saúde não exige contribuição prévia, a licença-maternidade enquanto parte do eixo de assistência, exige contribuição prévia, seja decorrente de um contrato de emprego formal ou de outras modalidades, como contribuições facultativas (Ferraz, 2021).

honesto sobre o maternar ao apontar que podem ocorrer riscos à saúde da mulher e do(a) filho(a), que podem desencadear a necessidade de uma maior proteção no local de trabalho, como, por exemplo, o exercício de atividades em ambientes insalubres, perigosos e extensões de jornada.

A Convenção n. 183 estabeleceu, pela primeira vez e em âmbito internacional, o direito à proteção da saúde da gestante e da lactante, determinando que os países membros adotem medidas para que essas mulheres não desempenhem atividades laborais que possam implicar em um risco significativo (art. 3º). De forma complementar, a Recomendação n. 191 prevê a adaptação do trabalho das gestantes e lactantes com as seguintes medidas: eliminação de riscos; adaptação das condições de trabalho; transferência para uma função mais segura, sem perda de salário, quando essa adaptação não for possível; licença remunerada, caso não seja possível a transferência (OIT, 2018).

É importante ressaltar o posicionamento da OIT no sentido da necessária garantia do direito da mulher em retornar à mesma função ou função equivalente, que garanta a mesma remuneração, quando os riscos já não estejam mais vigentes, conforme se estabelece na Recomendação n. 191, parágrafo 6º, item 5 da OIT.

Aborda-se o eixo d) aleitamento materno. Constantemente negligenciado, ou considerado um eixo paralelo, o aleitamento materno trata-se de um direito diretamente relacionado ao maternar e, conseqüentemente, à própria licença-maternidade e à concepção do trabalho e da maternidade. A Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que o aleitamento materno seja realizado de forma exclusiva pelas mães até os primeiros seis meses de vida do bebê e, até o período de dois anos, com uma amamentação complementada por alimentos. Em 2012, a Assembleia Mundial da Saúde (AMS) aprovou a meta global de nutrição de aumentar a taxa de aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de idade para pelo menos 50% até 2025 (OMS, s.d.). Esse é um grande ponto no âmbito das relações de trabalho e maternidade, uma vez que, enquanto a licença-maternidade possui um período determinado e é vinculado a um afastamento do trabalho, o aleitamento materno constitui uma rotina entre a mulher e o(a) filho(a), que invariavelmente precisa se compatibilizar com o trabalho. O que efetivamente ocorre, ao menos no âmbito brasileiro, é a amamentação predominante no período da licença-maternidade, sendo 60% até os quatro meses; e até os seis meses o percentual reduz para 45,7% (Brasil, 2022).

A Convenção n. 183 visualiza justamente essa dicotomia entre maternidade e trabalho ao estabelecer que a mulher deve ter o direito a uma ou várias interrupções por dia para amamentação ou, ainda, uma redução diária de sua jornada. É importante ressaltar que as interrupções devem ser contabilizadas como parte da jornada e serem remuneradas, e o

número de interrupções será fixado em legislação nacional, considerando suas práticas (art. 10).⁵

Por fim, o eixo e) proteção do emprego e não discriminação. Esse eixo evidencia a preocupação da OIT com os reflexos gerais que a maternidade pode ocasionar no trabalho das mulheres. Por esse motivo, a OIT estabelece alguns parâmetros para essa proteção: a proteção ao emprego em decorrência da gravidez; e o retorno à mesma função ou função equivalente com a mesma remuneração (OIT, 2018). Nesse sentido, a Convenção n. 183 garante a continuidade do emprego e proíbe a demissão durante a gravidez, o período de licença-maternidade e, por um determinado período, após o retorno ao trabalho. Para a rescisão, deverá o empregador comprovar que os motivos não estão relacionados à gravidez ou ao nascimento de um(a) filho(a) e, por isso, no âmbito brasileiro, são associados ao instituto da estabilidade, que só permite a rescisão por justa causa (art. 482 da CLT).

É importante ressaltar que a OIT preconiza que a gravidez não deve gerar reflexos à gama de direitos que compreendem as relações de trabalho, como “ter efeitos negativos sobre os direitos trabalhistas das trabalhadoras, em particular os vinculados à antiguidade (como férias anuais remuneradas) ou ao tempo de serviço (como prestações por aposentadoria)” (OIT, 2018). Por esse motivo, a Convenção n. 183 determina que os Estados-membros deverão adotar medidas para garantir que a maternidade não constitua uma causa de discriminação, inclusive, considerando o arcabouço de verbas que envolvem o trabalho, como mencionado anteriormente e, assim, implementar medidas que promovam o acesso de mulheres ao mercado de trabalho, proibindo, por exemplo, a realização de exames de gravidez como requisito para a contratação (art. 8º e 9º). É nesse viés que a OIT dialoga com o desenvolvimento das carreiras das mulheres, tanto para fins de contratação como para o alcance de cargos, vez que a “busca pela diminuição da desigualdade de gênero é também a busca por maior nível de bem-estar para todos os membros da família e todos os indivíduos da sociedade” (Barbosa *et al.*, 2024).

O estudo da carreira de mulheres e a maternidade é complexo e, como abordado anteriormente, uma das principais autoras atualmente é Claudia Goldin. A autora desenvolveu análises sob os dados econômicos norte-americanos de mais de 200 anos, consolidando respostas para como e por que há diferenças de gênero e rendimentos e, ainda, as mudanças nas taxas de participação das mulheres no mercado de trabalho ao longo do tempo (Goldin, 1990; 2006). A sua pesquisa se destaca pela grande quantidade de dados analisados, vez que Goldin analisou longas séries históricas de dados, extraindo evidências sobre as perspectivas das mulheres em diferentes gerações. Um dos grandes pontos abordados pela autora foi a solução do

⁵ Os intervalos de amamentação no Brasil estão previstos no art. 396 da CLT, sendo de dois intervalos de 30 min., sendo esses remunerados e até a criança completar seis meses, aplicáveis também no caso de adoção.

dilema: a contradição existente entre o intenso crescimento das taxas de participação das mulheres casadas no mercado de trabalho (a partir da segunda metade do século XX) e o não crescimento de anos médios de experiência laboral e, ainda, a discrepância salarial que permanecia estável (Goldin, 1983).

As conclusões da lógica do trabalho e cuidado, para Claudia Goldin, são: a) a educação e escolhas das profissões são relevantes para a diferença entre rendimento entre homens e mulheres; b) essa diferenciação é mais significativa dentro de uma mesma ocupação do que entre ocupações diferentes; c) essa diferenciação é menos significativa em ocupações que funcionam na lógica de crescimento de rendimento de acordo com as horas de trabalho; d) o nascimento do primeiro filho é o principal evento que explica o surgimento e ampliação dessa diferenciação (Ferraz, 2024).

Como demonstrado, desde o surgimento da OIT em 1919, o trabalho das mulheres e, invariavelmente, a complexidade da maternidade, é um tema vigente e de crescente preocupação e iniciativas tanto no âmbito internacional como regional. A OIT destaca os avanços, porém, alerta que são poucos os países que garantem uma cobertura universal: a todas as modalidades de trabalho, inclusive às informais, como também à ampla cobertura; acrescenta-se a essa crítica as diferenças existentes entre as licenças-maternidade e licenças-paternidade. Além disso, o distanciamento entre as normativas, sejam internacionais, sejam regionais, e a prática configura um grande obstáculo à proteção da maternidade, mas, em essência, ao trabalho e à carreira das mulheres, como evidenciado por Claudia Goldin, vez que vêm se consolidando grandes desafios de combate à discriminação de gênero no ambiente de trabalho.

2. CORRELAÇÃO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DA OIT E OS ODS DA ONU

Um dos grandes desafios globais é estabelecer *standards mínimos* de proteção internacional, com o enfoque de uniformização que visa estabelecer condições mínimas de dignidade laboral (Ferraz, 2019, p. 121). Esse é um dos grandes objetivos da OIT, para que, além desses patamares, sejam concebidas políticas regionais para proteção das trabalhadoras e dos trabalhadores. Entretanto, os organismos internacionais, em especial a OIT e a ONU, vêm estabelecendo recomendações e objetivos para que, além de patamares mínimos, sejam concebidos parâmetros a serem atingidos para o desenvolvimento global.

A compreensão que se vincula a esses objetivos é a noção de multidimensionalidade do desenvolvimento: a relação entre o

desenvolvimento humano, a sustentabilidade, o social e o local (Dib, 2022, p. 25). Para esses autores, os elementos exclusivamente econômicos, como o crescimento e os problemas do subdesenvolvimento, não são suficientes para contemplar toda a análise necessária para a formulação do conceito de desenvolvimento (Raworth, 2019; Kliksberg, 1998; Amaro, 2003; Sen, 1999). Cada teórico propõe, então, uma forma sistêmica de compreensão do desenvolvimento por meio do reconhecimento de várias dimensões (Dib, 2022, p. 25). Para essa compreensão de desenvolvimento, uma das principais questões é “o que é desenvolvimento e como superar as condições de subdesenvolvimento nas nações (considerando o conceito de desenvolvimento)” (Dib, 2022, p. 25).

Essa compreensão da multidimensionalidade do desenvolvimento está diretamente relacionada, no âmbito internacional, com as ações e os instrumentos adotados pela ONU e pelos compromissos estabelecidos pelos Programas de Desenvolvimento Humano de 1965 e os ODS e, também, pelos movimentos relacionados à sustentabilidade ambiental e de proteção ao meio ambiente como o Relatório de Brundtland – Nosso Futuro Comum – de 1987, esse último sendo o primeiro momento histórico em que o conceito de desenvolvimento sustentável foi trabalhado (Almeida; Araújo, 2013, p. 18).

Considerando esse contexto, é imprescindível o estudo da maternidade e do trabalho e as normativas internacionais no âmbito da OIT, considerando esse diálogo. A ONU elaborou os ODS com o objetivo de cumprir a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: “após mais de três anos de discussão, os líderes de governo e de estado aprovaram, por consenso, o documento “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”” (ONU, 2016).

Paralelamente aos ODS, tem-se o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que tem como finalidade a promoção de programas que são indispensáveis justamente para a concretização do desenvolvimento, realizados de forma conjunta com os governos e a sociedade civil: “presente em mais de 170 países e territórios, o PNUD oferece uma perspectiva global aliada à visão local do desenvolvimento humano para contribuir com o empoderamento de vidas e com a construção de nações mais fortes e resilientes” (ONU, 2016). Dessa forma, o PNUD promove avanços ao aprofundar os conceitos e pilares estabelecidos nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e criando e aperfeiçoando os ODS.

Ao todo foram elaborados 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, quais sejam: 1. Erradicação da pobreza; 2. Fome zero e agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água potável e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Indústria, inovação e infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis.

12. Consumo e produção responsáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima; 14. Vida na água; 15. Vida terrestre; 16. Paz, justiça e instituições eficazes; 17. Parcerias e meios de implementação (ONU, 2016).

Todos os ODS se inter-relacionam e, ao se desenvolver uma, outra se beneficia, vez que a complexidade da vida humana, do meio ambiente e de suas relações está conectada em rede. Essa forma de visualização se atrela à compreensão da vocação expansionista do Direito do Trabalho, que atua em diversas vertentes: implica na amplitude da proteção voltada essencialmente ao emprego para uma proteção a todos os trabalhadores; amplia a necessária atuação para todos os agentes e poderes; resulta na integração dos sistemas regionais ao internacional; bem como compreende o trabalho em todas as suas relações e consequências, como saúde, lazer, maternidade, família, meio ambiente etc. (Ferraz, 2019, p. 53).

Para fins de destaque e considerando o recorte temático deste trabalho, abordam-se, em específico, os ODS que dialogam diretamente com a maternidade e o trabalho.

Visualiza-se, de forma mais presente, a relação entre maternidade e trabalho e os objetivos 3, 4, 5, 8, 10, 11 e 16, alguns de forma mais preponderante; porém, todos esses eixos estão relacionados, em alguma medida, com a proteção à maternidade presente nas Convenções da OIT e elencada anteriormente.

Inicialmente, o Objetivo 3 – Saúde e bem-estar –, que tem como objetivo a redução da taxa de mortalidade da maternidade global, acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de cinco anos, bem como atingir a cobertura universal de saúde, fatores que se relacionam a proteção da saúde da mulher e do(a) filho(a) e com a permanência no trabalho e a amamentação, bem como com a própria estruturação da carreira de mulheres com o planejamento familiar e a utilização de pílulas contraceptivas (Goldin; Katz, 2002).

O Objetivo 4 – Educação de qualidade – preconiza a promoção do acesso a escolas de qualidade e alfabetização. Como comprovado anteriormente, o grau de escolaridade influencia no planejamento familiar e, conseqüentemente, na estruturação da carreira de mulheres (Barbosa *et al.*, 2024).

Com relação ao Objetivo 5 – Igualdade de gênero –, esse tem por finalidade o empoderamento de mulheres e meninas; a eliminação de formas de discriminação e violência; a valorização do trabalho da mulher; a participação das mulheres nas decisões políticas, econômicas e públicas; e a promoção da igualdade de gênero, inclusive sob o aspecto financeiro. Considerando os pontos elencados, é possível vislumbrar que o Objetivo 5 acompanha todo o desenvolvimento da carreira das mulheres: promovendo a contratação, buscando a eliminação de discriminações em virtude do gênero, e aqui

extensível ao estado gravídico em si, bem como promovendo a participação das mulheres nas composições de políticas públicas que as atingem, como a própria rediscussão da licença-maternidade, para, ao fim, influenciar também no aspecto discriminatório e de planejamento de carreiras que dialoga diretamente com o momento do primeiro filho, como evidenciado nos estudos de Goldin (Bertrand, Goldin, Katz, 2010). Paralelamente, acrescenta-se a essa discussão a tendência de rediscussão da licença-paternidade como forma de contribuição para a igualdade de gênero (Thomé, 2009, p. 42).

Com relação ao Objetivo 8 – Trabalho decente e crescimento econômico –, esse busca promover o avanço econômico, especialmente dos países em desenvolvimento, pautado em dois eixos: o trabalho decente e a diversificação da economia. Esse último elemento é realizado, também, pela contratação plural de homens, mulheres, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência etc. Invariavelmente, essa pluralidade incorrerá na necessária adaptação das formas e dos modos de trabalho de maneira a contemplar diversas realidades e vivências. Em especial sobre a temática da maternidade e trabalho, esse objetivo se alinha essencialmente ao tempo de amamentação, conforme as diretrizes de seis meses a dois anos estabelecidas pela ONU e ao cuidado com filho(a), que pode transpassar esse período. Uma estrutura flexível de jornada e modos de exercício do labor deve ser compreendida como positiva nas relações de trabalho. Atualmente, a estruturação dos trabalhos e sua remuneração explica muito o efeito que a maternidade ocasiona na participação e no rendimento das mulheres. Apresenta-se a seguinte lógica: enquanto as mulheres teriam o comprometimento do seu rendimento caso buscassem uma estrutura mais flexível de trabalho, com maior conforto, para atender às demandas de cuidado; por outro lado, os homens seriam premiados por estarem disponíveis para longas jornadas e demandas de trabalho (Barbosa *et al.*, 2024). Dessa forma, a alteração da compreensão da jornada e dos modos de disponibilidade se alinha ao exercício do maternar e, também, ao próprio desenvolvimento das carreiras das mulheres. Esse eixo amplia a compreensão apresentada pela Convenção n. 183 da OIT sobre o custo da remuneração do período de afastamento não ser atrelado ao contratante, para uma compreensão ampliada e que permita o desenvolvimento da carreira das mulheres e não a sua pausa.

Com relação ao Objetivo 10 – Redução das desigualdades –, a sua abrangência é ampla, mas é de grande aplicabilidade ao objeto de estudo. Esse objetivo busca a inclusão social, econômica e política independentemente de gênero, idade, raça, origem e religião; a promoção de políticas fiscais e salariais para a igualdade; assegura uma maior participação dos países em desenvolvimento; e adota um tratamento especial aos países em desenvolvimento. Sua estrutura, então, preconiza objetivos internos alcançáveis nos países e em suas relações, bem como considera o contexto

global de interação entre as nações. A redução das desigualdades deve ser materializada considerando a maternidade e o trabalho por meio de proteções, como bem estimulam as normativas internacionais da OIT, mas também promoções, por meio da mudança da lógica laboral, sendo este um dos grandes desafios da perspectiva de gênero e trabalho.

O Objetivo 11 – Cidades e comunidades sustentáveis – estabelece o propósito de tornar as cidades e assentamentos seguros, resilientes e sustentáveis, garantindo a todos a habitação segura, adequada, preços acessíveis e serviços básicos, buscando facilitar o acesso ao transporte, reduzir o impacto ambiental e garantir o acesso a espaços públicos seguros. Em um primeiro momento, parece desconectado do diálogo entre maternidade e trabalho, porém, a própria concepção das cidades na perspectiva de acesso a serviços públicos, como creches públicas e serviços de saúde, e a localização dessas influenciam diretamente nas vivências maternas e sua interação com o trabalho, seja ele formal, seja ele na perspectiva do trabalho doméstico não remunerado. A oferta de creches, localização e disponibilidade, pode influenciar de forma significativa na decisão da entrada da mulher no mercado de trabalho (Barbosa, Costa, 2017, p. 24).

Por fim, com relação ao Objetivo 16 – Paz, justiça e instituições eficazes –, tem por objetivo promover o acesso à justiça para todos e construir instituições responsáveis e inclusivas. Esse eixo pode ser vislumbrado sob duas perspectivas: a compreensão de gênero dentro das instituições, com o objetivo de promover a sua atuação jurisdicional, como Protocolos de Julgamento de Gênero (Brasil, s.d.; Assad, 2024), ou ainda na promoção de igualdade de gênero em seus quadros institucionais, bem como políticas para servidoras públicas sobre maternidade e trabalho.

O desenvolvimento multidimensional pode ser vislumbrado nos objetivos do desenvolvimento sustentável, vez que eles promovem as dimensões sociais, como se observa nos objetivos 3 e 11, a dimensão econômica nos objetivos 8 e 10, a dimensão ética no objetivo 5 e a dimensão jurídico-política nos objetivos 3, 4, 11 e 16. Nesse sentido, Freitas (2016, p. 62) compreende que, “nesse contexto, há, sem hierarquia rígida e sem caráter exaustivo, pelo menos, cinco dimensões da sustentabilidade, galhos da mesma árvore”, se referindo, também, à dimensão ambiental. Ademais, essas dimensões dialogam com o objetivo de “fomentar uma qualidade de vida sadia para as gerações presentes e futuras, assegurando a perpetuidade da vida humana” (Staffen; Santos, 2016, p. 279)

Denota-se que os ODS representam um avanço para a compreensão do desenvolvimento multidimensional, especialmente no que tange à maternidade e ao trabalho, pois permitem que a vocação expansionista do Direito do Trabalho seja aperfeiçoada e, assim, as disposições contidas no âmbito da OIT possam ser exploradas ao máximo para avançar para

disposições além das mínimas e, sim, de alcance de metas progressivas de proteção da maternidade e do trabalho e promoção do trabalho das mulheres.

CONCLUSÃO

A relação entre maternidade e trabalho é complexa e envolve não somente o estado gravídico do nascituro, mas a compreensão e o repensar de toda a estrutura laboral para permitir o desenvolvimento do trabalho e da carreira de mulheres. Nesse sentido, esta pesquisa teve como objetivo analisar os paradigmas apresentados pela OIT sobre o tema, em especial as Convenções, bem como a sua relação com os ODS da ONU.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em dois eixos. No primeiro eixo, foi realizado o mapeamento dos instrumentos internacionais sobre maternidade no âmbito da OIT. Esse mapeamento considerou a análise da própria constituição do órgão, que desde seus primórdios levava em consideração o trabalho das mulheres como especial proteção, revelando, assim, a perspectiva de gênero presente como um dos aspectos de proteção humana do trabalho. Avançou-se para o estudo das três convenções que abordam especificamente a maternidade: a Convenção n. 103, Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do Parto, de 1919; a Convenção n. 103, Convenção Relativa ao Amparo à Maternidade de 1952; e a Convenção n. 183, a Convenção sobre a Proteção da Maternidade. A análise dos instrumentos se deu considerando os cinco elementos de proteção da maternidade, propostos pela própria OIT na Nota Técnica n. 4 de 2018: a) licença-maternidade; b) prestações pecuniárias e médicas; c) proteção à saúde; d) aleitamento materno; e) proteção do emprego e não discriminação. Dessa forma, demonstrou-se a presença desses elementos de proteção nas convenções mencionadas, especialmente a n. 183, em diálogo com recomendações e posicionamentos do órgão, bem como a doutrina aplicável que tenciona essas estruturas e dialoga com a construção das carreiras de mulheres, como apontado por Cláudia Goldin.

Apontaram-se as críticas que podem ser feitas a essa temática, especialmente em virtude da grande diversidade de coberturas apresentadas globalmente, ocasionando diversos bolsões de ausência de cobertura: modalidade de exercício de trabalho (como informais); coberturas restritas; discrepância entre licenças-maternidade e paternidade; e o distanciamento entre as normativas e a prática.

Em um segundo momento, adentrou-se no tópico que busca correlacionar os instrumentos internacionais no âmbito da OIT e os ODS da ONU. Para esta pesquisa, pontuou-se que os ODS estão atrelados à compreensão da multidimensionalidade do desenvolvimento e, assim, a

própria noção de desenvolvimento é vislumbrada considerando diversos aspectos e não somente os aspectos econômicos. Por esse motivo, a comparação entre as normativas internacionais mencionadas e os ODS é essencial para avançar no caráter protetivo, indo além de *standards mínimos* e alcançando metas protetivas globais. Todos os ODS se inter-relacionam, porém, para esta pesquisa, evidenciaram-se as que possuem o potencial de tencionar regionalmente e globalmente a compreensão da maternidade e do trabalho: 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 16. Paz, justiça e instituições eficazes.

Da análise comparativa entre os cinco elementos de proteção da maternidade, propostos pela própria OIT na Nota Técnica n. 4 de 2018 e os ODS, constatou-se a potencialidade existente entre o diálogo internacional, entre convenções e objetivos para a construção do desenvolvimento multidimensional da maternidade e do trabalho, abarcando toda a trajetória da vivência das mulheres: contratação, carreira, maternar e progressão da proteção. Dessa forma, os ODS permitem que os *standards mínimos* possam ser ampliados para compor objetivos de construção progressiva de proteção da maternidade e do trabalho e promoção do trabalho das mulheres, considerados em suas diversas facetas: social, cultural, econômica e sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (orgs.). *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013, p. 11-51.

AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento: um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, n. 4, 2003, 25 julho 2014.

ASSAD, Sandra Flügel. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero*. Uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais. Brasília: Editora Ventoroli, 2024.

BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do Trabalho*: o trabalho na democracia. Trad. João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1997.

BARBOSA, Ana Luiza de Holanda; GONÇALVES, Solange; WAJNMAN, Simone; HAKAK, Lorena. *As contribuições de Claudia Goldin para a ciência econômica*. Brasília: Ipea, 2024. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=4eed9d73-32e8-4f19-970b-34b6d033839a>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; COSTA, Joana Simões de Melo. *Oferta de creche e participação das mulheres no mercado de trabalho no Brasil*. [S.l.]: Repositório do Conhecimento do Ipea, abr. 2017, n. 62.

BARRETO, Amaro. *Tutela especial do trabalho*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1967, p. 485, v. 2.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BERTRAND, M.; GOLDIN, C.; KATZ, L. F. Dynamics of the gender gap for young professionals in the financial and corporate sectors. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 3, p. 228-255, jul. 2010.

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhista*. Tese de Doutorado – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

BRASIL. *Leite materno: índices de amamentação crescem no Brasil*. [S.l.]: Casa Civil, 2020-2022. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/leite-materno-indices-de-amamentacao-crescem-no-brasil>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. [S.l.]: CNJ, [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*. USA: West Publishing Co, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos: Personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANDT, Leonardo Nemer

Caldeira (org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 212.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 12. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1970, v. 1.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Mexico D.F.: Editoria Porrúa, 1972, p. 106-121.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

DIB, Natália Brasil. *O Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. *Controles de constitucionalidade e convencionalidade da reforma trabalhista de 2017*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. *Direito e Legislação Social*. 1. ed. Curitiba: IESDE BRASIL S.A., 2021, p. 130, v. 1.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. Economia e gênero: estudo de Claudia Goldin e os impactos da maternidade na carreira das mulheres. In: *Direitos humanos e Democracia: um ensaio sobre ética, política e vida*. VILLATORE, Marco Antônio César; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. RIZZATO, Luiz Henrique (org.). Curitiba: NÔMA – Norma e Arte, Instituição apoiadora (UFSC), 2024, p. 10-20.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Tratado de derecho social*. Madrid: EISA, 1954.

GOLDIN, Claudia. *Career and Family: Women's Century-Long Journey toward Equity*. Princeton: Princeton University Press, 2021.

GOLDIN, Claudia. *Life-cycle labor force participation of married women: historical evidence and implications*. Cambridge: NBER, dez. 1983. (Working Paper, n. 1251).

GOLDIN, Claudia. The quiet revolution that transformed women's employment, education, and family. *American Economic Review*, v. 96, n. 2, p. 1-21, maio 2006.

GOLDIN, Claudia. *Understanding the gender gap: an economic history of American women*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

GOLDIN, Claudia.; KATZ, Lawrence. The power of the pill: oral contraceptives and women's career and marriage decisions. *Journal of Political Economy*, v. 110, n. 4, p. 730-770, ago. 2002.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. Análise Econômica do Direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 121, p. 381-407, jun./set. 2018.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis Of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

HENKIN, Louis. *The internationalization of human rights*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

JENKS, Wilfred. *Universality and ideology in the ILO*. Genebra: Graduate Institute of International Studies, 1969.

KLIKSBERG, Bernardo. *Repensando o estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. Trad. Joaquim Ozório Pires da Silva. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

MANDALOZZO, Silvia Souza Netto. *A maternidade no trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. Proteção à maternidade e licença parental no mundo. *Estudos das Consultorias Legislativa e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados*, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Brasília, jul. 2019. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/e09f82e0-993e-4dfd-8c10-82cff009bc05>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD). *Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS*. [S.l.]: ONU; PNUD, 2016. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Proteção da maternidade. *Notas da OIT*, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/publications/nota-4-protacao-da-maternidade>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Aleitamento materno e alimentação complementar*. S.l.: OPAS; OMS, s.d. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/aleitamento-materno-e-alimentacao-complementar#recursos-destacados-lm>. Acesso em: 20 nov. 2024.

PÉREZ BOTIJA, E. *Derecho del trabajo*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1955.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185-187.

PIRES, Horácio de Senna. *Direito do Trabalho: a atualidade do princípio da proteção*. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los convênios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad del Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965.

RAWORTH, Kate. *Economia donut: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SCELLE, Georges. *L'organisation internationale du Travail et le BIT*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Rivière, 1930.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. Oxford University Press: New York. 1999.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 263-288, maio/ago. 2016.

SUPIOT, Alain. *L'esprit de la Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

THOMÉ, Candy Florêncio. A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E VIESES MORAIS NA TOMADA DE DECISÃO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND MORAL BIAS IN DECISION MAKING

*Orlando Luiz Zanon Junior¹
Matheus de Andrade Branco²
Pollyana Maria da Silva³*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O uso de modelos de inteligência artificial no processo decisório. 2

- ¹ Pós-doutorado pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e Delaware Law School. Doutor em Ciência Jurídica pela Univali. Dupla titulação de doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Preparação à Magistratura Federal pela Univali e em Direito e Gestão Judiciária pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-Graduação da Univali. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito em Santa Catarina.
- ² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Univali. Bacharel em Direito pela Univali. Professor titular de Direito da Univali.
- ³ Pós-doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Univali e Centro Universitário da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE).

Algoritmo MCDA-C e a subjetividade do julgador. 3. A incorporação de vieses morais na inteligência artificial segundo a Teoria Complexa do Direito. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é discorrer sobre a questão da incorporação de vieses cognitivos de cunho moral, em modelos de inteligência artificial aplicados ao empreendimento decisório, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito. Além da referida teoria, será exposto exemplo de experimento empírico que apontou a incorporação de subjetividade em decisão resultante da aplicação de algoritmo na produção de sentença. Em síntese das conclusões, é possível argumentar que o empreendimento decisório conduzido por máquinas também apresenta a tendência de ser influenciado por heurísticas e vieses, ao menos enquanto a base de dados sobre a qual recai o aprendizado de máquina possa apresentar elementos enviesados, resultando em decisões que incorporam subjetividades, mesmo quando utilizada metodologia diversa da MCDA-C. Além disso, o artigo também levanta a questão sobre se é desejável, ou não, o esforço na produção de algoritmos de inteligência artificial que apresentem tecnologia para evitar a incorporação de elementos morais eventualmente presentes na base de dados. Acaso a opção seja pelo desvio de questões morais, a solução tecnológica pode ser de difícil desenvolvimento para os casos em que são invocados princípios jurídicos abstratos, que abordam conceitos como liberdade e igualdade, presentes em sistemas jurídicos modernos. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano e o texto final foram compostos na base lógica indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial. Inteligência Artificial. Vieses Morais. Subjetividade. Teoria Complexa do Direito.

ABSTRACT: The aim of this article is to discuss the question of the incorporation of cognitive biases in artificial intelligence models applied to the decision-making enterprise, from the perspective of the Complex Law Theory. In addition, it incorporates the discussion about an empirical experiment that pointed to the incorporation of subjectivity in judicial decision-making resulting from the application of an algorithm. In conclusion, it is argued that the decision-making enterprise conducted by machines also tends to be influenced by heuristics and biases, at least while the database contains biased elements, resulting in decisions that incorporate subjectivities, perhaps even when using a methodology other than MCDA-C. In addition, this article also raises the question of whether

it is desirable, or not, the effort to produce artificial intelligence algorithms that present technology to avoid the incorporation of moral elements that may be present in the database. If the option is to deviate from moral issues, the technological solution can be difficult to develop for cases in which abstract legal principles are invoked, which address concepts such as freedom and equality, present in modern legal systems. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the cartesian method and the final text was composed on the basis of inductive logics.

KEYWORDS: Judicial Decision. Artificial intelligence. Moral biases. Subjectivity. Complex Theory of Law.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discorrer sobre a questão da incorporação de vieses cognitivos, notadamente opções axiológicas, em modelos de inteligência artificial aplicados ao empreendimento decisório judicial, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito.

O emprego de algoritmos como auxiliares na tomada de decisão está crescendo exponencialmente em diversos setores, acompanhando os avanços na tecnologia da informação. No campo do Direito, também é possível constatar o desenvolvimento de modelos de protocolos visando à produção automatizada de decisões, mormente em cenários de considerável volume de litigância, com o objetivo de obtenção de graus mais elevados de acurácia e celeridade.

Com efeito, entre as diversas possibilidades de interação do direito com outras áreas do saber, destaca-se a interdisciplinaridade com a tecnologia da informação, compreendida na chamada revolução digital, que, para alguns autores, caracteriza-se como um “caminho sem volta”, uma “mudança inevitável” vivenciada por todas as ciências e sociedades, com reflexos nos meios social, econômico e jurídico (Rosa; Guasque, 2020, p. 65-80). Ressalta-se que, antes de repudiar tal oportunidade, é preciso, efetivamente, conhecê-la (Bobbio, 2015, p. 69).

Nesse contexto, o problema de pesquisa que se apresenta é se os modelos de inteligência artificial desenvolvidos para a construção automatizada de decisões judiciais podem incorporar avaliações axiológicas expressas nas bases de dados sobre as quais recai o aprendizado de máquina.

A hipótese que se apresenta é que a tecnologia de inteligência artificial tende a incorporar subjetividades implícitas na base de dados, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito, mormente diante de recente experimento empírico.

Acaso essa hipótese tenha sido devidamente confirmada, como será exposto ao longo do desenvolvimento e nas considerações finais, estará lançada a pergunta se essa incorporação de subjetividades dos julgadores é politicamente desejável ou não, sendo que, caso não seja, será necessário questionar a viabilidade da criação de algoritmos que desviem dessas heurísticas e vieses, mormente em casos que envolvam princípios jurídicos abstratos, como liberdade e igualdade, presentes em sistemas jurídicos modernos.

Com esse desiderato de pesquisa em vista, o primeiro subitem do trabalho contextualiza o assunto da viabilidade do uso de modelos de inteligência artificial como ferramentas de auxílio ao empreendimento de tomada de decisão, em especial no contexto jurisdicional.

O segundo item, por sua vez, discorre sobre experimento empírico voltado a confirmar se um modelo de inteligência artificial estruturado segundo a *Methodology Multicriteria Decision Aid – Constructivist* (MCDA-C) pode produzir decisões judiciais que incorporem a subjetividade do julgador. Esse teste foi realizado mediante parceria entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD da PUC-PR), o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (PPCJ da Univali) e a sociedade empresária Neoway Informática Ltda., consoante documentado em importante artigo escrito por Alexandre Mendes, Alexandre Morais da Rosa e Izaias Otacílio da Rosa (2021).

Com base nos argumentos tecidos nas partes anteriores, o terceiro item trata da questão da incorporação da subjetividade do julgador humano nos algoritmos de inteligência artificial voltados à construção de decisões judiciais, por meio da incidência do mecanismo de aprendizado de máquina (*machine learning*) sobre o acervo de precedentes, na perspectiva da Teoria Complexa do Direito (TCD) (Zanon, 2019).

Quanto à metodologia, na fase de investigação utilizou-se o método indutivo; na fase de tratamento de dados, o cartesiano; e o relatório dos resultados, expresso no presente artigo, fundamenta-se na base lógica indutiva. Acionaram-se as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento (Pasold, 2021).

1. O USO DE MODELOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO DECISÓRIO

Esse primeiro subitem do trabalho enfoca a questão quanto à viabilidade do uso de modelos de inteligência artificial como ferramentas de auxílio ao empreendimento de tomada de decisão, em especial no contexto jurisdicional.

Muito se discute acerca dos limites e alcances da tecnologia. O tema é pauta de debates nos mais variados campos, desde a utilização do árbitro de vídeo, como auxiliar de uma decisão dentro de um jogo de futebol, até as questões acerca de carros autônomos, como no caso da Tesla, no contexto da responsabilidade civil e criminal em virtude de um acidente envolvendo tal veículo. Certamente que o assunto alcançou também a teoria da decisão judicial, mormente em cenários de elevado volume de litigiosidade, na expectativa de que os recursos tecnológicos possam viabilizar impulsos processuais mais corretos e céleres.

Diante dessas questões, a temática se tornou objeto de diversas pesquisas, ao passo que surgem os mais variados desenvolvimentos tecnológicos, e, também, refletiu em inovações no âmbito legislativo, fomentando debates, enquanto direito e tecnologia evoluem de forma exponencial. Por um lado, modificam-se comportamentos e aspectos sociais, ao mesmo tempo que se moderniza o direito, visando a acompanhar os novos fatos e contextos sociais, de acordo com os contornos e demandas naturais da sociedade global, digitalmente conectada e em constante transformação (Toffoli, 2018, p. 17-21).

Com a queda das fronteiras, ocasionada mediante esse processo de desbravamento digital, há necessidade de repensar o mundo de fato, bem como o contexto jurídico, dada a mudança que tem ocorrido na forma de produção e aplicação do direito, que atualmente dispõe de máquinas com capacidade de produzir decisões (Rosa, 2019).

Dentre essas novas realidades tecnológicas que se apresentam, cita-se o big data (Ferrari, 2020, p. 15-22) e a inteligência artificial (IA), essa notadamente nas subdivisões de *machine learning* (Taulli, 2020, p. 65) e *deep learning* (Freitas, 2020, p. 31-33), dentre outras novidades que impactam diretamente o direito e a atividade jurisdicional. Em paralelo, visando instrumentalizar esse emprego da tecnologia, verifica-se notável interesse em ampliar o grau de absorção de elementos fáticos (empíricos) para fins de formação das bases decisórias, mediante interdisciplinaridade da ciência jurídica com outros campos de saber, dando margem a desenvolvimentos nas áreas da economia (*economic analysis of law*) (Porto; Garoupa, 2020, p. 55), estatística (jurimetria) (Nunes, 2016), administração (gestão judicial) (Zanon, 2021) etc.

Nesse contexto, é notável a crescente utilização de algoritmos que, basicamente, consistem em um conjunto de instruções ou protocolo. Eles são um “procedimento lógico-matemático, finito de passos discretos e eficaz na solução de um problema ou uma questão pontual” (Reis, 2020, p. 107). Isto é, trata-se de um modo de representação matemática de um processo estruturado visando à realização de uma atividade por uma máquina.

Desse modelo tecnológico é possível o desenvolvimento da IA, a qual pode ser conceituada como um “sistema algorítmico adaptável e

relativamente autônomo, emulatório da decisão humana”, programado para cumprir objetivos específicos. Mostra-se mais complexa do que a automação, pois incorpora a propriedade de produzir, indo além da mera reprodução (Freitas; Freitas, 2020, p. 13-15 e 27-30). Em outras palavras, genericamente, o termo IA refere-se a um “conjunto de técnicas, dispositivos e algoritmos computacionais, além de métodos estatísticos e de métodos matemáticos capazes de reproduzir, simular, representar ou registrar algumas das capacidades cognitivas humanas” (Toffoli, 2018, p. 18).

O uso da IA cresce a cada dia, em todas as áreas de atividade do ser humano, oferecendo grandes benefícios e simplificando de forma regular a execução de tarefas, garantindo em maior grau a segurança, a celeridade e a efetividade delas (Araújo; Simioni, 2020, p. 1-20). Sem embargo, “as tecnologias de informação e comunicação (ICTs) podem ser usadas para obter eficiência, acessibilidade, destreza, transparência e escrutínio, auxiliando o judiciário a providenciar serviços e resultados adequados” (Matos *et al.*, 2015, p. 173). Assim, não poderia ocorrer de maneira diversa em relação ao Poder Judiciário e às questões que envolvam os campos de atuação do Direito.

De tal modo, é impreterível que sejam apresentadas novas formas de enfrentar as questões relacionadas à tecnologia na atualidade, ressignificando noções tais como as de corpos, ciborgues e subjetividade, bem como a forma como se opera o Direito. Cabe, então, destacar que o estudo acerca dessas questões é fruto de diversos campos de pesquisa, com uma gama de disciplinas cujas tendências misturam-se de vários modos, demandando conceitos mais flexíveis, ao passo que delimita uma gramática mínima que possa orientar os operadores do Direito no espaço digital (Rosa, 2019, p. 1-18).

Dentro dessa realidade, um vasto número de funcionalidades tem sido oportunizado aos profissionais do Direito, tal como a busca de jurisprudência, a elaboração de estratégias e a redação de petições, dentre outras, permitindo um maior aproveitamento da atividade laboral (Engelman; Fröhlich, 2020, p. 1-27). Dispondo da tecnologia a seu favor, tribunais e profissionais das mais variadas áreas jurídicas têm direcionado os seus estudos e recursos para a preparação tecnológica.

No Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, o robô Victor, batizado em homenagem a Victor Nunes Leal, ministro da Corte entre 1960 e 1969, tornou-se um importante recurso para a sistematização da jurisprudência da corte de vértice hierárquico no Brasil, porquanto simplificou e agilizou a tarefa de classificação dos recursos entre os temas recursais de repercussão geral (Toledo, 2018, p. 83-87).

De outra margem, no campo da advocacia, os escritórios que trabalham com cases de demandas repetitivas se valem da IA em detrimento de funcionários e estagiários, visto que aquela apresenta maior efetividade para uma miríade de tarefas. Um exemplo da afirmação de que há maior eficácia

da utilização da IA se deu em fevereiro de 2018, quando ocorreu uma disputa entre advogados humanos e uma IA, promovida pelas universidades de Duke, Stanford e do Sul da Califórnia, nos Estados Unidos, em parceria com a *LawGeek*, uma *legalttech* especializada em aplicar o referido recurso tecnológico ao Direito. No caso em tela, o desafio era a revisão de cinco acordos de confidencialidade que tratavam de temas de arbitragem, indenização e confidencialidade de relacionamentos, num tempo limite de quatro horas. Ao final, o resultado demonstrou que a precisão dos 20 advogados que participaram da competição foi de 85%, 10% a menos que a precisão com emprego da IA, estimada em 95%. Mas outro ponto de extrema relevância nessa situação é o fato de que a máquina levou 26 segundos para realizar essa tarefa, muito menos do que os advogados humanos (Atheniense, 2018, p. 155-166).

Ademais, estima-se que um número expressivo de tribunais brasileiros tem adotado o uso da IA, o que pode acarretar uma diminuição do número de processos, bem como da morosidade, problema comum no sistema judiciário brasileiro, atendendo aos princípios da celeridade e da razoável duração do processo.

Por outro lado, ao menos nesse momento de primeiro contato com a tecnologia, preocupa o risco de que, acaso deixado a cargo da máquina todo tipo de decisão, sem imposição de limitação de natureza alguma, esse artifício possa colocar em risco garantias processuais (Engelman; Fröhlich, 2020, p. 1-27).

Com efeito, “a delegação às máquinas de rotinas (antes reservadas aos seres humanos mediante atos ordinatórios e despachos de mero expediente) pauta-se na segurança e na celeridade dos trâmites”; contudo, recomenda-se garantir “uma arquitetura de decisões que espelhe heurísticas desenhadas pelo próprio julgador (conforme sua cultura jurídica e sua compreensão do processo)” e, também, respeite “os demais aspectos da legislação processual e os direitos fundamentais dos jurisdicionados” (Pádua; Berberi, 2021, p. 241).

Justamente diante dessa preocupação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020, a qual dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário. Por meio desse ato normativo, o CNJ reconheceu que a aplicação da tecnologia no âmbito jurisdicional pode contribuir para a agilidade e a coerência do processo de tomada de decisão. Contudo, também toma precauções para atender a critérios éticos e assegurar o respeito aos direitos fundamentais, sem olvidar da preocupação com a maior efetividade e celeridade que o recurso pode proporcionar.

Ainda assim, é necessário esclarecer o fato de que a máquina dotada de IA, no âmbito do processo decisório, não é provida de compreensão ou entendimento, apenas de inteligibilidade. Dessa feita, a grande contribuição

trazida até o momento é a de que o trabalho que anteriormente poderia demandar mais tempo e mão de obra pode agora ser feito de modo mais rápido e com maior acurácia.

Sobre o assunto, Alexandre Morais da Rosa questiona até que ponto se pode utilizar a IA como instrumento de apoio à decisão humana. Vale destacar que não se vislumbra substituir o protagonismo humano na tarefa decisória, ao menos no atual estágio tecnológico. Outrossim, adere-se à noção de IA fraca, capaz de auxiliar a realização de tarefas repetitivas (Rosa, 2021, p. 1-18).

Nesse sentido, Araújo e Simioni (2020, p. 1-20) dissertam sobre as capacidades e o método de trabalho da IA:

A inteligência artificial não possui emoção, sensibilidade, intuição ou criatividade humanas. Ela não possui a capacidade de interpretação e de criações de um ser humano. Seu método de trabalho é baseado em informações de experiências pretéritas; que estão armazenadas em seu banco de dados ou internet; e de informações novas, até então desconhecidas, que são captadas do ambiente por intercedência de alguma tecnologia ou fornecidas de alguma forma pelo ser humano.

Com base nessas premissas, que serão debatidas no item posterior de maneira mais aprofundada, especialmente em relação à moral, à ética e ao direito, cabe traçar uma relação entre a IA e o processo decisório. Especificamente, a contribuição da IA no auxílio ao intérprete na tomada de decisão. Para tanto, é necessário que haja um breve entendimento acerca das terminologias e da forma como é utilizada a ferramenta no ambiente judicial.

Devido aos avanços tecnológicos, somados ao aumento das demandas que sobrecarregam a estrutura do poder judiciário, verificou-se a possibilidade de utilização da IA no âmbito das decisões judiciais, sob a justificativa da agilidade que traria aos trâmites processuais, os quais seriam resolvidos num lapso temporal mais curto (Gillet; Portela, 2018, p. 153-171).

De forma simplificada, pode-se afirmar que a IA ocorre quando há uma resposta por parte de um computador, de modo virtual e automatizado a uma demanda proposta a partir de dados a que a máquina tem acesso (*data set*). Trata-se de sistemas computacionais com funções cognitivas. A lógica principal utilizada é a paraconsistente, que inclui “a inconsistência de que proposições contraditórias sejam tomadas por verdadeiras como fator de influência para a resposta final, que tentará ser mais que consistente” (Gillet; Portela, 2018, p. 153-171).

Desta feita, a IA funciona replicando a mente humana na função de tomar decisões, visto que o raciocínio não se restringe à binaridade de lógicas clássicas, podendo decidir além do verdadeiro ou falso. Ainda, com

o condão de uma fidelidade maior, sobrevieram IAs fundadas em redes neurais, emulando o comportamento do cérebro humano, capaz de armazenar dados e tomar decisões conforme os dados oriundos do resultado da lógica paraconsistente mencionada (Gillet; Portela, 2018, p. 153-171).

Feitas essas considerações sobre a questão do uso da IA nas atividades das profissões jurídicas, na sequência, será tratado de um modelo específico de algoritmo de IA passível de ser empregado na tomada de decisões judiciais.

2. ALGORITMO MCDA-C E A SUBJETIVIDADE DO JULGADOR

Nesse segundo item, discorre-se acerca do uso de modelo de inteligência artificial estruturado na *Methodology Multicriteria Decision Aid – Constructivist* (MCDA-C) como ferramenta auxiliar ao empreendimento de tomada de decisão judicial. É exposta a constatação empírica de que a decisão resultante de um experimento com essa metodologia teria incorporado elementos subjetivos presentes no acervo de precedentes usado como base de pesquisa (*data set*).

Para desenvolver a questão proposta, enfoca-se um trabalho específico sobre a questão mencionada. Mais precisamente, Alexandre Mendes, Alexandre Morais da Rosa e Izaias Otacílio da Rosa publicaram um artigo em que expõem o resultado de um teste com a aplicação do antes referido MCDA-C na construção de algoritmo de apoio à estabilidade das decisões judiciais, realizado mediante parceria entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD da PUC-PR), o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (PPCJ da Univali) e a sociedade empresária Neoway Informática Ltda (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 281-305).⁴

Inicialmente, importa referir que a produção do artigo teve bases interdisciplinares, considerando que Alexandre Mendes se qualificou como doutorando em direito e Izaias Otacílio da Rosa como doutor em engenharia de produção. O terceiro coautor, além de doutor em direito, também aproveitou sua experiência como juiz de direito, vinculado ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 281).

Feitos esses esclarecimentos, importa assinalar que os autores fazem uma reflexão acerca das dificuldades constantes na aproximação de uma ciência social aplicada (ciência jurídica) com uma exata (ciência da informação). Para além dessa dificuldade, ainda mais árdua seria a tarefa de uni-las em uma metodologia que atendesse às respectivas especificidades, para universalizar

⁴ Segundo informações extraídas do próprio *site* da sociedade empresária, “a Neoway é a maior empresa da América Latina de Data Analytics e Inteligência Artificial para negócios. Fundada em 2002 em Florianópolis, lançou a sua plataforma SaaS em 2012, e, hoje, está presente em todo o Brasil” (Newoay, s.d.).

resultados científicos de forma satisfatória, visando ao auxílio na prolação de decisões judiciais (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 285).

Ainda assim, tendo em vista a alta demanda no contexto da produção de decisões diárias no Poder Judiciário brasileiro, verifica-se a necessidade de uma metodologia que abranja as ciências jurídica e da informação, razão pela qual sugeriram o emprego da MCDA-C, sob o argumento de que melhor cumpre o dever de incorporar subjetividades (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 285-286).

Com efeito, essa metodologia conta com o potencial de atender a critérios essenciais na produção de sentenças em larga escala, adequadas tanto ao Direito como à Tecnologia da Informação, simultaneamente, qual seja, a exigência de um padrão matemático que permita construir algoritmos que incluam a avaliação de subjetividades do magistrado, porquanto adota como parâmetro as escolhas do julgador, não um paradigma ótimo apoiado em um ideal externo (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 287).

Para entender melhor do que se trata a MCDA-C, pode-se afirmar que a metodologia multicritério alia uma fundamentação matemática com a avaliação subjetiva de problemas decisórios, visando a facilitar a tomada de decisão. Notadamente, nela foi incorporada a ideia construtivista, dado que, nesse paradigma, são reconhecidos a singularidade quanto ao contexto e seus atores, os limites de conhecimento do decisor (*in casu*, o magistrado que irá julgar), a entidade social, a participação com aprendizagem recursiva, os princípios da mensuração, a legitimidade e, ainda, a validação.

A metodologia em exame é constituída de três fases, quais sejam: primeiro, a fase de estruturação, composta pela contextualização, árvore de pontos de vista e construção dos descritores; segundo, a etapa de avaliação, formada pela independência preferencial, escalas cardinais locais e taxas de compreensão; e, terceiro, pela fase de recomendações, composta pela avaliação global, análise de sensibilidade e elaboração de sugestões (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 289-292).

Concluídas essas explicações iniciais, os autores descreveram os parâmetros do teste empírico realizado com base no padrão metodológico em análise. Para o experimento, foi desenvolvido um teste de algoritmo estruturado com base na MCDA-C, associado ao *machine learning*, para conhecer seu alcance em replicar e manter a estabilidade das decisões judiciais. O sistema foi construído para ser capaz de escrever, autonomamente, todas as partes da sentença, incluindo relatório, fundamentação e dispositivo, considerando os precedentes do próprio magistrado selecionado, no caso, um dos coautores, Alexandre Morais da Rosa.

Mais precisamente, a temática escolhida foi a deliberação judicial quanto à colocação de criança em família substituta, modalidade de guarda, utilizando-se como fonte de dados um acervo de 3.542 sentenças de casos

similares, extraídas do banco de dados das decisões terminativas proferidas pelo coautor e magistrado Alexandre Morais da Rosa, que atuou junto à Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville, Santa Catarina, Brasil, durante os anos de 2004 a 2011. Acrescenta-se que o teste foi conduzido no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), remota e presencialmente, bem como na empresa Neoway.

A partir da delimitação do escopo de análise, com base em algoritmo, iniciaram-se testes com as categorias que constam do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que tange à guarda como modalidade de colocação em família substituta. Foram identificadas oito espécies de guarda no banco de dados do magistrado e, por motivo de menor complexidade, optou-se por avaliar a modalidade de assunção de guarda voluntária durante viagem dos genitores para o exterior. Por fim, reduziu-se o montante antes referido para um conjunto de 150 sentenças, que efetivamente serviram de material para o aprendizado do algoritmo (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 298-299).

A partir dos resultados preliminares do teste, foi possível identificar que o algoritmo teve um desempenho satisfatório, cabendo registrar as seguintes conclusões extraídas pelos pesquisadores:

Das sentenças submetidas, o sistema identificou e incorporou ao algoritmo todas as fundamentações, divididas entre categorias centrais selecionadas pelo algoritmo, frases, parágrafos e ordem dos parágrafos. Levantando-se as semelhanças e as diferenças. Estabeleceu correlações entre informações contidas no relatório (argumentos, fatos, provas) e repetição de fundamentos e da parte dispositiva das sentenças. Quando a sequência de parágrafos deve necessariamente ou não se repetir, mediante “calibragem” do magistrado a partir de sua própria subjetividade (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 301).

Tendo em vista essas informações, o magistrado afirmou estar satisfeito e que assinaria a decisão como se por ele fosse redigida, porquanto adequada à resolução do caso concreto. Afirmou, ainda, que não seria possível distinguir quais sentenças foram redigidas pelo sistema e quais foram elaboradas por ele próprio (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 301).

Com base nesses testes, os autores afirmaram que a MCDA-C, em associação à *machine learning*, constitui-se em uma ferramenta adequada para fins de auxiliar na replicação de sentenças com entendimento estável, mediante esforço de interdisciplinaridade entre as ciências do direito e da informação.

Além disso, tal modelo de ferramenta tem potencial para superar os desafios metodológicos-jurídico-algorítmicos mencionados no início pelos autores. Questões como a subjetividade do programador e do juiz não demonstram ser um empecilho, ao contrário, constata-se que, na medida

em que é alimentada de informações e com o suporte e calibragem de quem decide, a máquina aprende a realizar uma sentença impossível de distinguir das demais exaradas pelo magistrado, preservando a subjetividade (Mendes; Rosa; Rosa, 2019, p. 304).

Essa absorção de subjetividades resta compatível com o argumento de que “vieses foram observados até mesmo em algoritmos de inteligência artificial, com propriedades análogas às das redes neurais biológicas”, com a implicação de que “se o *machine learning* (aprendizagem de máquina) absorver estereótipos culturais, ocasionará resultados preconceituosos” (Toscano Junior, 2023, p. 182).

Diante da análise desses testes, buscar-se-á demonstrar as contribuições da IA na tomada de decisão com considerável segurança jurídica, porquanto observada a linha de precedentes adotada pelo julgador humano, considerando os riscos inerentes à incorporação de subjetividades.

3. A INCORPORAÇÃO DE VIESES MORAIS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SEGUNDO A TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

Esse item discorre quanto à questão da incorporação da subjetividade do julgador humano nos algoritmos de inteligência artificial voltados à construção de decisões judiciais, por meio da incidência do mecanismo de aprendizado de máquina (*machine learning*) sobre o acervo de precedentes, na perspectiva da Teoria Complexa do Direito (TCD).

Inicialmente, cabe referir que a TCD pode ser considerada uma visão pós-positivista de paradigma para a ciência jurídica, que se apresenta como alternativa de superação das críticas formuladas perante o modelo do Positivismo Jurídico, evitando retrocesso ao padrão do Jusnaturalismo, no tocante às suas quatro plataformas elementares, consistentes nas teorias das fontes, do ordenamento, da norma e da decisão (Zanon, 2019).

A opção por esse marco teórico é estratégica para o desenvolvimento de pesquisas que envolvam a interdisciplinaridade entre as ciências do direito e da tecnologia da informação, porquanto apresenta esforço de maior fidelidade descritiva do que as outras proposições mais difundidas (nesse aspecto, é mais do que positivista, não menos) e, ainda, incorpora perspectivas teóricas de maior utilidade para a construção de algoritmos voltados à construção autônoma da fundamentação de decisões judiciais.

Em breve resumo das características da TCD, importa referir que não propõe a visualização da tomada de decisão como, apenas, uma subsunção lógica entre as premissas maior (norma preestabelecida) e menor (fatos provados). Essa simplificação da realidade é substituída pela perspectiva de que a pessoa encarregada da tomada da decisão judicial se envolve em um

empreendimento decisório, que emerge da reconhecimento fática e passa pela articulação das fontes jurídicas aplicáveis, com graus de eficácia variados, tendo por objetivo a construção da resposta adequada a cada caso que se apresenta, observada a segurança jurídica, mas sem olvidar de influxos da moralidade subjetiva.

De acordo com a referida teoria, o empreendimento decisório se inaugura com os elementos de aproximação fática, ou seja, os argumentos e provas que permitem a reconstrução hipotética das circunstâncias pretéritas. Essa primeira fase é conduzida de acordo com a distribuição do encargo probatório e, outrossim, imediatamente conduz à segunda etapa da análise, referente à articulação das fontes jurídicas que compõem o ordenamento jurídico orbital.

Uma das peças centrais para a compreensão da atividade decisória é que não existe uma norma preestabelecida, que possa servir de pré-resposta para problemas futuros, como razões definitivas (ou absolutas) de dever ser (ou seja, não há a modalidade normativa regra jurídica, no sentido tradicional do Juspositivismo). Antes do caso concreto (ou seja, antes dos fatos), existem somente critérios decisórios, os quais precisam ser contextualizados para permitir a interpretação e, conseqüentemente, a construção dialogada da norma resolutiva.

No mesmo sentido, “a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’”, de modo que os dispositivos normativos (os artigos, parágrafos, incisos e alíneas) “não são ‘aplicáveis’, pois ainda não são pré-formatadamente normativos” (Müller, 2009, p. 132). Ou, em outras palavras, “a ideia é que aquilo que se apresenta, por exemplo, numa base de dados, não são as normas individualizadas (digamos, a norma completa que se usará para resolver um determinado caso), mas antes os enunciados que aparecem no material legislativo ‘em bruto’” (Atienza, 2014, p. 172).

Esse material bruto, a ser interpretado de forma sistemática e dialogada, consubstancia o conjunto de fontes jurídicas plasmadas no ordenamento jurídico, com graus de eficácia distintos, a depender de cada tradição constitucional. Assim, após a apreciação dos fatos, o empreendimento decisório prossegue com a seleção, a articulação e o diálogo das fontes jurídicas pertinentes, para fins de guiar a construção da norma jurídica resolutiva do caso individual.

No sistema jurídico brasileiro, caracterizado pela adoção de estratégias típicas tanto do *civil law* como do *common law*, as fontes jurídicas mais amplamente empregadas são a legislação, os precedentes judiciais, as políticas executivas, os princípios éticos, a doutrina (não apenas a jurídica, mas também interdisciplinar) e os costumes. Cada um desses elementos não é uma norma jurídica propriamente dita, mas, sim, uma fonte jurídica, que guia e inspira o decisor no seu empreendimento de construção da norma jurídica resolutiva do caso concreto.

Segundo Manuel Atienza (2014, p. 293):

Os juristas não dispõem – ou não dispõem sempre – de normas que possam, sem mais, aplicar à situação: os materiais em bruto, dados pelo sistema, são (pelo menos em certas ocasiões) somente enunciados (artigos de leis, textos jurisprudenciais, etc) que eles têm que transformar em normas (na norma aplicável ao caso) por meio de interpretação.

Nessa breve descrição da TCD, refere-se que a atividade do juiz não obedece apenas a uma lógica subsuntiva, apresentando-se como um empreendimento decisório. A função constitucional do poder judiciário consiste em analisar as situações concretas, segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando à construção da solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica. Nessa trilha lógica, a tarefa judicial consiste no empreendimento de construir a ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser). Trata-se, como bem destaca Aharon Barak (2008, p. 155), de uma nova fase da criação do direito, voltada especificamente ao caso concreto.

Não se pode olvidar que, mesmo acaso legitimamente interessado em evitar o emprego de opções morais subjetivas, mediante esforço de suspensão dos preconceitos pessoais em favor das fontes jurídicas formais, ainda assim o magistrado humano tende a conduzir seu pensamento de acordo com avaliações axiológicas decorrentes de sua formação cultural, mesmo que inconscientemente (Zanon, 2019, p. 90-96).

Segundo Orlando Zanon (2009, p. 92), “é insustentável a crença em uma total neutralidade axiológica, de modo a revelar a inegável inter-relação entre direito e moral, tanto na fase de positivação, como também na etapa de interpretação e aplicação”.

Complementando essa afirmação, cabe referir que experimentos recentes de psicologia comportamental têm apontado o reiterado recurso a atalhos mentais (heurísticas e vieses) para a tomada de decisão, de modo a acentuar a dificuldade na construção de decisões sem influxos morais. Os erros de julgamento decorrentes de heurísticas e vieses se apresentam consistentemente nas decisões humanas e, outrossim, podem restar incorporados nas bases de dados que instrumentalizam a inteligência artificial, de modo que as decisões artificialmente geradas podem expressar o mesmo enviesamento (Kahneman, 2021, p. 126-129).

Por outro lado, os ruídos diferem das heurísticas e vieses, especificamente por consistirem em dispersões aleatórias (e não sistemáticas), decorrentes de alterações nas decisões de uma mesma pessoa ao longo do tempo ou de perspectivas decisórias de pessoas diversas sobre um mesmo problema (Kahneman; Olivier; Sunstein, 2021, p. 40). Logo, esse tipo de erro decisório

pode ser mais adequadamente afastado mediante recurso à inteligência artificial, haja vista que o emprego da referida tecnologia tende a suspender a variância indesejada nas decisões de casos similares (Kahneman; Olivier; Sunstein, 2021, p. 116).

Em síntese, de acordo com a teoria em apreciação, a produção das decisões judiciais envolve a articulação dialogada das fontes jurídicas (acima descritas), observado o seu grau de eficácia, com influxos de moralidade. Outrossim, um modelo de inteligência artificial deve ser construído para identificar cada fonte jurídica aplicável à espécie e aquilatar o seu grau de eficácia segundo o ordenamento jurídico, para desenvolver a solução adequada à espécie, com redução do ruído decisório, cabendo ainda se delimitar se o algoritmo deve ou não tentar evitar a incorporação da subjetividade moral do intérprete.

De modo similar, não seria ousado referir que não há decisão tomada por meio de uma máquina que seja totalmente neutra, ou seja, não vinculada à experiência do julgador, visto que os dados que sustentam as IAs são resultantes de interpretações humanas. Isso justifica a preocupação com as questões morais e éticas no uso dessa tecnologia, visto que “agentes de IA superinteligentes não compartilham nossos padrões comportamentais [...] e processos de tomada de decisão, e que carecem de nosso sistema humano de valores morais e éticos” (Kovac, 2020, p. 99).

Conforme explicita a TCD, na situação em que entra o espaço de subjetividade do decisor, isto é, do magistrado, é notório o fato de que este já traz consigo valores individuais acerca do certo ou errado, justo ou injusto, de acordo com experiências pretéritas e bagagem axiológica adquirida, com variação conforme o tempo. Essa escala de valores trata-se da moral, ou escala individual de valores. Entretanto, num sentido mais abrangente, é possível identificar a convergência de padrões éticos da comunidade (daí, intersubjetivos), em determinada época, de modo a conduzir as avaliações axiológicas a um espaço maior, no qual é possível uma convivência harmônica, do ponto de vista social (Zanon, 2019, p. 131)

Portanto, de acordo com o marco teórico adotado, verifica-se a inviabilidade de se conceber a atividade jurígena isenta de avaliações axiológicas, ainda que sejam empregados recursos de inteligência artificial, ao menos no atual estágio tecnológico. Isso porque os algoritmos tendem a construir respostas com base em acervo de origem humana, através de aprendizado de máquina (*machine learning*) (Roque, 2021, p. 58-78)

A experiência resumida no item anterior, com a metodologia MCDA-C, confirmou esse argumento, ao menos na interpretação de seus autores, para os quais restou demonstrada a incorporação da subjetividade do julgador na sentença produzida com base em seu acervo de peças processuais, ao ponto de que o magistrado não conseguisse distinguir aquelas de sua lavra

individual. Evidentemente que essa era a intenção dos pesquisadores e, eventualmente, pode-se cogitar da construção de algoritmos que tentem se desviar da incorporação da subjetividade, embora o êxito dessa empreitada seja duvidoso, considerando a base de dados disponível (que inclui a jurisprudência humana, por exemplo).

Por outro lado, a proposição teórica adotada também refere que, acaso o acervo seja ampliado para um conjunto mais amplo de base, que incorpore peças pretéritas de vários juízes, o aprendizado de máquina tende a incorporar padrões morais diversos, formando uma convergência ética. A teoria estima que essa estratégia com *data set* mais extenso pode apresentar um resultado diferenciado, que ultrapasse as heurísticas e vieses individuais. Essa hipótese, embora presumível com base na experiência antes narrada, ainda demanda confirmação mediante desenvolvimento e aplicação de teste empírico, dada a relevância do tema.

Também no sentido de destacar a importância de se considerar a base axiológica incorporada em algoritmos de IA, Mandy Goram e Veiel Dirk (2021, p. 37) sustentam que:

Os sistemas de IA devem, portanto, ser transparentes, explicáveis e livres de preconceitos. [...] O desenvolvimento de sistemas de IA que consistem em agentes éticos deve levar em consideração os sistemas de valores e a ética relacionados. Todas as partes interessadas relacionadas devem ser responsáveis pelo projeto de um sistema ético.

Entretanto, mesmo a adoção de um sistema que adote como manancial de consulta um conjunto extenso de decisões passadas de vários juízes não está livre da possibilidade de apresentar vieses.

Um exemplo de como o algoritmo que utiliza acervo de vários juízes e mesmo outros critérios pode conter um viés discriminatório é expresso no caso do sistema *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPASS), usado nos Estados Unidos da América. O referido *software* tem a função de avaliar riscos de reincidência, visando a auxiliar a tomada de decisão judicial a respeito da fixação de pena do acusado. Quanto maiores fossem os indicativos de que o acusado poderia reincidir, maior deveria ser a pena imposta. Alguns críticos identificaram que o sistema apontava uma maior propensão de reincidência a acusados negros em comparação aos brancos, o que resultou em séria discussão quanto à constitucionalidade de sua aplicação, mormente considerando a falta de transparência quanto aos dados que levaram a este suposto viés computacional (Roque, 2021, p. 68).

Nesse aspecto, algoritmos não merecem ser vistos como ferramentas absolutamente imparciais e indiferentes a critérios axiológicos, ao menos enquanto treinados com base em decisões humanas. Daí a importância

de elaborar tais modelos de forma conjunta com todos aqueles que serão afetados por suas decisões (Boeing; Rosa, 2020, p. 109).

Com efeito, é relevante que a concepção do algoritmo ocorra mediante a participação de diversos setores da sociedade. Acredita-se que, dessa forma, “suas definições de sucesso e as tarefas nas quais eles são empregados sejam estabelecidas da forma mais benéfica ao maior número de pessoas ou, quando isso não seja possível, sejam implementados de forma a mitigar ao máximo seus malefícios” (Boeing; Rosa, 2020, p. 90).

Tendo em vista que a sociedade não é homogênea, Richard Posner advoga pela diversidade do sistema jurídico. Para ele, “um judiciário homogêneo em formação, gênero, etnicidade e outros fatores que, realisticamente falando, influenciam o julgamento de questões de altas políticas seria um desastre” (Posner, 2010, p. 275). Inclusive, isso seria deficiente em autoridade e até em legitimidade. Para o autor, manter um poder judiciário diversificado é o único meio prático de estabilizar a lei. A mesma lógica, então, deveria ser aplicada na concepção dos algoritmos a serem utilizados nos sistemas judiciais.

Nessa ordem de ideias, há argumento no sentido da importância de se preservar elementos de subjetividade que estejam devidamente sustentados em pré-compromissos democráticos constitucionalmente compatíveis. Isso porque a vinculação do julgador às heurísticas típicas desses pré-compromissos tenderia a resultar “[a] no condicionamento do pensamento do julgador segundo o modelo da democracia constitucional; e [b] na maior previsibilidade da aplicação das normas jurídicas nas decisões judiciais, diminuindo-se os sobressaltos interpretativos” (Santano; Pádua, 2023, p. 22).

Nessa linha de raciocínio, é possível cogitar a criação de modelos de inteligência artificial submetidos à fiscalização democrática. Para tanto, há necessidade de procedimentos de revisão com participação de agentes políticos e, eventualmente, sob os auspícios de lideranças oriundas de vários setores da sociedade, visando a assegurar o respeito aos padrões axiológicos da comunidade.

Contudo, dada a complexidade dos níveis de extrapolação do aprendizado de máquina, mormente em sistemas que simulam redes neurais e empregam aprendizado profundo (*deep learning*), essa fiscalização dificilmente conseguiria interpretar as formas como a inteligência artificial chegou à determinada conclusão. Alguns autores mencionam que mesmo os especialistas em tecnologia da informação têm dificuldade em precisar a exata trilha lógica do raciocínio da máquina, ressaltando a necessidade de se considerar a opacidade dessas operações, ao menos no atual estágio tecnológico (Peixoto; Silva, 2019, p. 99-100). Mesmo assim, a fundamentação exposta pela máquina pode ser revista *a posteriori* e, assim, viabilizar o incremento do algoritmo e, principalmente, a imposição de condicionamentos.

Contudo, as notáveis vantagens na adoção da inteligência artificial, tanto em acurácia como em celeridade, justificam o enfrentamento dessas

dificuldades éticas, mormente em cenários de elevado volume de litigância, a exemplo do brasileiro (Brasil, 2020, p. 93). Ademais, a viabilidade de um controle posterior por humanos é suficiente para derruir eventuais problemas decorrentes da incorporação de heurísticas e vieses.

Nessa mesma linha, Juliete Granado (2018, p. 285) argumenta acerca das contribuições dos mecanismos tecnológicos para a construção da decisão judicial:

A aplicação do Direito se constrói diante das particularidades do caso concreto, conhecendo dos conteúdos externos ao Direito. Ora, os estudos interdisciplinares possibilitam ressaltar as limitações que há no saber profissional. Isto porque o treinamento e a experiência em Direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e uma percepção das doutrinas jurídicas, mas não as ferramentas que necessitam para compreender as consequências sociais do Direito, bem como a celeridade que os mecanismos tecnológicos podem favorecer na construção da decisão judicial. Isto sem inibir o controle do julgador (*human-in-command*).

Assim, “pela complexidade e quantidade de demandas postas ao Judiciário, seria ilógico, contraproducente e até mesmo cruel com seus servidores, magistrados ou não, bloquear o acesso à solução de conforto e qualidade apresentada pela IA atualmente” (Peixoto; Silva, 2019, p. 118).

Diante desse cenário, apesar dos indicativos de que a IA tende a incorporar heurísticas e vieses eventualmente existentes na base de dados, ainda assim persistem justificativas calcadas na acurácia e na celeridade para justificar o seu emprego nos empreendimentos decisórios. Recomenda-se, contudo, a possibilidade de revisão das decisões por julgadores humanos, ao menos nas decisões de maior impacto na esfera jurídica das partes, considerando o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, como medida voltada à implementação de retificações ou mesmo retroalimentação de condicionamentos, com o objetivo de repelir eventuais vieses incompatíveis com o sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A complexidade do direito faz com que ele não se feche em si mesmo, mantendo conexões interdisciplinares com os campos da política, da estatística, da psicologia, da economia e, agora com maior destaque, da tecnologia da informação, dentre outros.

Em um cenário que apresenta considerável volume de litigância, a exemplo do brasileiro, recomenda-se a elaboração de estudos voltados

à implementação de modelos de inteligência artificial aptos a auxiliar o empreendimento de tomada de decisão judicial, visando a obter maior grau de acurácia e celeridade processual, sem descuidar da observância de parâmetros éticos.

Alguns modelos de inteligência artificial, a exemplo daqueles que adotam a metodologia MCDA-C, incorporam a subjetividade do julgador ao efetuar o aprendizado de máquina e, assim, as decisões resultantes podem expressar opções subjetivas. Havia suspeitas a respeito dessa tendência em sistemas já em uso e, mais precisamente, o teste empírico lembrado nesse artigo apresentou indicativos nesse sentido.

De acordo com a TCD, a atividade decisória do juiz, na realidade, não se resume a um fenômeno meramente subsuntivo, sendo que esta descrição, embora apresente simplicidade para fins acadêmicos, não é de utilidade para os operadores jurídicos na prática forense (muito menos para o desenvolvimento de algoritmos). Por isso, o referido marco teórico adota o conceito de empreendimento decisório, para referir a atividade complexa de reconhecimento fática (lastrada em aproximação viabilizada por provas) somada à articulação das fontes jurídicas aplicáveis (guias de determinação do sistema jurídico), que resulta na construção das normas jurídicas resolutivas dos casos concretos. Ocorre que esse fenômeno, quando conduzido por mentes humanas, tende a ser influenciado por heurísticas e vieses cognitivos, dentre os quais cabe ressaltar as opções morais decorrentes da formação cultural específica do julgador.

Seguindo essa abordagem teórica, é possível concluir que o empreendimento decisório conduzido por máquinas também apresente a tendência de ser influenciado por essas heurísticas e vieses, ao menos enquanto a base de dados sobre a qual recai o aprendizado de máquina possa apresentar elementos enviesados, resultando em decisões que incorporam subjetividades, mesmo quando utilizada metodologia diversa da MCDA-C. Por outro lado, o emprego da referida tecnologia tende a reduzir ruídos.

Além de indicar essa constatação, este artigo também levanta a questão sobre se é desejável, ou não, o esforço na produção de algoritmos de inteligência artificial que apresentem tecnologia para evitar a incorporação de elementos morais eventualmente presentes na base de dados. Acaso a opção seja pelo desvio de questões morais, a solução tecnológica pode ser de difícil desenvolvimento para os casos em que são invocados princípios jurídicos abstratos, que abordam conceitos como liberdade e igualdade, presentes em sistemas jurídicos modernos.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014.

ARAÚJO, Érik da Silva e; SIMIONI, Rafael Larazzotto. Decisão jurídica e inteligência artificial: um retorno ao positivismo. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-20, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10568>. Acesso em: 8 fev. 2021.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prada (Coord.). *Tecnologia Jurídica e Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 155-166.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. *Ensinando um robô a julgar*: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020, p. 23. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ENGELMANN, Wilson; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. Inteligência artificial aplicada à decisão judicial: o papel dos algoritmos no processo de tomada de decisão. *Revista Jurídica (FURB)*, Blumenau, v. 24, n. 54, p. 1-27, ago. 2020. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8274>. Acesso em: 31 jan. 2021.

FERRARI, Isabela. Introdução à Justiça Digital: pro que vivemos um momento único? In: FERRARI, Isabela (org.). *Direito digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 15-22.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial*: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GILLET, Sérgio Augusto da Costa; PORTELA, Vinícius José Rockenbach. Breves conexões entre a motivação das decisões judiciais e o campo da inteligência artificial.

Orlando Luiz Zanon Junior
Matheus de Andrade Branco
Pollyana Maria da Silva

Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 18, n. 34, p. 153-171, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3791>. Acesso em: 8 fev. 2021

GORAM, Mandy; VEIEL, Dirk. Ethical Behavior and Legal Regulations in Artificial Intelligence (Part One): Supporting Sovereignty of Users While Using Complex and Intelligent Systems. In: THOMPSON, Steven John. *Machine Law, Ethics, and Morality in the Age of Artificial Intelligence*. Hershey, PA: Engineering Science Reference, 2021.

GRANADO, Juliete Ruana Mafra. *Interdisciplinaridade do direito com enfoque na moralidade política como fundamento da decisão judicial: a opinião pública nas decisões de tema relevante do STF*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, 2018.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís Antônio Capanema. *Manual de administração judicial*. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2017, v. I.

NEOWAY. *Quem somos: o que nos move*. [S.l.]: Neoway, s.d. Disponível em: www.neoway.com.br. Acesso em: 19 abr. 2024.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier. SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KOVAČ, Mitja. *Judgement-Proof Robots and Artificial Intelligence: A Comparative Law and Economics Approach*. Ljubljana, SI: Palgrave Macmillan, 2020.

MATOS, José Igreja; LOPES, José Moura; MENDES, Luís Azevedo; COELHO, Nuno. *Manual de gestão judicial*. Coimbra, PT: Almedina, 2015.

MENDES, Alexandre José; ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Izaias Otacílio da. Testando a Methodology Multicriteria Decision Aid – Constructivist (MCDA-C) na construção de algoritmos de apoio à estabilidade das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 281-305, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3650>. Acesso em: 14 fev. 2021.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio Lima. Robô processual: inteligência artificial, atos processuais e regras padrão. *Revista da AGU*, Brasília, v. 20, n. 2, 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, v. I.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmo e o Direito*. São Paulo: Almedina, 2020.

ROQUE, Andre Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 58-78, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/53537>. Acesso em: 15 fev. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Inteligência artificial e o direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodium, 2020, p. 65-80.

ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, [s.l.], v. 6, n. 2, p. 1-18, set. 2019. Centro de Educação Superior de Guanambi (CESG). Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/RevistadeDireito/article/view/259>. Acesso em: 7 fev. 2021.

SANTANO, Ana Cláudia. PÁDUA, Sérgio Rodrigo de. Pré-compromissos: as heurísticas necessárias para a decisão judicial. *Sequência*, Florianópolis, v. 44, n. 95, 2023.

TAULLI, Tom. *Introdução à Inteligência Artificial*. São Paulo: Novatec, 2020.

Orlando Luiz Zanon Junior
Matheus de Andrade Branco
Pollyana Maria da Silva

TOFFOLI, José Antônio Dias. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prada (coord.). *Tecnologia Jurídica e Direito Digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia* - 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 17-21.

TOLEDO, Eduardo S. Projetos de inovação tecnológica na administração pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prada (coord.). *Tecnologia Jurídica e Direito Digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia* - 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TOSCANO JUNIOR, Rosivaldo. *O cérebro que julga: neurociência para juristas*. Florianópolis: Emais, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu*, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Estrasburgo, FR: EU, 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1. Acesso em: 17 fev. 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Manual de gestão judicial*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do Direito*. 3 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

AS RODADAS DE LICITAÇÕES DOS VOLUMES EXCEDENTES DA CESSÃO ONEROSA E OS TESTES JUDICIAIS DE SUA SUSTENTABILIDADE JURÍDICA

THE TRANSFER OF RIGHTS SURPLUS BIDDING ROUNDS AND THE JUDICIAL TESTS OF ITS LEGAL SUSTAINABILITY

Thiago de Freitas Benevenuto¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve abordagem dos regimes de E&P de petróleo e gás natural. 1.1. Regime de concessão. 1.2. Regime de partilha de produção. 1.3. Regime de cessão onerosa, o CCO e sua revisão. 2. A 1ª RLVECO. 3. A 2ª RLVECO. 4. Testes judiciais de sustentabilidade jurídica da 1ª e 2ª RLVECOS. Conclusão. Referências.

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Prática Processual nos Tribunais e em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado da União.

RESUMO: O presente texto apresenta um panorama geral da 1ª e 2ª Rodadas de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa, dois relevantes e complexos leilões no setor de petróleo e gás natural realizados no Brasil recentemente, destacando-se os testes de sustentabilidade jurídica enfrentados perante os órgãos do Poder Judiciário, nos quais a participação de diversos órgãos que integram a Advocacia-Geral da União foi de decisiva importância. Nesse sentido, após serem feitas breves considerações sobre os regimes jurídicos de exploração e produção de petróleo e gás natural em vigor no Brasil e sobre o Contrato de Cessão Onerosa, incluindo sua revisão, são tratadas mais detidamente as rodadas de licitações em questão, desde as etapas preparatórias até a assinatura dos respectivos contratos. Em seguida, são analisadas as demandas judiciais propostas com o objetivo de impugnar esses certames e o posicionamento que vem sendo adotado pelos órgãos do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Petróleo. Gás natural. Regimes de exploração e produção. Volumes excedentes da cessão onerosa. Rodadas de licitações. Sustentabilidade jurídica.

ABSTRACT: This text presents an overview of the 1st and 2nd Transfer of Rights Surplus Bidding Rounds, two relevant and complex auctions in the oil and natural gas sector held in Brazil recently, highlighting the legal sustainability tests faced before the Judiciary branch, in which the participation of several bodies that make up the Attorney General's Office was of decisive importance. In this sense, after making brief considerations on the legal regimes for exploration and production of oil and natural gas in force in Brazil and on the Transfer of Rights Agreement, including their review, the bidding rounds in question are treated in more detail, from the preparatory stages to the signing of the respective contracts. Then, the proposed lawsuits are analyzed with the objective of contesting these events and the position that has been adopted by the bodies of Judiciary branch.

KEYWORDS: Oil. Natural gas. Legal regimes for exploration and production. Transfer of rights surplus. Bidding rounds. Legal sustainability.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, foram realizados dois importantes e complexos leilões no setor de petróleo e gás natural no Brasil, que se convencionou chamar de 1ª e 2ª Rodadas de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa (RLVECOs). Para se ter uma ideia da magnitude desses certames, os valores envolvidos a título de bônus de assinatura giram em torno de R\$ 77 bilhões, estimando-se uma arrecadação de R\$ 1,3 trilhão em participações governamentais e tributos, além de investimentos de até R\$ 465 bilhões nas áreas arrematadas, conforme informações divulgadas pelo Ministério de Minas e Energia (Brasil, 2019, 2021).

Nesse contexto, sem desconhecer, é claro, o quanto é desafiadora a missão assumida, o presente texto justifica-se em razão da relevância desses leilões e tem como objetivo apresentar ao leitor os seus principais aspectos, destacando-se os testes de sustentabilidade jurídica enfrentados perante os órgãos do Poder Judiciário, nos quais a participação de diversos órgãos que integram a Advocacia-Geral da União (AGU) foi de decisiva importância.

Nesse sentido, inicialmente, são feitas algumas considerações sobre os regimes jurídicos de exploração e produção (E&P) de petróleo e gás natural em vigor no Brasil² e sobre o Contrato de Cessão Onerosa (CCO), incluindo sua revisão. Em seguida, são tratadas mais detidamente as 1ª e 2ª RLVECOs, descrevendo-se as principais etapas percorridas pelos órgãos governamentais envolvidos na modelagem de cada um desses certames até a assinatura dos contratos. Ao final, há um tópico analisando as demandas judiciais propostas com o objetivo de impugnar essas rodadas de licitações e o posicionamento que vem sendo adotado pelo Poder Judiciário.

1. BREVE ABORDAGEM DOS REGIMES DE E&P DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A titularidade da União sobre o petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, inicialmente, é afirmada no art. 20, V e IX, da Constituição Federal (CF). São bens públicos federais em decorrência de normas constitucionais expressas e, por força dessa propriedade originária, não são passíveis de alienação (Aragão, 2021). De forma mais específica, o art. 176, *caput*, da CF, dispõe que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade

2 A propósito, recentemente, em decorrência dos estudos realizados no âmbito do Programa para Aprimoramento das Licitações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (BidSIM), instituído pelo Decreto n. 10.320, de 9 de abril de 2020, o Comitê Interministerial Executivo do BidSIM (Brasil, 2021) apresentou propostas para aumentar a competitividade e atratividade das próximas rodadas de licitações para outorga de direitos de E&P de petróleo e gás no Brasil.

distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencendo à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.³

Em geral, o grau de conhecimento acerca das possíveis reservas, dos seus volumes recuperáveis, dos custos de produção e a curva de preços futuros do petróleo são os critérios orientadores da escolha dos estados produtores para a definição de seus modelos jurídicos para as atividades de E&P, sendo a concessão, a partilha de produção, a *joint venture* e a prestação de serviços as formas mais utilizadas para a contratação no mundo.⁴

No caso brasileiro, ao regulamentar o art. 177, § 1º, da CF, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995, que flexibilizou o monopólio estatal sobre atividades integrantes da indústria do petróleo e gás natural,⁵ o legislador infraconstitucional disciplinou três regimes jurídicos contratuais para a delegação do exercício das atividades de E&P de petróleo e gás natural, quais sejam, a concessão (Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997), a partilha de produção (Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010) e a cessão onerosa (Lei n. 12.276, de 30 de junho de 2010),⁶ que serão analisados a seguir com base nas disposições legais pertinentes.

1.1. Regime de concessão

A Lei n. 9.478, de 1997, dentre outras matérias, disciplina o regime de concessão, segundo o qual seu titular tem a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes (art. 26, *caput*).

Os contratos de concessão são assinados entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e o vencedor da licitação que precede a outorga, a qual identificará a proposta mais vantajosa para a Administração, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital (art.

3 A Constituição de 1988 explicitou o direito de propriedade da União sobre os recursos minerais, que era apenas implícito em regimes constitucionais pretéritos (Ribeiro, 2005). Sobre variados aspectos relacionados à soberania exercida pela União com relação aos recursos minerais, que envolve a gestão estratégica desses bens a fim de garantir-lhes o aproveitamento responsável e racional, veja Mattos e Damasceno (2016).

4 Para um breve panorama da regulação da indústria de petróleo e gás natural nos Estados Unidos, Arábia Saudita, Rússia, Irã, Iraque, Venezuela, Argentina, Bolívia e México, mostrando que a diversidade de estruturas regulatórias decorre das estratégias adotadas por cada um desses países para a promoção das atividades de E&P de hidrocarbonetos em seus territórios, veja Empresa de Pesquisa Energética (2021). Já com relação às modalidades contratuais *joint venture*, prestação de serviços e contrato de partilha, veja Aragão (2021, p. 73).

5 Para uma adequada compreensão desse conceito de monopólios públicos, de sua disciplina constitucional e das atividades econômicas monopolizadas em espécie no nosso ordenamento jurídico, inclusive as petrolíferas, indica-se Aragão (2021, p. 61-70).

6 Especificamente com relação à cadeia de valor do gás natural, recentemente entraram em vigor a Lei n. 14.134, de 8 de abril de 2021, também conhecida como “Nova Lei do Gás”, e o Decreto n. 10.712, de 2 de junho de 2021, que a regulamenta. Abordando os temas que despertam maior interesse jurídico no início de vigência desse novo marco normativo do gás natural, recomendamos o nosso Benevenuto (2021c).

8º, IV; 40 e 41 da Lei n. 9.478, de 1997). Na prática, vence o certame quem conseguir a melhor pontuação em bônus de assinatura, que terá seu valor *mínimo* estabelecido no edital, e no Programa Exploratório Mínimo (PEM).⁷ O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e, entre outras cláusulas essenciais, conterà as condições para sua prorrogação (art. 43, II, da Lei n. 9.478, de 1997).

As participações governamentais devidas no regime de concessão são: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties* (10% da produção, sendo possível sua redução até 5%, tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, conforme previsto no edital de licitação correspondente); (iii) participação especial em caso de campos de grande volume de produção ou rentabilidade; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área em se tratando de blocos terrestres (art. 45 e seguintes da Lei n. 9.478, de 1997). O Decreto n. 2.705, de 3 de agosto de 1998, define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei do Petróleo.

A Lei n. 9.478, de 1997, teve a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos questionada, inclusive do art. 26, *caput*, que trata do regime de concessão, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) (Brasil, 2005a, 2005b) entendido corretamente que, a partir da flexibilização do monopólio estatal sobre as atividades da indústria do petróleo e gás natural promovida pela Emenda Constitucional n. 9 de 1995, que, como visto, flexibilizou o monopólio estatal sobre as atividades da indústria do petróleo e gás, a Constituição passou a permitir que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados dessas atividades e a propriedade do produto obtido com o aproveitamento das respectivas jazidas, observadas as normas legais.

1.2. Regime de partilha de produção

Como consequência da descoberta de grandes volumes de hidrocarbonetos na camada do pré-sal e na esteira do entendimento do STF (Brasil, 2005a, 2005b), por meio da Lei n. 12.351, de 2010, foi criado o regime de partilha de produção com o objetivo de ser específico para as áreas do pré-sal e áreas consideradas estratégicas, definidas no próprio diploma legislativo (art. 2º, IV e V).

⁷ O Comitê Interministerial Executivo do BidSIM (Brasil, 2021) explica que, ao longo das licitações no regime de concessão, a ANP adotou distintos elementos na composição dos critérios de oferta, conforme o objetivo de política energética pretendido em cada época. Os critérios de julgamento já conferiram maior peso ao PEM (conjunto de atividades exploratórias que deve ser executado pelo concessionário durante a fase de exploração) e, ainda, levaram em consideração o conteúdo local (proporção dos investimentos nacionais em bens ou serviços durante a fase de exploração e a etapa de desenvolvimento da produção) ofertado pelas empresas. A partir da 14ª Rodada de Licitações, o conteúdo local deixou de ser critério de oferta nos leilões e a Agência passou a adotar uma ponderação entre os elementos da oferta que privilegiam o bônus de assinatura, que possui peso de 80% na composição da nota final de cada empresa ofertante, enquanto 20% da composição dessa nota é representado pelo PEM.

Na partilha de produção, o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de E&P e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato (art. 2º, I, da Lei n. 12.351, de 2010). Nesse regime, como se vê, os custos necessários às operações são descontados do valor total da produção e o excedente em óleo é partilhado entre o contratado e a União.

No geral, os contratos de partilha são celebrados pela União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia (MME), com os vencedores de licitação na modalidade leilão (art. 8º, II, da Lei n. 12.351, de 2010).⁸ A licitação identificará a proposta mais vantajosa segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União, respeitado o percentual mínimo definido para o certame (art. 2º, III, e 18 da Lei n. 12.351, de 2010). Há também o pagamento de bônus de assinatura, mas seu valor é fixo, não se tratando de critério de julgamento da licitação. O contrato de partilha deve observar cláusulas essenciais previstas em lei, entre as quais, a que limita o prazo de vigência a 35 anos (art. 29, XIX, da Lei n. 12.351, de 2010), não admitindo prorrogação, diferentemente do que ocorre na concessão.⁹

Como se vê, uma das principais diferenças entre os regimes de concessão e de partilha reside na propriedade do resultado da produção. Enquanto, no regime de concessão, o contratado adquire a propriedade de todo petróleo e gás natural produzidos, no regime de partilha, a União tem participação nos bens produzidos de acordo com o percentual estabelecido em contrato.

Os interesses da União nos contratos de partilha são defendidos pela Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) –, a quem foi atribuída a competência para gestão desses contratos (art. 8º, § 1º, da Lei n. 12.351, de 2010, e 2º e 4º, I, da Lei n. 12.304, de 2 de agosto de 2010). No entanto, a PPSA não assume os riscos nem responde pelos custos e pelos investimentos necessários à execução dos contratos de partilha (art. 8º, § 2º, da Lei n. 12.351, de 2010).

O reconhecimento dos gastos como custo em óleo (art. 2, II, da Lei n. 12.351, de 2010) é tema de uma cláusula específica dos contratos de partilha de produção, sendo seu detalhamento regido em anexo próprio a esses contratos. Em linhas gerais, pode-se dizer que são recuperados como custo em óleo os gastos realizados com atividades de exploração,

8 Muito embora o art. 8º, I, da Lei n. 12.351, de 2010, possibilite a contratação direta da Petrobras, dispensada a licitação, tal prerrogativa ainda não foi exercitada pela União.

9 O Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás (IBP, 2022) defende a possibilidade de extensão dos contratos de partilha de produção como um dos principais aprimoramentos dos modelos contratuais de E&P, capaz de viabilizar a continuidade dos investimentos nos programas exploratórios planejados com desdobramentos positivos para a manutenção de postos de trabalho e da renda gerada nas atividades.

avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações que forem aprovados no Comitê Operacional de que trata o art. 23 da Lei n. 12.351, de 2010, ou cuja aprovação seja dispensada pelo próprio contrato, e reconhecidos pela PPSA.¹⁰

Outro aspecto relevante no regime de partilha de produção é o direito de preferência da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) previsto no art. 4º da Lei n. 12.351, de 2010, conforme redação atribuída pela Lei n. 13.365, de 29 de novembro de 2016.¹¹ A partir da comunicação pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), a empresa deverá se manifestar em até 30 dias para exercício de tal direito apresentando suas justificativas. Em seguida, o CNPE proporá à Presidência da República quais blocos deverão ser operados pela empresa, indicando sua participação mínima no consórcio, que não poderá ser inferior a 30% (art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 12.351, de 2010). Esse direito de preferência da Petrobras é regulamentado pelo Decreto n. 9.041, de 2 de maio de 2017.

No regime de partilha, a Lei n. 12.351, de 2010, prevê como receitas governamentais os *royalties* (15% da produção) e o bônus de assinatura com valor fixo devido à União pelo contratado, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo (art. 2º, XII, e art. 42, § 2º). Não há, como se vê, no regime de partilha, previsão de pagamento de participação especial nem pela ocupação ou retenção de área, como acontece na concessão.

O Comitê Interministerial Executivo do BidSIM (Brasil, 2021) explica que, no regime de partilha de produção, diferentemente da concessão, o Estado assume a função de empreendedor, o que acarreta a necessidade de participar na gestão do projeto de E&P e decidir sobre aspectos comerciais, financeiros, operacionais, além de controlar o empreendimento em conjunto com os titulares da outorga, o que é feito por meio da PPSA. Isso, obviamente, implica a assunção de custos e riscos adicionais por parte dos agentes em relação ao contrato de concessão, pelo que o regime de partilha acaba atraindo os investidores somente em situações especiais em que a potencialidade econômica extraordinária compensa o risco e os custos adicionais inerentes ao regime. Nesse cenário e considerando que, no polígono do pré-sal delimitado pela Lei n. 12.351, de 2010, os estudos mostram que as estruturas de grande porte e com baixo risco geológico já foram contratadas e que as oportunidades exploratórias que ainda podem ser identificadas em áreas não contratadas são de pequeno volume prospectivo ou de grande risco exploratório, entende-se que são urgentes alterações legais que viabilizem a contratação no regime

10 Sobre o processo de reconhecimento e recuperação de custos nos contratos de partilha de produção, veja PPSA (2022).

11 Até então, conforme art. 2º, VI, 4º e 10, III, “c”, e 30, **caput**, da Lei n. 12.351, de 2010, em suas redações originais, a Petrobras deveria ser a operadora obrigatória, com a participação mínima de 30% em todos os campos contratados sob o regime de partilha de produção.

de concessão dentro do polígono do pré-sal, a fim de se manter a produção do pós-sal brasileiro, que hoje se encontra em franco declínio.¹²

1.3. Regime de cessão onerosa, o CCO e sua revisão

Já o regime de cessão onerosa vem previsto na Lei n. 12.276, de 2010, cujo art. 1º autorizava a União a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de E&P de hidrocarbonetos em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

A rigor, a cessão onerosa não consiste num regime fiscal geral e abstrato propriamente dito, já que a Lei n. 12.276, de 2010, só autorizou a contratação da Petrobras e veda expressamente a transferência dos direitos pertinentes (art. 1º, § 6º). Outra peculiaridade que chama atenção na cessão onerosa é que a contratação está sujeita a uma limitação volumétrica, o que não é usual na indústria, e que produzirá efeitos até que a Petrobras extraia o número de barris equivalentes de petróleo definido em contrato (art. 1º, § 2º).

Entre as normas contidas na Lei n. 12.276, de 2010, que disciplinam a cessão onerosa, merecem destaque também as que estabelecem que: (i) a Petrobras terá a titularidade do produto da lavra (art. 1º, § 1º); e (ii) serão devidos *royalties* nos termos do art. 47 da Lei n. 9.478, de 1997 (art. 5º), ou seja, no percentual de 10% da produção, sem previsão do pagamento de participação especial em qualquer hipótese nem pela ocupação ou retenção de área.

No regime de cessão onerosa, até em razão das próprias características da outorga, que não foi precedida de licitação e decorreu de acordo de vontades entre a União e a Petrobras, há, inequivocamente, maior margem de negociação entre os contratantes do que na concessão e na partilha. E isso é confirmado pelo próprio art. 2º da Lei n. 12.276, de 2010, que conferiu às partes relevante espaço para discussão e acordo com relação às matérias contidas nos seus incisos I a V.

Em atenção ao disposto na Lei n. 12.276, de 2010, foi celebrado entre União e Petrobras e, na qualidade de entidade reguladora e fiscalizadora, a ANP, o Contrato de Cessão Onerosa (CCO) do exercício das atividades de E&P de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em determinadas áreas não concedidas do pré-sal, limitados ao volume máximo de

¹² Ao tratar do marco regulatório petrolífero após o advento do pré-sal, entre outras sugestões para melhorar a atratividade dos investimentos em momento no qual, com a aceleração da transição para uma economia de baixo carbono, as disputas por investimentos entre os países vão se acirrar, Oddone (2021) defende que somente a concessão seja adotada para futuras contratações, reconhecendo que a conversão dos contratos de partilha existentes em contratos de concessão seria de difícil implementação. Contudo, enquanto houver oferta de áreas em partilha e concessão, entende que o CNPE deva ser autorizado a deliberar sobre a definição de área estratégica, o direito de preferência da Petrobras extinto e os poderes da PPSA nos consórcios revistos. Já o IBP (2022) advoga a adoção de um regime fiscal único para novas ofertas de áreas, no caso, a concessão, que estaria associada a um maior potencial de atração de investimento, além de outras vantagens, que incluiriam maior diversificação de atores, geração e manutenção de postos de trabalho e maior arrecadação por parte do governo.

5 bilhões de barris equivalentes de petróleo. Em atenção ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 12.276, de 2010, a avença foi devidamente aprovada pelo CNPE (Brasil, 2010). Pela cessão, a Petrobras efetuou pagamento à União de aproximadamente R\$ 74,808 bilhões (Petrobras, 2010).¹³

Em razão das incertezas típicas da fase de exploração, no exercício da liberdade de negociação conferida pela lei, as partes previram a revisão do CCO com base no art. 2º, V, da Lei n. 12.276, de 2010, para ajustar o valor do contrato aos novos dados técnicos disponíveis, garantindo-se o equilíbrio entre as obrigações das contratantes. Assim, após longo processo negocial, em 2019, a revisão do CCO foi concluída e devidamente aprovada pelo CNPE (Brasil, 2019b, 2019e). A revisão do CCO ensejou a obrigação de ressarcimento pela União em favor da Petrobras do montante de R\$ 34,1 bilhões em setembro de 2019 (Petrobras, 2019).

2. A 1ª RLVECO

O CCO, como visto, foi celebrado em atenção ao comando legal com volume máximo de 5 bilhões de barris de óleo equivalente. Contudo, informações obtidas ao longo da fase de exploração evidenciaram a existência de volumes recuperáveis bem superiores aos contratados, especialmente nas áreas que correspondem aos atuais Campos de Atapu, Búzios, Itapu e Sépia.

Não há dúvidas de que acessar esses volumes excedentes da cessão onerosa, naturalmente, é de interesse da sociedade brasileira, pois, além de representar o incremento de receitas governamentais, atrairá investimentos que gerarão empregos e renda no país. Nesse contexto, a contratação desses excedentes representava o aproveitamento racional dos recursos petrolíferos nessas jazidas, permitindo o desenvolvimento da produção segundo as melhores práticas da indústria do petróleo.

Daí porque, em 2019, foi realizada a 1ª RLVECO em regime de partilha de produção, já que envolvia áreas localizadas no polígono do pré-sal, tendo sido observada toda a normatização pertinente, sobretudo a contida na Lei n. 12.351, de 2010.¹⁴

Dentre as especificidades do certame, destaca-se que a Petrobras já estava nas áreas ofertadas em razão do CCO, nas quais tinha feito diversos investimentos. Isso tornou indispensável, para viabilização do leilão, que, em sua modelagem, fossem disciplinados alguns aspectos concernentes

13 Conforme explica Aragão (2021), a operação se deu da seguinte forma: a União aumentou a sua participação no capital social da Petrobras, nele integralizando títulos da dívida pública, que passaram a ser da Petrobras; em seguida, a União resgatou (“pagou”) da Petrobras tais títulos, trocando-os pela cessão dos seus direitos, de matriz constitucional (art. 177, I, CF), de produzir até cinco bilhões de barris de petróleo.

14 Analisando a solução técnico-regulatória adotada para a realização da 1ª RLVECO e o “*framework*” que auxiliou o Poder Executivo em seu processo decisório, veja David *et al.* (2020).

à relação entre a Petrobras e quem fosse contratado para a produção dos volumes excedentes da cessão onerosa.

Por isso, ao estabelecer as diretrizes para a 1ª RLVECO, o CNPE (Brasil, 2019a) previu o pagamento pelo contratado para produção dos excedentes da cessão onerosa, de forma proporcional à sua participação na jazida, de compensação em favor da Petrobras pelos investimentos realizados nas áreas licitadas, atribuindo àquele a propriedade de percentual dos ativos existentes como contrapartida desse pagamento (art. 1º, II, III e IV). Foi prevista, também, a celebração de acordo entre a cessionária do CCO (Petrobras) e os contratados dos excedentes da cessão onerosa, estabelecendo (i) o procedimento de unificação de operações nas áreas com jazida coparticipada; (ii) a participação proporcional de cada contratado na jazida coparticipada; e (iii) as regras para o pagamento da compensação devida à Petrobras (art. 2º, I, II e III).

O CNPE (Brasil, 2019c, 2019d) definiu, também, os parâmetros técnicos e econômicos dos volumes excedentes ao CCO para a realização da 1ª RLVECO e estabeleceu a participação da Petrobras, como operadora, com 30% (trinta por cento) em cada uma das áreas de Búzios e Itapu.

Em atenção ao comando do CNPE (Brasil, 2019a), o Ministro de Estado de Minas e Energia (Brasil, 2019a, 2019b) estabeleceu (i) as diretrizes para o cálculo da compensação em favor da Petrobras pelos investimentos realizados nas áreas licitadas com base nos parâmetros de mercado vigentes à época; e (ii) as normas concernentes ao chamado acordo de coparticipação entre a cessionária do CCO (Petrobras) e os contratados dos excedentes da cessão onerosa, o qual não se confunde com o acordo para a individualização da produção previsto no art. 33 e seguintes da Lei n. 12.351, de 2010, apesar de ensejar também a unificação das operações e eleição de único operador para execução das atividades de E&P.¹⁵

Na 1ª RLVECO, foram arrematados os volumes excedentes das áreas de Búzios e Itapu com arrecadação total de R\$ 69,96 bilhões em bônus de assinatura, valor superior à soma de todos os bônus oferecidos até hoje em rodadas de licitações realizadas no Brasil, não tendo sido, entretanto, registradas ofertas para as áreas de Atapu e Sépia. Os contratos decorrentes do certame assinados com as vencedoras foram publicados em 1º de abril de 2020, conforme informações da ANP (2021a, 2021b).

3. A 2ª RLVECO

Como na 1ª RLVECO não foram arrematados os volumes concernentes às áreas de Atapu e Sépia, desde então, os órgãos e entidades governamentais

¹⁵ Sobre as diferenças e semelhanças entre a coparticipação e a individualização da produção, veja David *et al.* (2020).

pertinentes envidaram seus esforços para realização de novo certame com o aprimoramento do modelo de governança usado no anterior, a fim de aumentar a atratividade das novas ofertas.

A propósito, em outubro de 2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) (Brasil, 2019a), durante o acompanhamento da 1ª RLVECO e antes mesmo da sessão pública de apresentação de ofertas, fez algumas ressalvas e determinações relativas ao procedimento, ainda que tenha firmado o entendimento de que tanto a ANP quanto o MME atenderam aos aspectos de tempestividade, completude e suficiência técnica dos elementos apresentados inerentes ao certame. Nesse sentido, entre outras coisas, foi determinado à PPSA e à ANP a adoção de providências para que a PPSA iniciasse imediatamente a representação da União em relação aos volumes excedentes ao CCO, com acesso às informações necessárias; e, caso tais volumes não fossem contratados na 1ª RLVECO, que fosse dada sequência aos procedimentos necessários à identificação e delimitação da parte da União nas respectivas jazidas, com vistas à futura contratação dessa participação.

Em decorrência, após a realização do certame em 2019, como não foram contratados os volumes excedentes em Atapu e Sépia, o Ministro de Estado de Minas e Energia (Brasil, 2020) qualificou a PPSA como representante da União para a avaliação e posterior negociação com a Petrobras (cessionária) a respeito dos volumes excedentes aos contratados em cessão onerosa nesses campos, visando a estabelecer: (i) as participações nas futuras áreas coparticipadas; (ii) os parâmetros para o cálculo da compensação, considerando as condições de mercado então vigentes; e (iii) o valor da compensação a ser paga à Petrobras pelos futuros contratados em regime de partilha (art. 3º, I, II e III).

Em relação às participações nas futuras áreas coparticipadas, PPSA e Petrobras concordaram para Atapu em 39,5% do CCO e 60,5% do Contrato de Partilha; e 31,3% do CCO e 68,7% do Contrato de Partilha para Sépia, o que foi aprovado pela Diretoria da ANP (2020).

Já no tocante à compensação, após a celebração de acordo entre a PPSA e a Petrobras, o Ministro de Estado de Minas e Energia (Brasil, 2021a) estabeleceu novos parâmetros de cálculo e os respectivos valores especificamente para os Campos de Atapu e Sépia. A tais valores deveriam ser adicionados os efeitos tributários relativos ao Imposto de Renda (IR) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) ocasionados pela transferência de propriedade de ativos da Petrobras para os contratados sob o regime de partilha. Foi prevista, ainda, a possibilidade de complementação da compensação no caso desses campos a ser estabelecida com base em eventual variação positiva do preço futuro do petróleo tipo Brent (“*earn out*”), entre os anos de 2023 e 2032. Essa previsão de “*earn out*” busca assegurar que o

valor da compensação à Petrobras mantenha seu valor presente líquido e maximize o da União.

À medida que os órgãos governamentais envolvidos na modelagem da 2ª RLVECO avançavam em suas análises, o CNPE (Brasil, 2021a, 2021b, 2021c) deu diretrizes específicas para a realização do novo certame, autorizou a ANP a realizá-lo, aprovou os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos a serem celebrados em decorrência do leilão¹⁶ e estabeleceu a participação da Petrobras nos blocos ofertados em razão do exercício do seu direito de preferência em ser operadora.

Por fim, o Ministro de Estado de Minas e Energia (Brasil, 2021b) ainda estabeleceu normas para disciplinar o acordo de coparticipação a ser celebrado entre a cessionária do CCO e o contratado em partilha de produção dos volumes excedentes dos campos de Sépia e Atapu.

A 2ª RLVECO, conforme informações da ANP (2021c, 2021d), foi realizada com grande êxito no final de 2021 resultando na arrecadação de R\$ 11,140 bilhões a título de bônus de assinatura, com ágios de 437,86% (Atapu) e 149,2% (Sépia) em relação aos percentuais mínimos do excedente em óleo da União previstos nos instrumentos regulatórios do certame. Além do pagamento na largada desses valores a título de bônus de assinatura, há ainda a compensação devida à Petrobras em cada campo (inicialmente de US\$ 3,254 bilhões para Atapu; e US\$ 3,200 bilhões para Sépia), o que dá uma boa noção da magnitude dos valores envolvidos no leilão. Os contratos resultantes do certame foram assinados em 27 de abril de 2022.

4. TESTES JUDICIAIS DE SUSTENTABILIDADE JURÍDICA DA 1ª E 2ª RLVECOS

Feita essa descrição da 1ª e 2ª RLVECOS, é importante observar que todo o processo para a sua concretização foi acompanhado de perto pela Consultoria Jurídica do MME e pela Procuradoria Federal junto à ANP, órgãos integrantes do sistema da AGU, que, no âmbito de suas competências, participaram de diversas discussões e elaboraram manifestações jurídicas sobre várias minutas que culminaram nos atos regulatórios do certame.

Além disso, sabe-se que o TCU (Brasil, 2019a, 2019b, 2021) aprovou a revisão do CCO e a modelagem desses certames, não vislumbrando qualquer óbice, muito menos de natureza jurídica, ao seu prosseguimento, ainda que tenham sido feitas ressalvas, recomendações e determinações nos respectivos julgados. Muito embora não haja dúvidas de que os pronunciamentos do TCU não possuem força de coisa julgada e, por isso, não prejudicam a

¹⁶ Logo após a aprovação, pelo CNPE (Brasil, 2021b), dos parâmetros técnicos e econômicos dos contratos a serem celebrados em decorrência da 2ª RLVECO, publicamos os textos Benevenuto (2021a, 2021b), que foram muito úteis para a elaboração do presente trabalho, especialmente dos itens n. 1, 1.1, 1.2, 1.3, 2 e 3.

apreciação judicial dos mesmos temas, essas decisões da Corte de Contas reforçam substancialmente a presunção de legitimidade e veracidade das ações administrativas analisadas.

Não obstante, as RLVECOs foram alvos de ações judiciais diversas que pretendiam obstar a realização das respectivas sessões públicas de apresentação de ofertas e a continuidade dos certames. Além da repetição de teses seguidamente rechaçadas pelo Poder Judiciário ao apreciar ações judiciais propostas contra as rodadas de licitações em partilha de produção anteriores,¹⁷ por ocasião da 1ª e 2ª RLVECOs, foram levantados questionamentos principalmente com relação ao fundamento de validade dos atos regulatórios dos certames praticados pelo CNPE e pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Atuando de forma articulada com o MME e a ANP, os órgãos da AGU têm, até o momento, obtido considerável êxito nas ações propostas contra as RLVECOs, ainda que não se tenha conhecimento de sentença de mérito proferida nessas ações.

Especificamente, com relação às demandas propostas por ocasião da 1ª RLVECO, a Vigésima Primeira Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (Brasil, 2019) e a Décima Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Brasil, 2019) determinaram a remessa das ações que lhes foram distribuídas para a Vigésima Sexta Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo em razão do ajuizamento anterior de ação popular sobre o mesmo tema. Ao julgar essas ações, a Vigésima Sexta Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo (Brasil, 2019a, 2019b, 2020) extinguiu todos os processos sem resolução de mérito, tendo considerado que não foi indicado ato lesivo ao patrimônio público na ação popular oriunda

17 A seguir, são mencionadas decisões judiciais relevantes proferidas em demandas propostas para impugnar as rodadas de licitações sob o regime de partilha de produção (RPP) realizadas desde o ano de 2013. As decisões estão organizadas de acordo com a RPP a que se referem, cabendo pontuar, desde já, que, em nenhum dos processos, chegou a ser proferida decisão que tenha impedido a realização de qualquer sessão pública de apresentação de ofertas no dia e hora previamente designados. As decisões proferidas em sede de tutela de urgência que tinham essa potencialidade foram devidamente remediadas nas instâncias superiores a partir da atuação dos órgãos da AGU: 1ª RPP (2013) – Em acórdão transitado em julgado, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Brasil, 2016) confirmou decisão de 1ª instância que reconheceu a legalidade e regularidade do certame; 2ª e 3ª RPP (2017) – Em decisão pendente de confirmação na instância superior, a Vigésima Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (Brasil, 2018) julgou improcedente ação popular que impugnavo os certames tendo sido acertadamente adotada a postura de autocontenção em face de decisões administrativas de alta complexidade técnica, principalmente porque ausentes dados e circunstâncias bastantes a evidenciar as desconformidades alegadas pela parte autora; 4ª RPP (2018) – Por meio de sentença transitada em julgado, a Quinta Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo (Brasil, 2019) julgou improcedente ação popular, tendo sido rechaçadas as alegações de que os parâmetros técnicos e econômicos do certame eram prejudiciais ao erário e que seria inconstitucional a Lei n. 13.365, de 2016; e 6ª RPP (2019) – Em acórdãos que já transitaram em julgado, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Brasil, 2020a, 2020b), em resumo, com base no princípio da separação de poderes (art. 2º da CF), considerou que não caberia ao Poder Judiciário decretar a invalidação ou suspender a 6ª RPP com base apenas na alegação de riscos ambientais não havendo qualquer ilegalidade na estruturação do certame, nem determinar que os réus demonstrassem a previsão e disponibilidade orçamentárias ou que fossem reservados valores arrecadados em leilões para reparação de desastres ambientais sem que haja qualquer respaldo legal para tanto. Além disso, a Lei n. 12.351, de 2010, criou o Fundo Social, o qual, entre outros, tem por escopo a tutela do meio ambiente e a mitigação e adaptação a mudanças climáticas; e a eleição dos blocos a serem licitados e o modelo de outorga submetem-se a critérios legislativos, técnicos e à discricionariedade administrativa não se revelando conveniente a intervenção do Poder Judiciário.

do Distrito Federal, que a ação proposta perante o Rio de Janeiro repetia a ajuizada em São Paulo, e que esta teria perdido seu objeto em razão de a Petrobras ter arrematado os volumes excedentes da cessão onerosa em Búzios e Itapu. Em segunda instância, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Brasil, 2020) manteve a sentença que considerou haver perda do objeto da ação popular em decorrência do resultado do certame, já tendo ocorrido inclusive o trânsito em julgado; por outro lado, está pendente de apreciação a sentença que considerou não ter sido apontada lesividade ao patrimônio público no caso.

Já com relação às ações propostas em face da 2ª RLVECO, após o indeferimento dos pedidos de tutela provisória pela Sétima Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (Brasil, 2021) e pela Décima Primeira Vara Federal do Rio de Janeiro (Brasil, 2021) e a apresentação de contestações pelos réus, aguarda-se o seu prosseguimento, não se tendo conhecimento de procedimentos em segunda instância nos dois casos.

Nesse cenário, espera-se, caso sejam proferidas sentenças de mérito nas ações que impugnam as RLVECOs, a manutenção do entendimento que orientou as decisões proferidas em sede de tutela provisória. Isso porque a revisão do CCO e as RLVECOs observaram plenamente a legislação de regência, sendo certo que era totalmente desnecessária a criação de arcabouço normativo tratando especificamente desses temas.

Em primeiro lugar, no tocante à revisão do CCO, a Lei n. 12.276, de 2010, estabeleceu que o contrato deveria prever as condições para a sua realização, considerando-se, entre outras variáveis, os preços de mercado e a especificação do produto da lavra, e sua prévia apreciação do CNPE (art. 2º, V e parágrafo único). Em nenhum momento, o legislador entendeu necessária a manifestação do Congresso Nacional sobre a revisão do CCO. Pois bem, após intensa negociação, considerando os parâmetros legais e contratuais pertinentes, as partes chegaram a um acordo sobre a conclusão da revisão do CCO que foi aprovado pelo CNPE (Brasil, 2019b, 2019e).

Por outro lado, a autorização legislativa para realização dos certames já existia e se encontrava na Lei n. 9.478, de 1997, Lei n. 12.276, de 2010 e, principalmente, na Lei n. 12.351, de 2010, as quais regulamentam o art. 177, § 1º, da CF. Como visto, os volumes excedentes da cessão onerosa foram licitados em partilha de produção, o que era uma imposição da legislação em vigor, já que as áreas contratadas sob o regime de cessão onerosa estão inseridas no polígono do pré-sal, atraindo, assim, incidência do regime de partilha à luz do art. 3º da Lei n. 12.351, de 2010, e art. 23 da Lei n. 9.478, de 1997.

Especificamente com relação aos atos regulatórios praticados pelo CNPE concernentes a essas rodadas, não se desconhece que não há lei em sentido estrito disciplinando a compensação devida à Petrobras e os termos

do acordo de coparticipação. Isso não significa, entretanto, que os atos que disciplinam essas matérias sejam inválidos, muito pelo contrário.

Com efeito, tendo em vista que a Petrobras, na qualidade de cessionária do CCO, fez investimentos nas áreas ofertadas nessas rodadas, dos quais os novos entrantes irão se aproveitar, foi previsto que eles paguem indenização na proporção de sua participação na jazida, sob pena de enriquecimento sem causa. Se foi atribuído aos novos entrantes o pagamento de compensação à cessionária pelos investimentos realizados, é natural que adquiram parte da propriedade dos ativos. Essa operação não contraria o disposto no art. 1º, § 6º, da Lei n. 12.276, de 2010, que veda a transferência dos direitos decorrentes do CCO, o que, logicamente, não se confunde com parcela dos ativos que a cessionária usa para exercer tais direitos.

É certo, também, que os volumes excedentes os são em relação àqueles contratados por meio do CCO e que não foram produzidos integralmente, tornando necessária uma regulamentação que discipline a relação da cessionária do CCO (Petrobras) e dos contratantes de tais volumes excedentes, já que eles possuem direitos sobre as mesmas jazidas, o que deu ensejo ao acordo de coparticipação. O objetivo da avença é balizar as atividades de E&P em prol do melhor aproveitamento dos recursos petrolíferos existentes nas áreas das 1ª e 2ª RLVECOs, por meio da produção integrada das jazidas, evitando danos aos reservatórios.

Diante desse cenário desafiador, o CNPE (Brasil, 2019a, 2021a) previu o pagamento da compensação em favor da cessionária do CCO e o acordo de coparticipação nas RLVECOs, o que representou nada mais nada menos que o exercício legítimo da competência do colegiado prevista no art. 2º, I, da Lei n. 9.784, de 1999, para propor ao Presidente da República políticas e medidas destinadas, dentre outras, a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios e objetivos da política energética nacional e com o disposto na legislação aplicável.

O CNPE deve, também, propor ao Presidente da República os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção, conforme art. 9º, IV, da Lei n. 12.351/2010. Daí porque as características únicas desses certames impunham o desenvolvimento de modelagem com base no arcabouço legal vigente com o propósito de viabilizar o aproveitamento integral e racional dos volumes excedentes da cessão onerosa, cujo atraso na contratação ensejava perdas bilionárias de valor presente líquido por ano.

Já os atos regulatórios praticados pelo Ministro de Estado de Minas e Energia têm fundamento de validade no art. 84, II, c/c 87, II, da CF. Desses dispositivos constitucionais decorre, como bem se sabe, o chamado “*poder regulamentar dos Ministros de Estado*”, a ser exercido mediante edição

de atos normativos secundários (portarias ministeriais, principalmente), os quais ostentam inequívoco caráter regulamentar, como já reconhecido pelo STF (Brasil, 2020). Especificamente com relação à qualificação, pelo Ministro de Estado de Minas e Energia (Brasil, 2020), da PPSA como representante da União para a avaliação e posterior negociação com a Petrobras a respeito dos volumes excedentes da cessão onerosa, além do poder regulamentar que cabe à autoridade ministerial, o ato administrativo foi motivado na necessidade de cumprir determinação oriunda do TCU (Brasil, 2019a).

Por outro lado, os editais dos certames e as minutas contratuais elaborados pela ANP e aprovados pelo MME observaram indiscutivelmente os requisitos contidos na Lei n. 12.351, de 2010, especialmente nos art. 15 e 29, que tratam das cláusulas obrigatórias, respectivamente, do edital de licitação e do contrato de partilha de produção. Esses instrumentos licitatórios também estavam de acordo com os atos oriundos do CNPE e do Ministro de Minas e Energia que conformaram os certames, e com os objetivos da política energética nacional previstos no art. 1º da Lei n. 9.478, de 1997, sendo aptos ao cumprimento das funções de desenvolvimento da indústria de petróleo e gás no Brasil e de repartição da renda petrolífera nos termos estabelecidos pelo regime de partilha de produção.

Como se vê, o ordenamento jurídico em vigor não exigia que o Congresso Nacional praticasse qualquer ato para autorizar a conclusão da revisão do CCO nem a licitação dos volumes excedentes aos contratados sob esse regime. Em verdade, a aprovação pelo Congresso Nacional já tinha sido dada por meio da legislação em vigor, que forma o marco regulatório da indústria do petróleo e gás no Brasil, que foi rigorosamente cumprido pelos órgãos e entidades governamentais envolvidos.

Com relação ao Projeto de Lei da Câmara n. 78, de 2018, que tramita no Senado Federal, é certo que não foi apresentado pelo Poder Executivo, que sempre entendeu que a legislação em vigor era suficiente para conclusão da revisão do CCO e leilão dos volumes excedentes. A desnecessidade desse projeto de lei, inclusive, era evidenciada por suas próprias regras. Nesse sentido, pode-se exemplificar com a redação do art. 3º-A que se pretende incluir na Lei n. 12.276, de 2010, segundo a qual a licitação dos excedentes da cessão onerosa seria feita sob o regime de partilha de produção previsto na Lei n. 12.351, de 2010. Acontece que, como visto, a partilha de produção já era – e foi – aplicável ao leilão dos excedentes na forma do art. 23 da Lei n. 9.478, de 1997, e do art. 3º da Lei n. 12.351, de 2010, porque as áreas onde se encontram tais volumes estão localizadas dentro do polígono do pré-sal, logo, sujeitas ao regime de partilha.

Naturalmente, o Congresso Nacional, dentro de suas competências constitucionais e observados os parâmetros de juridicidade pertinentes,

poderia elaborar a legislação que julgasse conveniente,¹⁸ à qual a Administração Pública deveria cumprir, e é bom que o Poder Legislativo pátrio faça sempre os aprimoramentos normativos necessários ao atingimento dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição. Só não era nem um pouco razoável exigir que os órgãos e entidades governamentais aguardassem incerta e prescindível legislação superveniente, ainda mais diante dos prejuízos bilionários causados ao país por cada ano de atraso na licitação dos excedentes da cessão onerosa.

Por fim, cumpre repisar que o TCU (Brasil, 2019a, 2019b, 2021) acompanhou as discussões sobre a revisão do CCO, bem como as modelagens da 1ª e 2ª RLVECOs, sendo certo que a Corte de Contas não vislumbrou qualquer obstáculo ao prosseguimento das ações administrativas. Daí se vê que não houve, por óbvio, nenhuma intenção de afastar o Congresso Nacional de qualquer discussão, até porque, como se sabe, o TCU auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70 e 71 da CF).

CONCLUSÃO

Por meio deste singelo texto, apesar da plena consciência das dificuldades existentes diante de assunto tão intrincado, tentou-se apresentar um panorama geral que permita ao leitor compreender os aspectos mais relevantes relativos às 1ª e 2ª RLVECOs, desde as etapas preparatórias até a assinatura dos respectivos contratos, com enfoque nas ações judiciais que questionaram a validade jurídica dos certames.

Até o momento, os órgãos da AGU têm obtido êxito nessas ações judiciais, que não vêm sendo acolhidas pelo Poder Judiciário, com o entendimento de que as RLVECOs foram modeladas pelos órgãos e entidades pertinentes da Administração Pública de acordo com o arcabouço normativo vigente, o que se espera seja mantido nas decisões a serem proferidas nos processos em trâmite até em razão dos inúmeros efeitos positivos desses leilões para o país.

A essa altura, não se sabe se foi possível atingir o audacioso objetivo proposto neste artigo; ao contrário, é possível que as dúvidas do leitor só tenham aumentado. De todo modo, se o conteúdo do texto tiver sido capaz

¹⁸ Como, de fato, fez, dentre outras, por meio da Emenda Constitucional n. 102, de 6 de setembro de 2019, e da Lei n. 13.885, de 17 de outubro de 2019, que ensejaram novos critérios de distribuição dos valores arrecadados em razão das RLVECOs.

de, pelo menos, despertar alguma curiosidade para assunto tão relevante, seu autor já se dará por plenamente satisfeito.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. Diretoria Colegiada. *Resolução de Diretoria n.º 632/2020*. Rio de Janeiro: ANP, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/composicao/diretoria-colegiada/reunioes-da-diretoria-colegiada/pautas-atas-e-calendario-de-reunioes-da-diretoria-colegiada/2020/ata-rd-1032.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. *Rodada de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa*. Rio de Janeiro: ANP, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/lveco/1a-lveco/resultados>. Acesso em: 15 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. *Rodada de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa*. Rio de Janeiro: ANP, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/lveco/1a-lveco/assinatura-contratos>. Acesso em: 15 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. *Segunda Rodada de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa*. Rio de Janeiro: ANP, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/lveco/2-lveco/resultados>. Acesso em: 15 jan. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. *Segunda Rodada de Licitações dos Volumes Excedentes da Cessão Onerosa*. Rio de Janeiro: ANP, 2021. <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/rodadas-concluidas/lveco/2-lveco/assinatura-dos-contratos>. Acesso em: 15 jan. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do Petróleo e do Gás*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BENEVENUTO, Thiago de Freitas. Descomplicando o novo leilão de volumes excedentes de petróleo e gás. *Jota*, parte I, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/descomplicando-o-novo-leilao-de-volumes-excedentes-de-petroleo-e-gas-27042021?amp=1>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BENEVENUTO, Thiago de Freitas. Descomplicando o novo leilão de volumes excedentes de petróleo e gás. *Jota*, parte II, 28 abr. 2021. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/descomplicando-o-novo-leilao-de-volumes-excedentes-de-petroleo-e-gas-2-28042021>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BENEVENUTO, Thiago de Freitas. Reflexões iniciais sobre a nova Lei do Gás e Decreto nº 10.712/2021. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 233-253, out./dez. 2021.

BRASIL. Comitê Interministerial Executivo do BidSIM. *Decreto nº 10.320, de 9 de abril de 2020*. Subcomitê 1: Regimes de Contratação e Aprimoramentos Regulatórios. Brasília: BidSIM, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/programa-para-aprimoramento-das-licitacoes-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-natural-2013-bidsim/SCT_1_Relatorio_Final.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 2, de 1º de setembro de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2010. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2000&pagina=1&data=02/09/2010>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 2, de 28 de fevereiro de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/Resolucao_CNPE_02_2019.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 5, de 9 de abril de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-71137315>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 6, de 17 de abril de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/resolucao_cnpe_06_2019_alterada_res_20_2019.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 10, de 21 de maio de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/resolucao_cnpe_10_2019.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 25, de 22 de outubro de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/despachos-do-vice-presidente-da-republica-no-exercicio-do-cargo-de-presidente-da-republica-223133804>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 3, de 8 de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/resolucoes-2021/Desp_PR_RES_3_2021_CNPE.PDF. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 5, de 20 de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/resolucoes-2021/ResoluCNPE5_2021alt.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Resolução nº 9, de 29 de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2021/ResoluCNPE92021.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Décima Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Ação Popular n.º 5078587-15.2019.4.02.5101*. Rio de Janeiro: 11VFEF, 2019. Disponível em: https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos,código_verificador_510001852940v10_e_código_CRC_740ab1ca. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Décima Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Ação Popular n.º 5131198-71.2021.4.02.5101*. Rio de Janeiro: 11VFEF, 2021. Disponível em: https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos,código_verificador_510006763908v21ecódigo_CRCc121b403. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 9.041, de 2 de maio de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9041.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.320, de 09 de abril de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10320.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.712, de 02 de junho de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10712.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1995. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 102, de 26 de setembro 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc102.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1997. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2010. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12351.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.365, de 29 de novembro de 2016. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2016. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13365.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.885, de 17 de outubro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13885.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.134, de 08 de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10712.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Arrecadação de R\$ 70 bilhões - *Governo comemora resultado do leilão dos Excedentes da Cessão Onerosa*. [S.l.]: MME, 2019. Disponível

em: http://antigo.mme.gov.br/web/guest/todas-as-noticias/-/asset_publisher/pdAS9IcdBICN/content/arrecadacao-de-r-70-bilhoes-governo-comemora-resultado-do-leilao-dos-excedentes-da-cessao-onero-2/pop_up?_101_INSTANCE_pdAS9IcdBICN_viewMode=print&_101_INSTANCE_pdAS9IcdBICN_languageId=pt_BR. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Energy Weeks*: leilão do Pré-Sal atrai mais de R\$ 210 bilhões em investimentos. [S.l.]: MME, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/energy-weeks-leilao-do-pre-sal-atrai-mais-de-r-210-bilhoes-em-investimentos>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Portaria nº 213, de 23 de abril de 2019*. [S.l.]: MME, 2019. Disponível em: https://antigo.mme.gov.br/documents/72128/268785/Portaria_n_213-2019/fc1b744f-909f-304f-34b3-48e5d4ad3594. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Portaria nº 265, de 21 de junho de 2019*. [S.l.]: MME, 2019. Disponível em: https://antigo.mme.gov.br/documents/72128/268785/Portaria_n_265-2019.pdf/256e6ed6-7c30-2111-0e92-b842eb4beace. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Portaria nº 23, de 27 de janeiro de 2020*. [S.l.]: MME, 2019. Disponível em: https://antigo.mme.gov.br/documents/72128/975491/Portaria_n_23-2020/f8b32365-7c55-5d1d-8aa6-d56d41a235a1. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Portaria Normativa nº 8/GM/MME*, de 19 de abril de 2021. [S.l.]: MME, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/2021/portaria-de-pessoal-n-8-gm-mme-2021.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Portaria nº 519, de 31 de maio de 2021*. Diário Oficial da União, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-519-de-31-de-maio-de-2021-323265884>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n.º 78, de 2018*: (n.º 8.939, de 2017, na Câmara dos Deputados). Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7756495&ts=1671734654363&disposition=inline>. Acesso em: 4 jan. 2023.

BRASIL. Quinta Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo. *Ação Popular nº 0011757-98.2018.4.02.5001*. Juíza Federal Maria Cláudia de Garcia Paula Allemand, 20 mar. [Espírito Santo]: TRF-2, 2019. Disponível em: <https://eproc>.

jfes.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=501577937355268837788724617808&evento=501577937355268837788724662532&key=6a22d44fca079513f2a488511bda762249ffb3db134d5a544be783cd06ac9e21&hash=c605d351ee18ceb1024128f0777b6680. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Sétima Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Popular nº 1089166-11.2021.4.01.3400*. Juiz Federal Luciana Raquel Tolentino de Moura, 17 dez. 2021. [Distrito Federal]: 7ª Vara Federal da SJDF. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=21121713163360500000858128743>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273*. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, 16 mar. 2005. Distrito Federal: STF, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.366*. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, 16 mar. 2005. Distrito Federal: STF, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408866>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075*. Relator: Min. Celso de Mello, sessão virtual de 25 set/02 out. 2020. Distrito Federal: STF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344718718&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 2.430/2019(TC 001.281/2019-4)*. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 9 out. 2019. Distrito Federal: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2430%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Pleno). *Acórdão nº 2.548/2019 (TC 011.325/2015-1)*. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 23 out. 2019. Distrito Federal: TCU, 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2548%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 2.480/2021 (TC 045.221/2020-0)*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 13 out. 2021. Distrito Federal: TCU, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/>

acordao-completo/s%25C3%25A9pia%2520atapu%2520excedentes%2520cess%25C3%25A3o%2520onerosa/ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Sexta Turma Especializada). *Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0023891-27.2013.4.02.5101*. Relatora: Des. Federal Nizete Lobato Carmo, 14 jul. 2016. [Rio de Janeiro]: TRF2, 2016. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:lzNyqQYod_wj:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201351010238911%26coddoc%3D213173%26datapublic%3D2016-07-19%26pagdj%3Da.+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Sétima Turma Especializada). *Apelação Cível nº 5078386-23.2019.4.02.5101*. Relator: Des. Federal Sergio Schwaitzer, 11 nov. 2020. [Rio de Janeiro]: TRF2, 2020. Disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos,códigoverificador20000300986v3ecódigoCRC250ebae2. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Sétima Turma Especializada). *Apelação Cível nº 5080892-69.2019.4.02.5101*. Relator: Des. Federal Sergio Schwaitzer, 9 dez. 2020. [S.l.]: TRF2, 2020. Disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos,códigoverificador20000326547v3ecódigoCRC208bd4f3. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Remessa Necessária Cível nº 5020541-16.2019.4.03.6100*. Des. Federal Luiz Alberto de Souza Ribeiro, 24 mar. 2020. [S.l.]: TRF3, 2020. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20032418504758300000127254840>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Vigésima Primeira Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Popular n.º 1035091-90.2019.4.01.3400*. Juiz Federal Rolando Valcir Spanholo, 5 mar. 2019. Distrito Federal: 21ª Vara Federal da SJDF, 2019. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=19110517293284600000112475961>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Vigésima Sexta Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo. *Ação Popular n.º 5021102-40.2019.4.03.6100*. Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, 7 nov. 2019. São Paulo: 26ª Vara Federal da SJSP, 2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=19110717202500000000137844787>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Vigésima Sexta Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo. *Ação Popular n.º 5020541-16.2019.4.03.6100*. Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, 11 nov. 2019. São Paulo: 26ª Vara Federal da SJSP, 2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1911111830270000000119585478>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Vigésima Sexta Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo. *Ação Popular n.º 5002509-26.2020.4.03.6100*. Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, 19 fev. 2020. São Paulo: 26ª Vara Federal da SJSP, 2020. Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20021915390673800000026080810>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Vigésima Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Popular nº 1014569-13.2017.4.01.3400*. Juiz Federal Renato C. Borelli, 3 jul. de 2018. Distrito Federal: 20ª Vara Federal da SJDF, 2019. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=18070315181192700000006490791>. Acesso em: 15 jan.2023.

DAVID, Olavo; REGRA, André; CARVALHO, Bruno; ESTEVES, Heloisa; BRAGA, Maria; ISFER, Renata. Volumes excedentes da cessão onerosa: governança regulatória. *Rio Oil & Gas Expo and Conference*, Rio de Janeiro, 20, n. 28, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mViUrK>. Acesso em: 15 jan. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL S.A. – PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A – PPSA. *Entendendo o processo de reconhecimento e recuperação de custos nos Contratos de Partilha de Produção*. Rio de Janeiro: PPSA, 2022. Disponível em: https://www.presalpetroleo.gov.br/wp-content/uploads/2022/04/Ebook_PPSA_Reconhecimento-de-Custos_Mod06-04.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA – EPE. Ministério de Minas e Energia. *Experiências internacionais na regulação da indústria de óleo & gás*: Nota Técnica. EPE; MME, 2021. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-582/NT-EPE-DPG-SDB-2021-02_Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20C3%93leo%20e%20G%C3%A1s.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS – IBP. *Agenda da Indústria*. Rio de Janeiro: IBP, 2022. Disponível em: <https://cloud.crm.ibp.org.br/agenda-da-industria-ano-2022-2024>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MATTOS, Tiago de; DAMASCENO, Ana Maria. Reflexões sobre a recomposição patrimonial da União nas ações civis públicas de usurpação mineral. *Revista*

de *Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v. 27, p. 39-63, nov./dez. 2016.

ODDONE, Décio. *Passado e futuro do marco regulatório do petróleo*. [S.l.]: Eixos, 2021. Disponível em: <https://epbr.com.br/passado-e-futuro-do-marco-regulatorio-do-petroleo-por-decio-oddone/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A – Petrobras. *Aprovação do Contrato de Cessão Onerosa e da Oferta Global*. [Rio de Janeiro]: Petrobras, 2010. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/comunicados-ao-mercado-central-de-downloads/4f4622269a221492352b2818f3785bf022973ef9cc17193f6ee5a7d0778e9c41/fato_relevante_aprovacao_do_contrato_de_cessao_one.obal.pdf. Acesso em: 3 jan. 2023.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A – Petrobras. *Petrobras assina Aditivo ao Contrato de Cessão Onerosa*. [Rio de Janeiro]: Petrobras, 2019. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/comunicados-ao-mercado-central-de-downloads/2535dabf9fa0527398123fa08ddcd07b30769733ceb5b58f63818f09839ee69/petrobras_assina_aditivo_ao_contrato_de_cessao_onerosa.pdf. Acesso em: 3 jan. 2023.

RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOTAS PRELIMINARES SOBRE OS SMART CONTRACTS

PRELIMINARY REMARKS ON SMART CONTRACTS

Victor V. Carneiro de Albuquerque¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tecnologia de registro distribuído e *smart contracts*. 2. O contrato e sua formação no Direito brasileiro. 3. A “fatalidade” da execução dos contratos inteligentes e a ilicitude de seu objeto. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Doutorando em Direito e mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Pós-graduado em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador Federal.

RESUMO: Os chamados *smart contracts* ou “contratos inteligentes” são uma inovação tecnológica difundida a partir do lançamento da plataforma *Bitcoin* em 2009 e, principalmente, da plataforma *Ethereum* em 2014. Em princípio, eles têm como propósito automatizar a execução das obrigações das partes em um negócio jurídico, de modo a diminuir o risco de seu inadimplemento e evitar a dependência de um terceiro de confiança (seja ele um árbitro, um juiz ou mero registrador dos dados referentes à transação celebrada). O potencial uso de *smart contracts* em vários setores econômicos desperta questionamentos sobre a adequação das normas do direito contratual tradicional para sua regulação. No presente trabalho, busca-se analisar dois pontos específicos sobre o tema, a saber: o momento de formação do negócio jurídico, segundo a disciplina trazida pelo Código Civil brasileiro, e as consequências de um contrato inteligente com objeto ilegal. O trabalho revisa amostra da literatura dedicada ao tema, tanto nacional quanto estrangeira, esta última sobretudo quando provinda de autores dos Estados Unidos da América e de Estados-membros da União Europeia. O texto também questiona a adequação dos novos negócios ao marco normativo brasileiro sobre negócios.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Contratos. *Smart Contracts*. *Blockchain*. Automatização de obrigações.

ABSTRACT: *Smart contracts* are a technical innovation that have spread quite quickly after the launch of *Bitcoin* in 2009 and especially after *Ethereum* in 2014. *Smart contracts* allegedly are meant to automatize the performance on a contract, thus reducing the risk of breach and avoiding the reliance of a middleman (be he an arbitrator, a state judge or a registrar of the information regarding the contract). The potential use of *smart contracts* in several industries has raised questions about their relationship with traditional contractual law. This text aims at examining two specific themes regarding the problem. First, when the *smart contract* should be regarded as formed according to Brazilian Civil Law. Second, the consequences of a *smart contract* that has drawn an illegal obligation. The article revises some of the legal literature available about the subject, both domestic and foreign, with special attention to works by authors from the United States and the European Union.

KEYWORDS: Private Law. Contracts. *Smart Contracts*. *Blockchain*. Automated execution of obligations.

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos inovações tecnológicas modificam profundamente como a sociedade se organiza, abalando paradigmas assentados na vida social. As mudanças por vezes põem à mostra a ineficácia (ou a ineficiência econômica) das normas jurídicas vigentes para disciplinar as novas relações sociais surgidas. Foi assim com a industrialização, com o transporte aéreo, com os avanços na biologia e na genética e, mais recentemente, com o que se pode chamar de digitalização das relações sociais observada, sobretudo, a partir da primeira década do século XXI.

Um dos aspectos da digitalização em curso diz respeito ao surgimento dos chamados *smart contracts* (ou “contratos inteligentes”, em uma tradução não muito feliz) nos últimos dez anos. Trata-se de inovação possibilitada pela adoção das tecnologias de registro descentralizado (*Distributed Ledger Technology* – DLT), sobretudo aquelas baseadas no conceito de *blockchain*, popularizado a partir do ano de 2009.

O potencial disruptivo dos *smart contracts* e da tecnologia DLT que lhes serve de esteio tem sido amplamente divulgado, assim como o são os desafios de sua regulação jurídica (OCDE, 2021). De maneira particular, tem-se discutido se os contratos inteligentes são, de fato, contratos em sentido legal, e, em caso positivo, se o direito contratual vigente seria adequado para sua regulação.

Em que pese a novidade no uso de contratos inteligentes, é possível identificar um interesse crescente pelo assunto na literatura jurídica brasileira. Os textos publicados no Brasil têm a tendência, contudo, de privilegiar a divulgação de informações sobre a tecnologia subjacente à prática negocial, nem sempre analisando sua relação com as normas vigentes no Direito privado nacional (Wanderley, 2020; Silva; Pinto, 2019; Rebouças, 2020).

No presente artigo, propõe-se examinar duas peculiaridades dos *smart contracts* em relação ao Direito contratual brasileiro. São elas: (i) o momento de sua formação e (ii) a consequência de eventual ilegalidade de seu objeto.

O texto inicia com uma introdução sobre a tecnologia de registro distribuído (DLT) e dos *smart contracts*. A relativa novidade do assunto exige esclarecimentos prévios que, nada obstante, serão reduzidos ao essencial. Ao leitor interessado em aprofundar o conhecimento sobre as questões técnicas, recomenda-se consulta às obras referenciadas ao longo deste texto. Em seguida, passa-se ao exame das normas veiculadas no Código Civil sobre a formação dos contratos e de sua eventual adequação e suficiência para disciplinar os ditos contratos inteligentes. A seção seguinte do texto analisa os desafios práticos postos por eventual ilegalidade do objeto dos *smart contracts*, sobretudo tendo em vista sua execução automatizada. Ao final, uma conclusão sumariza as questões discutidas no texto.

O trabalho se baseia na revisão da literatura especializada sobre o tema, tanto nacional quanto estrangeira. Para um levantamento primário sobre os trabalhos disponíveis no assunto no exterior, foi feita uma busca na biblioteca de revistas jurídicas (Law Journal Library) da base HEINONLINE com a expressão “*smart contracts*”, limitada ao período compreendido entre 2016 e 2022. O período relevante foi selecionado tendo em vista o lançamento, em 2014, da plataforma ETHEREUM, rede baseada em DLT que abriga a maior parte dos contratos inteligentes disponibilizados, e o ano anterior de composição do presente texto.

Os resultados preliminares foram então novamente reduzidos aos textos pertencentes às seções de artigos revisados por pares. Finalmente, foram selecionados os textos mais relevantes veiculados em publicações acadêmicas de maior reputação, admitida uma ampla arbitrariedade do autor na escolha.

Também se procedeu à pesquisa no sítio eletrônico da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade internacional que tem se dedicado a produzir análises sobre o assunto nos últimos anos, assim como no Banco Mundial. Nesses casos, foram utilizados os mecanismos de busca dos sítios eletrônicos das respectivas organizações por textos analíticos com a expressão *smart contracts*. O autor, então, selecionou aqueles que mais diretamente endereçaram propostas de regulação dos contratos inteligentes.

Finalmente, foi feita uma busca no portal Periódicos da CAPES por artigos revisados por pares publicados em português no mesmo período (2016-2022). Os resultados foram então filtrados de modo a privilegiar os textos que enfatizassem o caráter jurídico do uso da tecnologia, e não suas especificidades técnicas. Admite-se, mais uma vez, o uso de subjetividade do autor quanto à definição dos parâmetros de relevância para fins de seleção.

Ressalta-se que a relativa novidade da prática no Brasil limita o acesso a decisões de tribunais superiores que possam auxiliar o prognóstico sobre o posicionamento a ser fixado pela jurisprudência nacional.

1. TECNOLOGIA DE REGISTRO DISTRIBUÍDO E *SMART CONTRACTS*

O registro e a custódia de informações referentes a transações são rotineiramente delegados a um terceiro não interessado, escolhido pelas partes do negócio ou imposto por norma heterônoma. É o caso, no Brasil, por exemplo, do registro de transações sobre imóveis acima de certo valor (artigo 167, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973) e do registro de emissões públicas de valores mobiliários (artigo 19, da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976).

O terceiro atua como depositário e gestor de informações relevantes ao negócio concluído, a quem se deve recorrer seja em caso de discordância entre as partes seja para fins de prova do negócio celebrado para o público em geral. Nesses termos, o terceiro mantém e gerencia um registro centralizado das transações realizadas, e é o principal (ou mesmo único) conhecedor de toda a cadeia de negócios realizados sobre um mesmo bem ou direito ao longo do tempo.

Um sistema de registro com arquitetura centralizada simplifica o manuseio das informações, mas tem a desvantagem de torná-lo mais suscetível a alterações maliciosas ou a perdas acidentais (falhas na manutenção de sistemas de armazenamento, destruição física de documentos, erro na inclusão de dados etc.). De igual modo, a figura de um terceiro custodiante das informações exige a confiança das partes do negócio, ou sua imposição por norma jurídica heterônoma (usualmente *estatal*). Em ambas as situações, a escolha e atuação do terceiro implica a assunção de custos transacionais incidentes sobre o negócio realizado.

A tecnologia de registro distribuído, ou DLT, surgiu como proposta alternativa aos registros centralizados, inspirada em duas premissas complementares. A primeira é conferir maior segurança na manutenção de registro de transações sobre bens e direitos por meio da multiplicação de instâncias custodiantes. Entende-se que a manutenção simultânea e paralela de várias cópias idênticas de um mesmo registro entre membros de uma rede (chamados nós)² diminui a probabilidade de alterações maliciosas e de perda das informações registradas.

A segunda premissa é a de que a eliminação da figura do terceiro custodiante das informações (*middleman*) dispensaria a necessidade da *crença* das partes de um negócio em um dado agente. Com o uso da DLT, a confiança em determinada pessoa ou instituição (o terceiro) é substituída pela confiança em um sistema descentralizado e até certo ponto impessoal. A crença das partes migra, por assim dizer, da idoneidade subjetiva do terceiro para a coerência e previsibilidade objetiva de um sistema informatizado.

Em termos gerais, as redes que utilizam DLT podem ser classificadas segundo dois binômios: pública/privada e aberta/fechada (ou “não permissionada/permissionada”, por influência dos termos em inglês *permissioned/permissionless*).

Uma rede é pública se não há restrição ao seu acesso pelos nós, bastando que estes tenham condições de operar o protocolo comum escolhido. Será privada, por contraste, se houver limitação para que alguém se torne um nó da rede (Banco Mundial, 2017, p. 2).

2 Consideram-se “nós” todo componente individual ligado à rede que executa o mesmo protocolo de interação.

Por sua vez, diz-se que uma rede usando DLT será aberta (ou “não permissionada”) se todos os nós puderem atuar sobre as operações lançadas no registro (Drescher, 2022, p. 36; De Filippi; Wright, 2019, p. 31). Nesse caso, a gestão do registro é distribuída em um sentido forte, não havendo distinção funcional entre os nós pertencentes à rede.

As premissas da DLT são atingidas pelo uso de tecnologia capaz de assegurar a autenticidade das alterações no registro comum, bem como a identidade de todas as cópias espalhadas nos nós da rede. A mais difundida das tecnologias associadas à DLT é a chamada *blockchain*.³

O modo de alcance do consenso não é necessariamente o mesmo em todas as *blockchains*, mas geralmente utiliza algoritmos matemáticos para verificar a coerência de cada nova transação com os blocos anteriormente registrados. Os algoritmos são acessados pelos nós da rede que, verificando a coerência da transação analisada com toda a cadeia anterior, atestam sua autenticidade.

O bloco de informação é identificado por marcadores criptográficos gerados por funções determinísticas unilaterais, conhecidos como *hashes*. Cada bloco, por sua vez, menciona o hash do bloco imediatamente anterior. Como os *hashes* são gerados em função dos dados contidos no respectivo bloco, qualquer alteração nestes últimos modifica o *hash* do respectivo bloco, o que, por consequência, gera mudanças nos blocos subsequentes da cadeia (Berryhill; Bourgerly; Hanson, 2018, p. 16).

Uma vez validada e incluída a transação em um bloco, a tecnologia *blockchain* garante ainda uma atualização de todas as cópias do registro nos nós da rede, permitindo seu acesso por qualquer interessado.

Os dados armazenados por meio de DLT que utilize *blockchain* possuem alto grau de resiliência, de maneira a dificultar sua alteração retroativa. O uso de criptografia avançada e dos algoritmos de consenso faz com que a alteração de uma transação específica exija a modificação de todos os blocos subsequentes, também de forma consensual entre os nós da rede. Ainda que não seja tecnicamente impossível, a demanda de poder computacional para tal modificação a tornaria economicamente inviável para o interessado.

A DLT e a *blockchain* são soluções técnicas versáteis e, nesse sentido, podem ser utilizadas em qualquer rede de computadores segundo o desejo de seus integrantes. Para as análises conduzidas neste texto, serão consideradas apenas DLT públicas e não permissionadas.

Apresentados, de forma rápida, os conceitos técnicos de DLT e *blockchain*, passa-se, a seguir, a lançar ideias introdutórias sobre os chamados *smart contracts* ou contratos inteligentes.

3 A *blockchain* organiza um registro contínuo, permanente e, idealmente, inalterável de transações em blocos de informações digitais interligados. A tecnologia utiliza sistema de chaves criptográficas para garantir a autenticidade das informações registradas, assim como permite sua inclusão em blocos apenas após o consenso dos nós da rede quanto à sua regularidade, em processo chamado de validação.

O termo *smart contract*, tal como geralmente utilizado atualmente tem sido creditado a Nick Szabo, que escreveu uma série de textos sobre o tema na década de 1990 (Szabo, 1994 e 1997). Em um de seus textos, o autor conceituou o contrato inteligente como um “protocolo de transação computadorizado que executa as obrigações de um contrato” (Szabo, 1994).

Ainda que o conceito então proposto não distinguisse de modo claro entre os aspectos técnico e jurídico, é possível perceber que os *smart contracts* são programas de computador desenhados para automatizar algum aspecto da execução contratual. Seu objetivo seria reduzir os riscos de inadimplemento doloso ou acidental, bem como mitigar (ou, de forma ideal, dispensar) a necessidade de um terceiro de confiança (garante, árbitro ou juiz estatal).

Curiosamente, se observados de maneira mais detida, é possível perceber que os *smart contracts* não são necessariamente contratos inteligentes, fato, aliás, percebido mesmo por alguns de seus maiores entusiastas (Buterin, 2018). De fato, em sua concepção mais concreta, contratos inteligentes são meios para automatizar alguma atividade referente à execução das obrigações pactuadas. Veja-se, nesse sentido, que o próprio Szabo a eles se referiu, no texto citado, como “protocolo computadorizado para a execução de *obrigações de um contrato*”.

Nesse passo, o contrato inteligente não se confunde com o contrato em si, ao menos tal como esse é compreendido pela teoria geral do Direito na maioria dos países de cultura jurídica ocidental (i.e., romano-germânica e anglo-saxã).

De qualquer forma, ao tempo em que Szabo propôs suas ideias, os *smart contracts* eram mais um exercício teórico do que um fenômeno disseminado na sociedade. O fato de os exemplos dados pelo autor remeterem a soluções mecânicas como as máquinas de venda automatizada (*vending machines*) ou a tecnologias como a *Electronic Data Interchange* (EDI) (um protocolo de troca de informações padronizadas por meio eletrônico desenvolvido em meados dos anos 1960, vide De Filippi; Wright, 2019, p. 73) evidencia o caráter incipiente das discussões então propostas.

Nos anos 1990, contratos inteligentes eram uma visão de um futuro imaginado, não uma teoria sobre atos concretos observados na sociedade. Em termos práticos, apenas com a difusão de DLT e, especificamente, da tecnologia *blockchain*, a partir do lançamento da plataforma *Bitcoin* em 2008 e da plataforma Ethereum em 2014, é que o *smart contract* passa a ter maior aplicação e, portanto, relevância sociojurídica.⁴

Tal como mencionado acima, a adoção da *blockchain* permitiu a criação de registros compartilhados em rede de maneira pública, com redução dos

4 A homonímia entre a plataforma *Bitcoin* e o ativo gerado e negociado em seu interior (a *bitcoin*) por vezes gera alguma confusão. Assim, quando se referir ao ativo *bitcoin*, será utilizada a sigla BTC. O mesmo se dá entre a plataforma Ethereum e o ativo a ela nativo, o *ether*, esse último identificado daqui para frente no texto pela sigla ETH.

custos transacionais e alto grau de segurança contra alterações maliciosas. Essas características tornaram a tecnologia atraente para programadores interessados em desenvolver as propostas dos *smart contracts*, até então discutidas sobretudo teoricamente no meio acadêmico e na comunidade especializada.

Ao desenvolver programas com base na tecnologia *blockchain* em plataformas como a Ethereum, seria possível, em tese, automatizar a execução de obrigações complexas com alto grau de eficiência, reduzindo os custos transacionais associados à confiança nas partes contratantes. Dado que, em termos práticos, a *blockchain* torna inviável a alteração de informações inseridas nos blocos registrados na rede, os *smart contracts* desenvolvidos com seu auxílio eliminariam a possibilidade de comportamento oportunístico de uma das partes, assim como a necessidade de um terceiro para garantir a execução da obrigação automatizada.

A execução das obrigações constantes de um *smart contract* registrado em uma rede com base em *blockchain* seria, assim, fatal e inescapável, com óbvios impactos na redução dos custos transacionais (em específico, dos chamados custos de monitoramento e cumprimento, vide Dahlman, 1979, p. 148).

Foi precisamente a disseminação de plataformas baseadas na tecnologia *blockchain* que contribuiu para o incremento no uso de *smart contracts*, sendo que a Ethereum se tornou a mais popular tanto entre desenvolvedores quanto usuários (Schrepel, 2021, p. 17). A distinção entre desenvolvedor e usuário de contratos inteligentes não é, aliás, inócua ou excessiva.

Os contratos inteligentes são programas de computador destinados a automatizar alguma rotina, nomeadamente uma fase da execução de obrigações pactuadas pelas partes de um negócio. O desenvolvedor de um *smart contract* não precisa ser parte do negócio cuja execução é automatizada. Ele pode simplesmente criar o código necessário para a automatização de uma determinada atividade, disponibilizando-o (*deploying*) em uma conta em uma DLT baseada em *blockchain* para utilização por outros (Yaga *et alii*, 2018, p. 32).

Tomando-se por base a plataforma Ethereum, vê-se que existem dois tipos de contas (*accounts*). O primeiro tipo se chama *Externally Owned Account* (EOA), e, geralmente, é associado a um “titular” (pessoa natural ou jurídica). Cada EOA é controlada pelo uso de um par de chaves criptográficas, e pode ser utilizada para efetuar transações com outra EOA. As transações são basicamente transferências do criptoativo nativo da plataforma Ethereum, que se chama *Ether* (ETH). O segundo tipo de conta na Ethereum é destinado a *smart contracts*. A conta de um *smart contract* contém um código que é executado apenas quando ela recebe uma transação de outra conta (seja esta uma EOA ou de outro *smart contract*).

Assim, o contrato inteligente se aloja em uma conta própria, mas apenas executa as funções previstas em seu código mediante ativação (*call*) efetivada por uma transação recebida (Schrepel, 2021, p. 22). Ou seja: contratos inteligentes são autoexecutáveis apenas após “provocação” de um interessado.

O uso da plataforma Ethereum como paradigma no presente texto se dá pela popularidade entre os desenvolvedores e usuários de *smart contracts*, mas é preciso ressaltar a existência de várias outras plataformas baseadas em *blockchain* que podem servir para os mesmos fins. E, por certo, diferentes plataformas podem usar mecanismos distintos para viabilizar contratos inteligentes.

Como ressaltado anteriormente, os contratos inteligentes são uma realidade recente na prática negocial, razão pela qual ainda há múltiplas formas até mesmo de conceituá-los. De igual sorte, sua regulação jurídica ainda é incipiente na maioria dos países ocidentais.

Nesse sentido, faz-se necessário delimitar, ainda que de maneira arbitrária, o conceito de *smart contract* a ser utilizado no presente texto, sob pena de se efetuar análise sobre objeto fugidio. Assim, entende-se por *smart contract* ou contrato inteligente apenas os programas de computador disponibilizados em plataformas de registro distribuído (DLT) baseadas em *blockchain* que adotem arquitetura **pública e não permissionada**, com o objetivo de automatizar algum aspecto do adimplemento de uma obrigação contratual.

Estabelecidas, portanto, as premissas técnicas indispensáveis sobre o objeto de análise, pode-se, finalmente, passar a um olhar sobre como o Direito tem sido invocado para disciplinar o uso dessa nova tecnologia. É o que se pretende na seção a seguir.

2. O CONTRATO E SUA FORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O contrato é tradicionalmente entendido como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, transmitir ou extinguir direitos entre sujeitos de direito. As partes de um contrato estipulam entre si obrigações, possuindo, em geral, grande discricionariedade sobre seu objeto e meio de adimplemento.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a automatização do adimplemento de certas obrigações não é propriamente uma novidade. O débito direto em conta para adimplir obrigação de pagar quantia certa pode ser entendido, em termos amplos, como exemplo incorporado à rotina dos brasileiros há muitos anos.

O débito direto em conta é, contudo, uma medida com grau relativamente baixo de segurança para o credor, uma vez que pode ser

sustado pelo devedor a qualquer momento antes da efetivação do pagamento. Ademais, o débito depende da conduta de um terceiro, no caso, a instituição financeira com quem o devedor mantém relação fiduciária. E a instituição financeira pode eventualmente não cumprir de maneira satisfatória seu papel de intermediária entre credor e devedor no vencimento da obrigação.

O uso de *smart contracts* tais como aqui entendidos traz, ao menos idealmente, um nível maior de certeza para as partes, uma vez que não depende da figura de um intermediário (como a instituição financeira no exemplo do débito direto em conta), nem pode ter sua execução frustrada unilateralmente por qualquer dos contratantes.⁵

De fato, a forma mais básica de compreender um *smart contract* talvez seja a de um programa de computador desenhado para executar automaticamente determinadas condutas em face da ocorrência de condições estabelecidas em seu código. Como a maioria dos programas de computador, ele é escrito em linguagem condicional e determinística, no modelo “se X, então Y”. Uma vez adicionado a uma *blockchain*, o código não pode ser modificado unilateralmente e irá se autoexecutar tão logo as condições previstas sejam observadas. Essa aparente fatalidade torna, por sua vez, altamente improvável o inadimplemento da obrigação por comportamento oportunista de uma das partes.

Já foi dito que a automatização do adimplemento contratual não equivale ao contrato, e que, portanto, *smart contracts* não são *necessariamente* um contrato. No entanto, quando eles serão? Uma resposta óbvia e talvez frustrante seria: sempre que preencherem os requisitos básicos trazidos pela legislação para o reconhecimento do negócio jurídico como um contrato.

O contrato é um instituto jurídico compartilhado entre os países ocidentais. Inclui-se, assim, no âmbito da Teoria Geral do Direito, que busca identificar coincidências na forma de regulação social observáveis entre países (Machado Neto, 1966).

Assim, com algumas variações menores, o contrato é entendido como um negócio bilateral ou plurilateral destinado a criar, modificar, transmitir ou extinguir direitos entre os contratantes, que conta com a proteção do aparato estatal para sua execução. É o que se vê, por exemplo, na França (Tallon, 2011, p. 243), no Reino Unido (Reino Unido, 2021, p. 12), nos Estados Unidos (EUA, 1981), na Argentina (Código Civil y Comercial de la Nación, artigo 957), assim como no Brasil (Pereira, 2000, p. 2; Amaral, 2018, p. 430).

À essa altura, há de ser lembrado que o Código Civil brasileiro não exige forma específica para a manifestação da vontade em negócios jurídicos, ressalvados os casos expressamente mencionados em lei (artigo 107). Assim

5 Salvo, claro, se tal hipótese for prevista no código do *smart contract*.

sendo, o negócio pode se formar por qualquer meio, e, por conseguinte, ser descrito por *instrumento* livremente escolhido pelas partes (ou mesmo não ser reduzido a qualquer forma, no caso de contrato *oral*).

Ainda nesse sentido, é preciso ressaltar que o *instrumento contratual*, salvo casos especificados em lei, não é requisito para a validade do contrato, mas é apenas meio para a prova do negócio.

Com essa premissa em mente, admite-se que as partes decidam explicitar suas obrigações diretamente em código de programação em uma *blockchain*. Nessa hipótese, o instrumento contratual não será escrito em linguagem natural (como o português), mas em linguagem de programação compreensível por computadores. Trata-se de caso de contrato inteligente “puro”.

Hipótese distinta é observada quando os contratantes definem suas obrigações parte em código de programação (que, uma vez incluído na *blockchain*, torna-se autoexecutável) e parte em linguagem natural. Há aqui o que se chama na literatura especializada de “contratos inteligentes híbridos” (Reino Unido, 2021, p. 22).

Nesse sentido, as partes podem manifestar sua vontade de criar, transmitir ou extinguir direitos por meio de programas de computador, assim como podem prever em instrumento contratual redigido em português que todas ou algumas de suas obrigações serão executadas por meio de programas de computador.

Por certo, na prática é mais comum que as partes definam suas respectivas obrigações por meio de negociações, que são então redigidas em documento escrito em língua portuguesa. O instrumento contratual descreve o objeto do negócio, as obrigações das partes, o tempo e modo de seu adimplemento, bem como as regras referentes ao eventual inadimplemento e solução de controvérsias. Parte das obrigações é então transposta para código de programação e veiculada (*deployed*) em uma *blockchain* como forma de automatização do adimplemento futuro.

Na hipótese aventada, o verdadeiro contrato se constituiu quando do encontro de vontades sobre os elementos essenciais do negócio (objeto e preço no caso de compra e venda, por exemplo). A redação do instrumento contratual é apenas a *formalização* do negócio celebrado, que, como se disse, serve-lhe de prova. Ainda nesse sentido, a transposição de parte das disposições negociais para uma *blockchain* por meio de um *smart contract* é fenômeno posterior à formação do vínculo contratual.

Em resumo: a tradução para código de uma obrigação descrita em instrumento redigido em linguagem natural é irrelevante para apurar o momento de surgimento do negócio jurídico celebrado. Nesses casos, o *smart contract* não é contrato no sentido jurídico, mas apenas um meio automatizado de execução de algumas de suas cláusulas.

No outro extremo do espectro, tem-se a hipótese, ainda rara como mencionado, de as partes descreverem suas obrigações diretamente em código de programação. Cuida-se de caso permitido pela discricionariedade facultada pelo artigo 107 do Código Civil, desde que o acordo não verse sobre objetos para os quais a lei excepcionalmente exige forma específica.

Admitida a hipótese, levanta-se a questão do momento de conclusão do contrato inteligente puro.

Como visto, o Direito brasileiro caracteriza o contrato como encontro de vontades. Em regra, entende-se formado o consenso com a aceitação de uma oferta que contenha todos os requisitos essenciais do negócio pretendido (Pereira, 2000, p. 19).

O artigo 428, I, do Código Civil prevê que a aceitação da oferta entre presentes deve ser imediata, momento a partir do qual se entende formado o contrato.

Entendem-se presentes pessoas que conseguem manter uma comunicação sem interrupções entre si, ainda que não estejam fisicamente próximas (Rebouças, 2018, p. 157). Em tese, se o contrato inteligente for concluído e disponibilizado em uma *blockchain* após a assinatura digital conjunta de suas partes, deverá ser considerado como celebrado entre presentes, uma vez que sua redação em código foi concluída mediante comunicação direta e ininterrupta pelas partes.

Ocorre que, sob uma visão técnica, apenas uma pessoa disponibiliza o *smart contract* na plataforma (Schrepel, 2021, p. 32). Nesse sentido, pode-se entender que a disponibilização do contrato em *blockchain* por uma das partes como equivalente a uma oferta pública (artigo 429 do Código Civil).

Em complemento, a ativação de um *smart contract* (*calling*) pelo outro contratante equivaleria à aceitação, momento a partir do qual se teria como formado o consenso e, por conseguinte, aperfeiçoado o contrato.

Uma hipótese ligeiramente diversa pode ser concebida quando as partes não redigem o *smart contract* elas mesmas, mas apenas interagem com um programa já disponibilizado na rede por terceiro. Como visto no presente texto, contratos inteligentes funcionam como contas em uma *blockchain* e apenas desempenham suas funções pré-programadas após receberem uma transação de outra conta (seja ela uma conta de “usuário” – EOA ou de outro contrato inteligente).

Na hipótese levantada, vê-se que o desenvolvedor do contrato inteligente invocado não será necessariamente parte do negócio jurídico, mas apenas aqueles que tenham ativado (*called*) as funções do programa. Propõe-se entender, nesse caso, que as partes utilizam o código oferecido publicamente na rede para automatizar obrigações de seu próprio negócio, como que copiando um modelo disponibilizado por terceiro.

Uma analogia pode ser feita com aqueles que compram modelos impressos de instrumentos contratuais para preenchimento com seus dados. As partes do negócio utilizam palavras de outrem para definir as obrigações assumidas, aderindo a um esquema geral que lhes parece adequado às suas necessidades.

Se o consenso é observado quando as partes lançam sua assinatura no modelo de instrumento contratual preenchido com os dados relevantes, o mesmo pode ser dito quando da invocação de um *smart contract* disponibilizado por terceiro. A formação do vínculo se dará quando as partes invocarem o contrato inteligente por meio de transações a partir de suas contas na rede.⁶

Apresentada, portanto, a proposta para identificação do momento de formação do *smart contract*, cabe enfrentar a segunda questão proposta no presente trabalho, a saber: a execução automatizada de contratos com objeto ilícito.

3. A “FATALIDADE” DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES E A ILICITUDE DE SEU OBJETO

É próprio da lógica dos *smart contracts* desconfiar da interação humana nas relações negociais. Sua arquitetura conceitual se fundamenta na premissa de que seres humanos são propensos à obscuridade na formulação de sua vontade, a comportamentos oportunistas e, portanto, não devem ser confiados (Mik, 2017, p. 270). Desse modo, não surpreende que sua concepção dê pouca margem para alterações posteriores à celebração do negócio.

As transações registradas na *blockchain* se pretendem inalteráveis. Da mesma forma, a modificação do código de um *smart contract* não produz qualquer efeito sobre transações eventualmente operadas, mas apenas torna-o inativo a partir de então. Em verdade, ao menos na plataforma Ethereum, desde que previsto no código inicial do contrato, é possível inativá-lo por meio de comando específico, fazendo com que deixe de executar qualquer função se ativado (*called*). A alteração, contudo, não desfaz transações passadas.

A autoexecutoriedade dos contratos inteligentes pode, contudo, representar um desafio a ordens jurídicas estatais como a brasileira. De fato, o artigo 104, II, do Código Civil indica como requisito de validade de todo negócio jurídico a validade de seu objeto. Assim, ainda que um contrato com objeto ilegal possa *existir*, ele certamente não terá seus efeitos pretendidos reconhecidos pelo Estado brasileiro e, por conseguinte, não contará com o aparelho burocrático para garantir sua execução em caso de inadimplemento por uma das partes.

⁶ Contas que são, como já explicado, manejadas apenas por meio de assinaturas digitais criptografadas individuais, o que permite autenticar a manifestação da vontade de seu titular.

Sucedee que parte da atratividade dos *smart contracts* é precisamente a possibilidade de executar seus termos sem recurso a terceiros (árbitro ou juiz estatal), pois suas obrigações são adimplidas de maneira automática pela própria plataforma onde ele está hospedado. Não por acaso, há autores capazes de cogitar se os *smart contracts* um dia seriam capazes de servir a um mercado fora do alcance da regulação estatal (Wright; De Filippi, 2015, p. 02).

O entusiasmo é compreensível e, ao mesmo tempo, desconfortante. A validade dos negócios jurídicos pode ser compreendida como a coerência entre as normas individuais pactuadas pelas partes e os parâmetros traçados pelo Direito estatal em vigor (Amaral, 2018, p. 923). E, dado que apenas o Estado pode se utilizar legitimamente da força contra os indivíduos, todo acordo entre particulares deve ser compatível com as normas estatais vigentes, sob pena de não estar protegido contra o inadimplemento.

Como, a autoexecutoriedade dos contratos inteligentes torna, ao menos em tese, desnecessário o recurso aos órgãos estatais. Por conseguinte, abre-se a possibilidade de que as partes regulem sua relação por normas verdadeiramente privadas, paralelas e potencialmente contrárias ao Direito legislado (Becker, 2019, p. 91).

A essa altura, é preciso ressaltar que o processo de validação do código de *smart contracts* pelo mecanismo de consenso em uma *blockchain* nada diz sobre a “legalidade” do conteúdo do acordo. O que o processo de validação faz é apenas verificar, geralmente pelo consenso da maioria dos nós de uma rede, que a transação examinada é formalmente correta, i.e., coerente com a cadeia de transações anteriores já inseridas no registro até aquele determinado momento (Mik, 2017, p. 290).

A validação pelo mecanismo de consenso de uma *blockchain* nada diz sobre (i) a relação que serviu de causa para a transferência validada; (ii) as características das partes na relação causal (se capazes para dispor sobre os direitos em questão, por exemplo); nem (iii) se as condições previstas no contrato ocorreram *de fato* no mundo real (Mik, 2017, p. 290).

A existência de *smart contracts* com objetos que ofendam o critério de validade do artigo 104, II, do Código Civil lança um desafio não só aos juristas, mas à própria pretensão estatal de monopolizar o Direito em seu território. Um sistema potencialmente capaz de tornar dispensável o Estado para a efetivação e garantia de direitos ameaça o modelo de sociedade organizada construída a partir do século XVIII no Ocidente e desperta uma série de questões ainda sem resposta.

Por um lado, a experiência do século XX demonstrou que, apesar de um discurso sobre pluralismo jurídico (Teubner, 1992), o Estado tem feito valer seu peso como monopolizador da violência legítima em um determinado território. Afinal, como lembra autor influente sobre a matéria de *smart contracts*, em geral, aquele que tem “mais armas” ganha a disputa

para a imposição de suas normas. E, por enquanto, Estados ainda têm mais poder concreto que partes privadas (Raskin, 2017, p. 328).

Em uma primeira aproximação, seria possível antecipar que o Estado brasileiro não entenderia como válido qualquer contrato cujo objeto ofendesse norma jurídica nacional. A consequência óbvia seria negar qualquer efeito jurídico ao acordo, e, por conseguinte, proteção pelo Poder Judiciário.

Acontece que o reconhecimento de efeitos pelo Estado pode ser inócuo se as consequências do *smart contract* se operarem diretamente na *blockchain* por força de código de programação. Não reconhecer efeitos jurídicos a uma transferência de ativos criptográficos em uma plataforma *blockchain* por ter como causa um contrato ilegal não impede de ocorrer no mundo digital. Se as partes puderem contar com um sistema capaz de operar a transferência dos recursos no âmbito da plataforma independente (e mesmo contrariamente) a qualquer atuação estatal, a questão da legalidade se torna, no âmbito da transação considerada, inconsequente.

Infelizmente, ainda não há respostas satisfatórias para a questão posta. Por enquanto, apesar de grande potencialidade, *smart contracts* têm sido utilizados sobretudo para a movimentação de títulos representativos de ativos criptográficos (*tokens*) em uma plataforma *blockchain*, e por isso, o material sobre o qual os juristas podem trabalhar ainda é relativamente limitado.

Na prática, as discussões sobre a legalidade do objeto de contratos inteligentes têm se centrado em atitudes gerais a serem tomadas pelos Estados sobre o assunto. Nesse sentido, há aqueles que defendem uma atuação prévia, de modo que os Estados simplesmente proíbam o uso de *smart contracts* para determinados fins ou, alternativamente, regulem *ex ante* os requisitos para sua admissibilidade (Raskin, 2017, p. 325-326). De outra parte, há defesa para que sejam aplicadas aos contratos inteligentes basicamente as mesmas disposições referentes aos contratos tradicionais, relegando questões quanto à eventual ilegalidade à apreciação judicial (Raskin, 2017, p. 329; Schrepel, 2021, p. 46).

Em termos pragmáticos, as discussões não lograram ainda indicar soluções, mas apenas hipóteses de trabalho. Afinal de contas, proibir ou regular *smart contracts* (a abordagem *ex ante*) apenas se mostrará eficaz se os órgãos estatais forem capazes de monitorar de maneira minimamente eficaz as atividades de agentes privados na *blockchain*. Dado que a atuação na rede pode se dar por meio de pseudônimos e com pouca informação sobre a identidade “real” dos titulares das contas envolvidas nas transações, é legítimo questionar sobre a efetividade das medidas propostas.

Por outro lado, o uso do Poder Judiciário ou de órgãos estatais para atuação *ex post* também pode se mostrar pouco produtivo na prática. Primeiro, porque o modelo tradicional demanda a provocação dos órgãos estatais pelo

interessado (*ne procedat index ex officio*). Em se tratando de contratos com objeto ilegal, contudo, a provocação pela parte insatisfeita não há de ser esperada.

Diante de tantas dificuldades, a única atitude honesta é admitir a ausência de respostas seguras para as questões levantadas, deixando que o amadurecimento da tecnologia e a evolução das discussões forneçam bases mais sólidas para a análise jurídica da matéria.

CONCLUSÃO

A difusão do uso de *smart contracts* a partir da segunda década do século XXI trouxe uma série de indagações sobre a forma como os negócios entre particulares são regulados e, em especial, sobre o papel do Estado como garante de sua força vinculante.

O entusiasmo quanto às potencialidades da nova tecnologia não pode, contudo, levar o jurista a ignorar a realidade normativa objeto de seu ofício. Assim, o primeiro passo a ser dado na prática é distinguir quando um *smart contract* configurará um contrato no sentido jurídico e quando será apenas um instrumento técnico para a automatização das cláusulas de um verdadeiro contrato.

Reconhecido o contrato inteligente como verdadeiro negócio jurídico, abrem-se novos questionamentos sobre sua disciplina. O presente texto se propôs a examinar dois, a saber: o momento de sua formação e as consequências de eventual ilegalidade de seu objeto.

Quanto à formação do *smart contract* como negócio jurídico, propôs-se distinguir duas hipóteses. A primeira diz respeito a contratos inteligentes redigidos diretamente em código de programação, de forma simultânea entre as partes. Para esses casos, sugeriu-se aplicar a disciplina do Código Civil para a contratação entre presentes, determinando o tempo de formação do vínculo como o da aceitação da proposta pelo uso de tecnologia criptográfica por cada uma das partes.

A segunda hipótese quanto à formação do negócio se dá quando do uso de *smart contracts* disponibilizados por terceiros em plataformas de *blockchain*. Nesses casos, considera-se a disponibilização do contrato inteligente como oferta ao público nos moldes do artigo 429 do Código Civil. Por conseguinte, a aceitação do oblato é feita por meio da ativação (*call*) do contrato pela parte interessada com transação enviada a partir de sua conta na plataforma.

No que toca à questão de eventual ilegalidade do objeto de contrato inteligente, foi reconhecido que, no momento, não há respostas conclusivas. Indicou-se que a resposta dogmática é o reconhecimento da invalidade do negócio jurídico celebrado e, portanto, a impossibilidade do uso do aparelho estatal para fazer cumprir suas disposições.

A autoexecutoriedade dos *smart contracts* pode levar à dispensa do recurso ao Estado, confiando-se o adimplemento das obrigações pactuadas aos mecanismos tecnológicos da plataforma utilizada. Nesse sentido, a dispensa do aparelho repressor estatal poderia levar igualmente à fuga do Direito legislado, facultando às partes um poder normativo com amplitude inaudita na atual fase de desenvolvimento da sociedade ocidental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Franciso. *Direito Civil*: Introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AMARAL, Miguel. *Blockchain and smart contracts: regulatory challenges and regulatory approaches*. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Korea Institute of Development – KDI (org.). *Case Studies on the Regulatory Challenges Raised by Innovation and the Regulatory Responses*. Paris: OECD; KDI, 2021.

BANCO MUNDIAL. *Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain*. FinTech Note n. 1. Washington: 2017.

BECKER, Katrin. *Lex Cryptographica, Smart Contracts et Gouvernements Personnalisés. Les implications juridico-culturelles de la technologie blockchain*. *Grief*, Paris, p. 87-96, 2019.

BERRYHILL, J.; BOURGERY, T.; HANSON, A. *Blockchains Unchained: Blockchain Technology and its Use in the Public Sector*. Paris: OECD, 2018.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1976. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385compilada.htm. Acesso em 16 jan. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2022. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BUTERIN, Vitalik. *Replying to @CleanApp @cryptoecongames and 4 others*. Twitter, Oct. 13, 2018. Disponível em: <https://twitter.com/VitalikButerin/>

status/1051160932699770882 [<https://perma.cc/YYM3-KH6>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CHAMBER OF DIGITAL COMMERCE. *Smart Contracts Legal Primer*. The Digital Chamber, 2018. Disponível em <https://digitalchamber.org/smart-contracts-paper-press/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 22, n. 1, p. 141-162, abr. 1979.

DRESCHER, Daniel. *Blockchain básico*. Segunda Reimpressão. São Paulo: Novatec, 2022.

MACHADO NETO, A. L. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

MIK, Eliza. *Smart Contracts*: terminology, technical limitations and real world complexity. *Law, Innovation and Technology*, v. 9, n. 2, 269-300, out. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OECD. *Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets*. Paris: OECD Blockchain Policy Series, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. III.

RASKIN, Max. The law and legality of *smart contracts*. *Georgetown Law Technology Review*, Georgetown, v. 305, n. 1, p. 305-341, 2017.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos Eletrônicos. Formação e Validade*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Smart Contracts e a teoria dos contratos*. In: COSTA, Isac Silveira da; PRADO, Viviane Muller; GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *Cryptolaw: Inovação, Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Almedina, 2020. P. 177-191.

REINO UNIDO. *Smart Legal Contracts*. Advice to Government. Londres: Law Commission, 2021.

SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitelbach. Contratos Inteligentes (*Smart Contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, out./dez. 2019.

SCHREPEL, Thibault. *Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a 'Law + Technology' Approach*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021.

SZABO, Nick. *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*. 1997. Disponível em: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/formalize.html>. Acesso em: 16 jan. 2023.

SZABO, Nick. *Smart Contracts*. [S.l.]: [s.n.], 1994. Disponível em: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acesso em: 16 jan. 2023.

TALLON, Denis. Direito contratual. In.: BERMAN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEUBNER, Günther. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, v. 13, n. 5, p. 1443-1461, mar. 1992.

WANDERLEY, Gabriela de Sá Ramires. *Smart Contracts: uma nova era do direito obrigacional?* *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 7, abr./jun. 2020.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized *Blockchain* Technology and the Rise of Lex Cryptographia. *Social Science Research Network*, v. 34, p. 41-52, 2015.

YAGA, Dylan; MELL, Peter; ROBY, Nik; SCARFONE, Karen. *Blockchain Technology Overview*. Washington: National Institute of Standards and Technology, 2018.

BOAS PRÁTICAS NA GESTÃO DE EQUIPES JUDICIAIS DESTERRITORIALIZADAS NA AGU

GOOD PRACTICES IN THE MANAGEMENT OF DETERRITORIALIZED JUDICIAL TEAMS AT AGU

*Vinicius Loureiro da Mota Silveira¹
Caio Castelliano de Vasconcelos²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Levantamento junto às equipes desterritorializadas no âmbito judicial (PGU/PGF). 2. Boas práticas de gestão em equipes judiciais desterritorializadas. 2.1 Gestão de Pessoas. 2.2 Gestão da Informação. 2.3 Gestão da Comunicação. 2.4 Gestão do

-
- 1 MBA em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Uniderp e em Advocacia Pública pela Escola Superior da AGU (ESAGU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador Federal.
 - 2 Doutor e mestre em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Foi Visiting Scholar na Universidade de Colúmbia, em Nova York (EUA). Professor do Programa de Pós-Graduação Profissional em Administração Pública da Universidade de Brasília (PGAP/UnB). Professor do Mestrado em Administração Pública na Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE/FGV). Professor da Pós-Graduação em Advocacia Pública na Escola Superior da AGU (ESAGU). Advogado da União.

Conhecimento. 2.5 Gestão do Desempenho. 2.6 Gestão Jurídica. 2.7 Gestão do Tempo. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Administração Pública enfrenta o desafio permanente de melhorar o seu desempenho. Na Advocacia-Geral da União (AGU), o cenário parece ser especialmente desafiador. Entre 2019 e 2022, o volume de manifestações na área judicial cresceu 50%, enquanto a quantidade de advogados e procuradores trabalhando nessa área diminuiu 5%. Diante desse cenário, uma das principais iniciativas adotadas pela AGU é a desterritorialização do trabalho. No modelo tradicional, os membros atuam em processos de diversas matérias, oriundos de um mesmo território. No modelo desterritorializado, o membro passa a atuar em equipes virtuais especializadas em uma determinada matéria, que recebem processos de diversas unidades físicas. Apesar de a AGU ter instituído mais de 100 equipes desterritorializadas, observa-se uma ausência de materiais que apoiem a gestão dessas equipes, que possuem peculiaridades e necessidades específicas em comparação com equipes tradicionais. Este trabalho se propõe a ajudar a preencher essa lacuna. Formulários eletrônicos foram respondidos por 52 gestores de equipes judiciais desterritorializadas. A análise de conteúdo das respostas identificou 52 práticas, sendo comentadas as 19 práticas consideradas mais relevantes. As práticas estão divididas nas áreas de gestão de pessoas, da informação, da comunicação, do conhecimento, do desempenho, do tempo e de gestão jurídica. Espera-se que as práticas apresentadas e discutidas possam servir de referência para a preparação de gestores de equipes desterritorializadas, inclusive fora do âmbito da AGU.

PALAVRAS-CHAVE: Boas práticas. Desterritorialização. Atuação judicial. Desempenho. AGU.

ABSTRACT: Public Administration faces the permanent challenge of improving its performance. At the Attorney General's Office (AGU), the scenario seems to be especially challenging. Between 2019 and 2022, the volume of legal actions grew by 50%, while the number of lawyers and prosecutors working in this area decreased by 5%. Given this scenario, one of the main initiatives adopted by the AGU is the deterritorialization of work. In the traditional model, the members act in cases with different subjects, coming from the same territory. In the deterritorialized model, the member starts to work in virtual teams specialized in a certain matter, which receives cases from several physical units. Although the AGU has established more than 100 deterritorialized teams, there is a lack of materials to support the management of these teams, which have peculiarities and specific needs compared to traditional teams. This work aims to help fill

this gap. Electronic forms were answered by 52 managers of deterritorialized judicial teams. The content analysis of the answers identified 52 practices, with comments on the 19 practices considered most relevant. The practices are divided into the areas of people management, information, communication, knowledge, performance, time and legal management. It is expected that the practices presented and discussed can serve as a reference for the preparation of managers of deterritorialized teams, even outside the scope of the AGU.

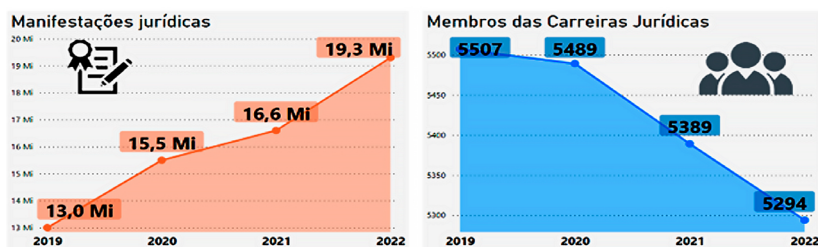
KEYWORDS: Good practice. Deterritorialization. Legal action. Performance. AGU.

INTRODUÇÃO

Uma preocupação central da administração pública é melhorar o desempenho de suas organizações (Brewer; Selden, 2000). No Brasil, a eficiência da administração pública é uma preocupação tão elevada que se transformou em princípio constitucional (art. 37 da CF/88). O princípio da eficiência norteia o funcionamento de todas as organizações públicas brasileiras, inclusive da Advocacia-Geral da União (AGU), instituição que representa a União perante o Poder Judiciário, dentre outras funções.

Segundo dados da AGU (2023), extraídos dos Relatórios de Gestão publicados anualmente (que não incluem informações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nem da Procuradoria-Geral do Banco Central), o volume de trabalho tem crescido consideravelmente. A quantidade de manifestações jurídicas subiu de 13 milhões em 2019 para mais de 19 milhões em 2022, ou seja, um salto de quase 50% em quatro anos. No mesmo período, o número de advogados e procuradores diminuiu cerca de 5%, caindo de 5.507 em 2019 para 5.294 em 2022. Nesse cenário, pergunta-se: como a instituição pode melhorar seu desempenho diante de um aumento tão intenso do volume de manifestações e da diminuição de sua força de trabalho?

Figura 1 – Quantidade de manifestações e de membros entre 2019 e 2022



Fonte: Relatórios de gestão da AGU, relativos aos anos de 2019 a 2022 (Brasil, 2020).

Uma das principais iniciativas adotadas pela AGU para enfrentar esse desafio é a desterritorialização, prática em que o trabalho recebido pelo membro deixa de estar vinculado ao trabalho gerado pela sua unidade de lotação. Nesse modelo, o membro passa a atuar em uma equipe virtual, em matéria especializada e com processos oriundos de diversas unidades físicas. Por exemplo: um membro que atuava em uma unidade na Paraíba, em todas as matérias (modelo tradicional), passa a atuar em uma equipe especializada em servidores públicos que atende vários estados da 5ª Região Federal (novo modelo).

Como vantagens do modelo de desterritorialização, podem ser citadas (1) o aumento da qualidade e da produtividade decorrente da especialização, já que o membro passa a atuar em matérias específicas; (2) o melhor aproveitamento do pessoal, decorrente da equalização da carga de trabalho, na medida em que a atuação em cada Estado (com a variação de maior ou menor demanda processual em cada um) é substituída por uma atuação em equipe de âmbito regional (ou nacional), com distribuição entre os membros; e (3) a uniformização da atuação, com elaboração de modelos padronizados e definição de estratégias processuais para toda a região (Valério, 2023; Rocha, 2023).

A implementação da desterritorialização na AGU foi feita tanto na atuação consultiva quanto na atuação contenciosa. A Consultoria-Geral da União (CGU) instituiu 6 equipes desterritorializadas em 2020 (Brasil, 2020). A Procuradoria-Geral da União (PGU) instituiu as equipes desterritorializadas em 2021 (Brasil, 2021) e conta com ao menos 56 equipes desterritorializadas.

Na Procuradoria-Geral Federal (PGF), ao menos desde 2015 foram instituídas, como projeto-piloto, equipes de trabalho remoto, não delimitado por competência territorial, para atuações em processos de benefícios por incapacidade. Em 2016 (Brasil, 2016), houve a instituição, pela PGF, da equipe nacional de cobrança. Atualmente, a PGF conta com pelo menos 44 equipes desterritorializadas. Essas equipes foram instituídas por diversos atos concretos baseados em um ato geral do Procurador-Geral Federal (Brasil, 2015).

Sendo assim, pode-se afirmar que a AGU já conta com mais de 100 equipes desterritorializadas, em um processo que foi iniciado desde 2015. No entanto, apesar da ampla implantação de equipes desterritorializadas na AGU, não foi identificado um instrumento ou mecanismo de preparação prévia de membros para a assunção de cargos de gestão em equipes desterritorializadas, que apresentam peculiaridades em relação à gestão de equipes tradicionais. Embora o coordenador da equipe seja o responsável por mobilizar pessoas e recursos com o intuito de atingir metas institucionais e detenha, em regra, conhecimentos e experiências profissionais que o habilitem a ocupar tal posto, não há instruções específicas informando como gerir equipes desterritorializadas.

Este trabalho se propõe a ajudar a preencher essa lacuna, na medida em que elenca um conjunto de boas práticas de gestão em equipes desterritorializadas. O foco da pesquisa é o trabalho de equipes desterritorializadas no âmbito do contencioso judicial da AGU, ou seja, equipes que possuem interação direta com o Poder Judiciário, tanto no polo ativo quanto no polo passivo do processo. Como a desterritorialização do trabalho, possibilitada em grande medida pelas novas tecnologias, parece ser uma tendência em outras organizações públicas e privadas, este trabalho também pode ter uma utilidade importante para além da organização pesquisada.

1. LEVANTAMENTO JUNTO ÀS EQUIPES DESTERRITORIALIZADAS NO ÂMBITO JUDICIAL (PGU/PGF)

Dado o foco do trabalho em equipes desterritorializadas no âmbito judicial, a pesquisa coletou dados junto aos órgãos que representam judicialmente a administração federal direta (PGU) e indireta (PGF), ou seja, os órgãos responsáveis pela representação judicial da União, autarquias e fundações públicas federais perante o Poder Judiciário.

A partir da leitura da literatura sobre o tema, foram elaboradas perguntas sobre sete áreas de gestão: pessoas, informação, comunicação, conhecimento, desempenho, jurídica e tempo.

Sobre a gestão de pessoas, entendeu-se que seriam as práticas que geram o engajamento e o sentimento de pertencimento entre os membros da equipe, como a prática de feedbacks, realização de reuniões, escuta ativa, delegação de tarefas, dentre outras práticas correlatas tratadas por diversos autores (Rosenberg, 2021; Squeff, 2021), bem como pela Harvard Business Review, no livro *A arte de dar feedback* (2019).

Por gestão da informação, entende-se que esta seja a identificação, o acesso, a consolidação e a análise crítica de informações institucionais para tomadas de decisões e definição de estratégias, conforme se extrai de texto produzido pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP, 2021b) e por Watanabe (2013).

Em gestão da comunicação, a publicização institucional dos resultados da atuação da equipe foi entendida como definição válida, a partir do que se apurou na literatura sobre o tema (Cezar, 2019; Santos et al., 2022; IBGC, 2017).

Quanto à gestão do conhecimento, foi caracterizada como a identificação, o armazenamento, o compartilhamento e a preservação da memória organizacional, possibilitando o conhecimento das informações já produzidas pela equipe, a exemplo de modelos e peças padronizadas de

atuação, normativos e atos internos de utilização frequente, dentre outras correlatas. Esses termos foram tratados por diversos autores, dentre eles, Elizabeth Matos Ribeiro e Oscar Chassagnes Izquierdo (2017).

Sobre gestão do desempenho, entende-se a adoção de práticas que objetivem potencializar a obtenção de resultados institucionais, ou seja, com foco nos resultados, a exemplo da uniformização da atuação da equipe, elaboração de relatórios de gestão, integração entre setores consultivos e contenciosos, dentre outras correlatas. Tal temática foi retratada, dentre outros, por Squeff (2023) e em publicações da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP, 2021a; 2021b).

Por gestão jurídica, foi entendida a realização de diagnóstico de cada tese de atuação da equipe, detalhando possíveis causas de judicialização e de decisões desfavoráveis, e identificando atuações preventivas e proativas que possam ser adotadas, a exemplo da identificação de precedentes qualificados, e o estudo das estratégias processuais que possam ser adotadas, como estratégia de enfrentamento da litigância de massa, dentre outras correlatas. Essa temática foi assim mencionada a partir da importância, para as equipes com atuação judicial, de identificação de precedentes qualificados, ainda mais no contexto no Código de Processo Civil, como consigna, dentre outros, o Ministro do STF Luiz Fux (Fux; Mendes; Fux, 2022).

E, ante o volume de trabalho ao qual os coordenadores de equipes estão submetidos e a dificuldade em priorizar as inúmeras atividades que devem ser realizadas periodicamente, foi identificada a necessidade de retratar a temática sob a denominação da gestão do tempo, entendida como o planejamento, a inclusão e a separação prévia das atividades privadas e profissionais que devem ser realizadas pelo gestor da equipe, em um período de tempo, como consta na literatura, em livro resultado de estudos realizados em Harvard, denominado igualmente como Gestão do tempo (2022).

As perguntas elaboradas estão descritas em questionário, transcrito ao final, em anexo a este trabalho. O questionário com as perguntas realizadas foi enviado para 100 coordenadores de equipes judiciais desterritorializadas, sendo 56 da PGU e 44 da PGF. Todos esses membros são coordenadores de equipes judiciais desterritorializadas, sejam regionais ou nacionais, com atuação em vários Estados da Federação. Os destinatários dos e-mails foram identificados por meio de pesquisas de informações na intranet de cada unidade. Ao final do prazo concedido (10/2/23), foram obtidas respostas de 52 coordenadores de equipes judiciais desterritorializadas, sendo 17 da PGU e 35 da PGF.

A seguir, foi analisado o conteúdo das respostas, verificando os itens que se repetiam, sistematizando-os por meio de um trabalho de agrupamento e análise dos fatores comuns citados pelos respondentes (Bardin, 1977). Os resultados da análise, apresentados na seção seguinte, seguem essa lógica.

2. BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO EM EQUIPES JUDICIAIS DESTERRITORIALIZADAS

A análise das respostas identificou a existência de 52 práticas realizadas pelos gestores, que foram agrupadas dentro de um macrotema dentre as sete áreas de gestão mencionadas anteriormente. Como o objetivo do trabalho é identificar e discutir boas práticas de gestão em equipes judiciais desterritorializadas, foram selecionadas 19 como as mais relevantes para serem aprofundadas, sendo devidamente destacadas em itálico nas tabelas a seguir.

2.1. Gestão de pessoas

Vejam as respostas ao item n. 4 do questionário (Como é feita a gestão de pessoas na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 1 – Práticas de gestão de pessoas em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|---|-----------------|
| 1. Reuniões periódicas por setor, gerais e/ou individuais | 47 |
| 2. Divulgação de orientações e informações por aplicativos de mensagens, Microsoft Teams e/ou e-mails | 26 |
| 3. Feedbacks gerais, setoriais e/ou individuais | 14 |
| 4. Delegação de tarefas | 12 |
| 5. Comunicação não violenta/escuta ativa | 8 |
| 6. Gestão participativa | 5 |
| 7. Destaques públicos de atuação, incluindo em reuniões com Judiciário e entidade representada | 4 |
| 8. Padronização/manuais/guias práticos/cartilhas | 4 |
| 9. Relatório mensal para equalização na distribuição de atividades | 3 |
| 10. Gestão de pessoas setORIZADA, pelos coordenadores de núcleos/compartilhamento de problemas com coordenadores de núcleo, para construção de soluções | 2 |
| 11. Incentivo à participação em projetos, com diminuição de carga | 1 |
| 12. Entrevistas com membros da equipe para extração do nível de satisfação | 1 |
| 13. Alocação de membros nos núcleos conforme habilidades e preferências | 1 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Quanto às respostas apresentadas, relacionadas à realização de reuniões periódicas por setor, gerais e/ou individuais, em equipes desterritorializadas, contando com membros com lotações em diferentes Estados, aliado ao fato da utilização de processos eletrônicos em larga escala, surge a dificuldade de encontro presencial, o que pode ocasionar certo grau de distanciamento nas relações interpessoais, causando empecilhos para a geração de um sentimento de pertencimento, tendo em vista a falta de contato e diálogo entre os membros. Para superar essa cultura de realização de trabalho individual, é fundamental a realização de reuniões periódicas e constantes (Squeff, 2021).

A realização de reuniões propicia a interação constante dos membros da equipe, para fins de discussão dos problemas verificados e uniformização de ações; definição de estratégias; debates sobre acertos, erros e soluções; compartilhamento de informações, dentre outras finalidades. Importante destacar que é dever do líder criar as condições para que, em reuniões, todos se sintam confortáveis para compartilhar ideias e fazer perguntas, possibilitando segurança psicológica.

Quanto aos tipos de reuniões que todo gestor deveria fazer: 1) entre líder e liderado (conhecido como “*one on one*”), com o objetivo de aprendizado e de troca; 2) periódica (conhecida como “*kick-off*”), com o objetivo de mostrar o que se espera da equipe em um determinado período; 3) de liderança, na qual o coordenador se reúne com os principais líderes da equipe, tendo como objetivos tomar decisões, facilitar processos e fluxos, e resolver problemas; 4) geral (conhecida como “*all hands*”), com todos os membros da equipe, tendo como objetivos informar a todos os principais pontos que estão acontecendo com a equipe, compartilhamento de resultados e objetivos, apresentação de novos membros etc.

Para a realização das reuniões, devem ser observadas as seguintes diretrizes: regulares; envio antecipado de convites e da pauta (para que todos saibam o que vai ser tratado, possibilitando que participem de forma preparada, contribuindo com os resultados esperados); curtas, com foco na pauta informada e com respeito aos horários de início e de fim; definição prévia de quem redigirá as partes mais importantes; o responsável deve pedir feedbacks; tem de haver abertura para os membros se manifestarem; documentação em ata, com envio para os participantes do que foi tratado (até como forma de produzir e facilitar o acesso à memória organizacional); devem ser finalizadas com direcionamentos e encaminhamentos, com monitoramento das tarefas a serem feitas, nos prazos combinados.

Por sua vez, quanto aos feedbacks gerais, setoriais e/ou individuais, registre-se que é uma ferramenta de comunicação, avaliação, orientação, correção e incentivo, na qual o líder oferece um retorno aos liderados sobre o trabalho realizado, fazendo com que saibam se estão atuando bem (positivo) ou não (negativo ou corretivo, devendo, nesse caso, ser individual). A partir dessa ferramenta, que deve ser realizada o mais próximo do fato que o justifica, o gestor orienta os membros na direção

dos objetivos institucionais. Feedbacks realizados de forma frequente aumentam o engajamento e a produtividade da equipe.

Já em relação ao item delegação de tarefas, consigne-se que o gestor deve favorecer a autonomia dos membros da equipe em determinados assuntos, para tomada de decisões. A delegação de tarefas é importante fator de dinamismo, possibilitando celeridade na tomada de decisões, que não ficam concentradas apenas na pessoa do coordenador (afastando a figura, não recomendada, de um líder centralizador). Para uma delegação de sucesso, é primordial: saber o coordenador em quem pode se apoiar; escolher membros certos para cada tarefa delegada; consolidar as tarefas executadas, para saber quais podem ser transferidas; monitorar tarefas delegadas; acompanhar pessoas que receberam as tarefas; acreditar no potencial dos membros; investir no aprendizado. A delegação, portanto, estimula a participação e a colaboração dos membros com a gestão da equipe.

Quanto ao item de resposta comunicação não violenta, é um processo no qual se estabelece uma conexão empática entre os interlocutores, compreendendo as habilidades de falar e ouvir, que levam os indivíduos a se entregarem com compaixão, possibilitando que se expressem de forma clara e respeitosa (Rosenberg, 2021). O exercício dessa comunicação permite ao interlocutor enxergar o mundo a partir da perspectiva da outra pessoa e entender possíveis razões para suas atitudes, afastando reações automáticas e imediatas. Para tanto, devem ser evitadas comparações, juízos de valor, julgamentos moralizantes ou negações de responsabilidades.

Para que ocorra, é preciso que os praticantes se concentrem em quatro componentes: 1) observação/ouvir: é necessário observar o que realmente está acontecendo, entendendo o contexto de determinada situação; 2) sentimento/indagação: depois, é preciso entender qual sentimento a situação desperta, por exemplo, mágoa, medo, felicidade, raiva, entre outros; 3) necessidade/compreender: a partir da compreensão de qual sentimento foi despertado, é preciso reconhecer quais necessidades estão ligadas a ele; 4) pedido/argumentar: por meio de uma solicitação específica, deixa-se claro o que se quer da outra pessoa, sendo recomendado usar uma linguagem positiva e afirmativa, para fazer o pedido (Rosenberg, 2021).

A escuta ativa, por sua vez, diz respeito a prestar atenção na fala do outro, demonstrando verdadeiro interesse pelo que está sendo dito, absorvendo as informações expressas pelo interlocutor. A escuta ativa requer mais que ouvir ou ficar em silêncio, pois exige atenção e interesse, sem interrupções, enquanto o outro se manifesta, permitindo a absorção, de fato, do que foi informado.

Em um diálogo, é comum que o ouvinte interrompa o interlocutor para dar respostas a cada argumento ou, mesmo não interrompendo, desvie a atenção para fatores externos ou pensamentos. Para a escuta ativa, é necessário:

concentrar-se em tudo o que foi dito, evitando distrações ou desvio de atenção; fazer perguntas e anotações sobre os pontos mais importantes (pedindo para a outra parte confirmar ou corrigir qualquer erro de interpretação); atentar-se à linguagem corporal; não interromper o interlocutor, sendo essencial que seja dado um feedback. A comunicação não violenta e a escuta ativa podem ser aplicadas em diversas situações, a exemplo de reuniões e feedbacks, gerando rapport e empatia entre os membros.

2.2. Gestão da informação

Vejamos as respostas ao item n. 5 do questionário (Como é feita a gestão da informação na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 2 – Práticas de gestão da informação em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|---|-----------------|
| 1. Consolidação, tratamento e análise de informações por meio de painéis de gestão/Power BI, tanto institucionais quanto da equipe | 20 |
| 2. Consolidação e repasse de informações por meio de e-mail, aplicativos de mensagens e/ou Microsoft Teams | 17 |
| 3. Relatórios gerados e dados obtidos no Sapiens | 15 |
| 4. Obtenção, disseminação de informações e definição de estratégias por meio de reuniões regulares com a equipe e/ou com órgãos superiores | 14 |
| 5. Consolidação, tratamento e análise de informações por meio de planilhas, Excel, SharePoint, pasta compartilhada | 10 |
| 6. Instituição de um núcleo de gestão das informações/designação de advogado público específico, com atribuição de atualização jurisprudencial, de modelos e alinhamento de atuação | 2 |
| 7. Realizada pelo gerenciamento de contencioso/equipe de triagem da equipe para obtenção de informações e definição de estratégias | 2 |
| 8. Utilização de robôs | 2 |
| 9. Análise de painéis de gestão de equipes com atuação semelhante para identificação de práticas exitosas | 1 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Resposta bastante frequente nesse tópico foi a necessidade de consolidação, tratamento e análise de informações por meio de painéis de gestão/Power BI, tanto institucionais quanto da equipe, ou mesmo consolidação, tratamento e análise de informações por meio de planilhas, Excel, SharePoint, pasta compartilhada.

Para a gestão de equipes, são essenciais tanto o acesso quanto a análise crítica de informações, possibilitando tomadas de decisões apoiadas em dados de atuação. De modo direto, identificação e resolução de problemas com base em informações consolidadas, especialmente em painéis institucionais, e não por intuição ou achismos. A resolução de problemas com base em dados é, portanto, a capacidade de idear soluções para problemas, com a utilização de dados e evidências que aumentem a precisão e viabilidade das soluções (ENAP, 2021).

Nesse vetor, compete ao gestor identificar os painéis institucionais existentes, proceder ao acesso constante para leitura crítica e interpretação das informações, debatendo com a equipe para a definição de estratégias. Para além dos painéis institucionais da PGU (2023), da PGF (2023), existentes nas respectivas páginas da intranet e que podem ser acessados pelos seus membros, e dos painéis do Poder Judiciário, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023), existe a possibilidade de consolidação de dados por planilhas ou pelo Power BI, registrando informações de atuação da equipe, para posterior análise crítica do acerto e/ou desacerto das medidas adotadas. Primordial, pois, o acesso e a análise de dados estruturados, para passar da cultura do esforço (com a preocupação voltada para o cumprimento dos prazos judiciais, resolução de emergências não antevistas e realização do trabalho mais urgente), para a cultura do resultado, orientada com a visão de médio e longo prazos (Watanabe, 2013).

2.3. Gestão da comunicação

Vejamos as respostas ao item n. 6 do questionário (Como é feita a gestão da comunicação na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 3 – Práticas de gestão da comunicação em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|---|----------|
| 1. Divulgação para o público interno da equipe, por e-mails, Microsoft Teams, SharePoint, <i>mailing list</i> , aplicativo de mensagens e em reuniões | 29 |
| 2. Envio de notícias para divulgação pela assessoria de comunicação em âmbito regional/público interno (PRFs ou PRUs) | 12 |

| | |
|--|----|
| 3. Envio de notícias para divulgação pela assessoria de comunicação em âmbito nacional/público externo (AGU, PGF e PGU) | 10 |
| 4. Divulgação periódica de relatórios/informativos/boletins de atuação | 9 |
| 5. Pannel de ações relevantes na rede interna da equipe/painéis de monitoramento disponíveis em âmbito regional/nacional | 4 |

Fonte: elaborada pelos autores.

No presente tópico, foi mencionada com muita frequência a necessidade da divulgação para o público interno da equipe, por e-mails, Microsoft Teams, SharePoint, *mailing list*, aplicativo de mensagens e em reuniões, ou mesmo o envio de notícias para divulgação pela assessoria de comunicação em âmbito nacional/público externo (AGU, PGF e PGU).

A gestão da comunicação encontra-se encartada no planejamento estratégico da AGU para os anos de 2020-2023, prescrevendo a necessidade de desenvolver a comunicação proativa direcionada aos resultados institucionais. A comunicação, principalmente por meio da divulgação de notícias das atuações e dos resultados obtidos, está para além da prestação de contas dos trabalhos realizados, tendo como destinatários tanto o público interno (da própria AGU), quanto externo. Ressaltam-se os procedimentos que devem ser observados para divulgação de informações, e são aplicáveis aos órgãos públicos: o que, quem, e para quem divulgar; formas e canais de divulgação; monitoramento das divulgações; deveres e responsabilidades; cuidados com informações não públicas, dentre outros (IBGC, 2017).

A seguir, são indicadas três vantagens em tornar a comunicação como política institucional. A uma, deve ser incentivada para construir e promover a imagem pública tanto das organizações quanto dos serviços prestados, permitindo que os cidadãos avaliem a necessidade de tal serviço (Cezar, 2019). Em outros termos, serve para a formação e construção de uma imagem positiva sobre a equipe.

A dois, a publicação de notícias, destacando a atuação do membro, com a conseqüente valorização, propicia um sentimento de engajamento e de pertencimento, tendo em vista que o reconhecimento público reforça a contribuição individual para a organização (Santos; Saraiva; Demaría; Braga, 2022). A três, a publicação de atuações, com resultados alcançados, pode funcionar como meio de consolidação e redução de demandas, ao ser elaborada notícia de modo a atingir um público-alvo. Nesta quadra, a propagação de teses adotadas e vitórias obtidas perante o Judiciário, como forma de conhecimento por parte dos particulares, pode resultar conhecimento dos riscos associados às ações que possam ser ajuizadas.

2.4. Gestão do conhecimento

Vejam as respostas ao item n. 7 do questionário (Como é feita a gestão do conhecimento na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 4 – Práticas de gestão do conhecimento em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Respostas |
|--|-----------|
| 1. Utilização do Microsoft Teams, SharePoint, <i>mailing list</i> e/ou página da equipe na intranet | 37 |
| 2. Modelos, teses e orientações cadastrados no sapiens (será que essa não é uma boa prática que merece ser destacada e comentada?) | 26 |
| 3. Elaboração de manuais e cartilhas de atuação | 17 |
| 4. Consolidação de informações em NUP da equipe | 9 |
| 5. Elaboração de normativos internos | 6 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Percebe-se, nesse item, uma concentração de respostas, sejam relacionadas à utilização do Microsoft Teams, SharePoint, *mailing list* e/ou página da equipe na intranet, sejam à elaboração de manuais e cartilhas de atuação, ou mesmo quanto à elaboração de normativos internos.

Talvez ainda seja comum, em organizações públicas, que informações essenciais das equipes ficassem concentradas em membros com maior tempo de atuação, sem maiores registros, de modo que, com os afastamentos, temporários e/ou definitivos desses membros, percebia-se um problema a ser enfrentado. Por essa quadra, torna-se preocupação dos gestores a identificação, o armazenamento, o compartilhamento e a preservação da memória organizacional, possibilitando o conhecimento das informações já produzidas.

Nesse cenário, é essencial promover a consolidação e a sistematização dos processos de trabalho da equipe, estimulando a transformação dos conhecimentos individuais, ou mesmo tácitos, presentes nas organizações, em explícitos, de fácil acesso para todos os membros. A gestão do conhecimento prioriza a criação, a captação, a disseminação e a utilização do conhecimento presente na equipe para criação de novos, ou melhorar os já existentes, possibilitando o desenvolvimento da aprendizagem e do incremento do conhecimento organizacional (Ribeiro; Izquierdo, 2017).

Por essa quadra, assume relevo a edição de manuais e de normativos internos, possibilitando a organização interna da equipe, a definição de estratégias de atuação, a implantação de rotinas e fluxos de trabalho, dentre outras finalidades. O que se deseja é difundir e consolidar, para acesso por todos, o referido processo de conversão do conhecimento individual para um

organizacional, independentemente das pessoas que ocasionalmente estejam ocupando funções no grupo, especialmente em equipes com certo grau de rotatividade. Dentre tantas técnicas existentes para a gestão e retenção do conhecimento, menciona-se a identificação e montagem de redes de pessoas, divulgação de práticas relevantes, registro de lições aprendidas, utilização de brainstorming, e a realização de entrevistas de saída.

Tão importante quanto a consolidação do conhecimento da equipe é a utilização das ferramentas para o seu acesso, no local onde estejam, e quando necessitem, o que pode acontecer, por exemplo, com a utilização do Microsoft Teams.

2.5. Gestão do desempenho

Vejamos as respostas ao item n. 8 do questionário (Como é feita a gestão do desempenho na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 5 – Práticas de gestão do desempenho em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|--|-----------------|
| 1. Aferição do desempenho da equipe (a exemplo da taxa de sucesso, percentual de retenção, número de acordos etc.) por meio da análise de painéis de gestão | 16 |
| 2. Uniformização da atuação da equipe | 14 |
| 3. Relatórios periódicos de atividades e de tarefas (consolidação de informações de ações no ano em curso) | 12 |
| 4. Integração do contencioso com os setores consultivos das entidades representadas/integração com outras equipes para uniformizar a atuação | 12 |
| 5. Relatórios periódicos de gestão/planejamento das metas de desempenho a serem alcançadas | 5 |
| 6. Mapeamento de decisões judiciais, despachos com magistrados, sustentações orais, apresentação de memoriais, análise de pautas de julgamentos, visual law etc. | 3 |
| 7. Realização de reuniões com reflexões acerca de possíveis melhorias | 3 |
| 8. Atuação proativa em processos estratégicos ou prioritários | 1 |
| 9. Adoção de parcerias com o Poder Judiciário (a exemplo de fluxos padronizados e/ou participação em “rodas de conversas”) | 1 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Nesse tópico, percebe-se a importância da uniformização da atuação da equipe. Para que uma equipe possa alcançar êxito, deve ser adotada uma atuação coordenada, com teses e peças uniformes e de acordo com a estratégia definida. Nessa quadra, é necessária a constante inserção e atualização das peças, com as mais recentes jurisprudências e normativos.

Por sua vez, outra expressiva manifestação foi relacionada à necessidade de integração do contencioso com os setores consultivos das entidades representadas, ou mesmo a uma maior integração com outras equipes para uniformizar a atuação.

A integração da equipe contenciosa com os setores consultivos da instituição é imprescindível para um efetivo êxito, por meio da troca de informações que viabilizem a redução ou consolidação de demandas. Os setores contenciosos e consultivos devem se demandar mútua e periodicamente, para que possam trocar informações, analisando causas de judicialização. Podem ser compartilhados, na visão do consultivo e do contencioso, dados como: a) teses mais relevantes em termos quantitativos; b) processos mais relevantes, em termos de valores processuais ou de atuação estratégica; c) indicação de possíveis causas de judicialização, com discussão e apontamento de medidas para mitigação dessas causas; d) sugestões de medidas que possam ser adotadas em âmbito consultivo e contencioso, para redução e prevenção de demandas.

Para além dessa integração, deve ser destacada a integração com outras equipes com atuações similares, na PGF e na PGU. Comparar a equipe com outra, identificando práticas que possam ser aproveitadas e reproduzindo-as, é indispensável para a melhoria (DiMaggio; Powell, 1983). A propósito, referidas integrações já foram apontadas, em pesquisa realizada no âmbito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, como necessárias (Squeff, 2021).

Já em relação à elaboração de relatórios periódicos de gestão, e ao planejamento das metas de desempenho a serem alcançadas, pode-se registrar que a estratégia, a missão, as metas e os objetivos da AGU e da equipe devem ser claramente definidos, conhecidos e transmitidos para todos os membros. Uma equipe só poderá se tornar exitosa se o gestor transmitir, de forma clara, as metas que deverão ser perseguidas, funcionando como um norte para a gestão. Para além de os gestores saberem quais são as metas da AGU, e onde localizá-las, devem dar um passo adiante: estabelecer procedimentos de como atingi-las, por meio do planejamento, organização e execução de atividades. Referido aspecto assume tamanha relevância que a Portaria n. 52/2020, editada pelo Ministério da Economia, destaca no seu art. 1º, § 2º, que “a avaliação de desempenho individual de lideranças consiste no monitoramento sistemático e contínuo da atuação dos gestores, com foco no alcance dos objetivos estratégicos do órgão, ao longo de período determinado”.

Por essa quadra, para o exato conhecimento da estratégia, da missão, dos objetivos e das metas da AGU, alguns normativos e documentos oficiais

devem ser conhecidos e estudados, para que o gestor da equipe possa planejar e acompanhar os trabalhos, e os objetivos sejam atingidos, mensurados e avaliados:

a) Planejamento estratégico da AGU, com a definição de estratégias de atuação e de metas institucionais, estando todos os documentos a seguir listados no sítio da AGU (2023) na internet, na aba Governança: Planejamento Estratégico 2020/2023; Relatórios de gestão anuais; Objetivos indicadores e metas; Programas e projetos estratégicos;

b) Portarias aprovando os planos de ação, a exemplo da Portaria Normativa n. 11/PGF/AGU, de 2 de fevereiro de 2022, aprovando o Plano de Ação da PGF para o ano de 2022 (a partir da publicação desse plano, os órgãos de execução da PGF deverão elaborar seus respectivos documentos de ação).

Conhecendo os membros as metas institucionais, devem saber como atingi-las, com a definição dos objetivos da equipe. Exige-se, pois, do coordenador, a elaboração de relatórios de gestão, definindo os objetivos e as estratégias de atuação, desdobrados em planos de ação anuais. Para esses relatórios, devem-se informar as atividades realizadas no ano em curso, as diretrizes, ações e metas para o ano subsequente e a avaliação do cumprimento ou não das metas estabelecidas no ano anterior.

Para a elaboração desses relatórios, é imprescindível uma gestão participativa, estimulando o efetivo envolvimento dos membros em todas as etapas, da elaboração do planejamento até a execução e avaliação das medidas adotadas, como fundamental para o sucesso da equipe e o atingimento dos resultados pretendidos, além de sua submissão aos superiores hierárquicos, para avaliação dos trabalhos realizados, com apontamentos de sugestões e críticas. Para o estabelecimento dessas metas, sugere-se adotar a técnica conhecida como SMART, sigla que significa: Specific (Específico), Measurable (Mensurável), Achievable (Alcançável), Realistic (Realista) e Time based (Temporal).

2.6. Gestão jurídica

Vejamos as respostas ao item n. 9 do questionário (Como é feita a gestão jurídica na sua equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 6 – Práticas de gestão jurídica em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|--|----------|
| 1. Monitoramento e comunicação, por membros da equipe, quanto a teses novas, repetitivas, com relevância ou potencial multiplicador, para posterior definição de estratégias | 11 |

| | |
|---|---|
| 2. Diagnóstico de teses de atuação da equipe, com detalhamento de causas de judicialização e de decisões desfavoráveis | 8 |
| 3. Mapeamento de decisões judiciais e magistrados, despachos com magistrados, sustentações orais, apresentação de memoriais, análise de pautas de julgamentos, visual law etc | 7 |
| 4. Análise pormenorizada de painéis de gestão institucionais | 6 |
| 5. Acompanhamento da jurisprudência nas teses em que a equipe atua e atualização das manifestações com precedentes jurisprudenciais favoráveis e recentes | 3 |
| 6. Análise de dispensa de atuação, a depender da demanda submetida | 2 |
| 7. Identificação de precedentes qualificados | 1 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Nesse item questionado, chama a atenção os poucos respondentes que informaram preocupação em identificar precedentes qualificados e, identificados, informar quais estratégias são adotadas, a exemplo de ajuizamentos de ações rescisórias e de reclamações (que nem foram citadas), ou mesmo dispensas de atuação, para a realização de acordos (apenas duas respostas foram citadas).

Feita essa observação, destaca-se, do universo de respostas, a possibilidade da realização de diagnóstico de teses de atuação da equipe, com detalhamento de causas de judicialização e de decisões desfavoráveis.

Para além de uma postura reativa, cabe ao coordenador elaborar diagnósticos os mais completos possíveis das demandas judicializadas pelas quais a equipe atua, possibilitando que seja trilhado um caminho para melhor atuação judicial, por meio de definição de estratégias, de modo a se saber, por exemplo: quais as razões da judicialização; percentual de vitórias e de derrotas processuais, e quais as suas razões; o que fazer para prevenir novas ações e para obter decisões judiciais favoráveis; identificadas demandas com alto grau de decisões desfavoráveis, quais medidas podem ser adotadas, a exemplo de dispensa de atuação e proposições de acordos, dentre outros.

Para a realização de um diagnóstico completo e participativo, desde a identificação dos problemas até a criação de oportunidades, é importante destacar a técnica do brainstorming, concebida para produzir o máximo de ideias possíveis para a solução de um problema, adiando críticas e avaliações. Trata-se de uma “forma coletiva de geração de novas ideias por meio da contribuição e participação em grupo, onde a ideia proposta por um indivíduo é, continuamente, aperfeiçoada pela troca livre dentro do grupo” (Ribeiro; Izquierdo, 2017, p. 71).

Promovido o diagnóstico das demandas judiciais, é importante promover o aumento gradativo do acompanhamento prioritário de teses estratégicas, a exemplo: mapeamento da composição dos órgãos fracionários e do pleno dos Tribunais, e dos posicionamentos de cada magistrado; elaboração de painéis com os dados levantados; levantamento de acórdãos favoráveis à tese defendida, para replicação; definição de estratégias de atuação com base nos dados levantados; confecção de memoriais, e realização de despachos em gabinete; acompanhamento de pautas de julgamento, com definição de casos para sustentação oral.

Por sua vez, assume relevo também a análise de dispensa de atuação, a depender da demanda submetida, ou mesmo a identificação de precedentes qualificados.

É natural, como grande litigante que é, a Fazenda Pública ser ator principal nos sistemas de causas repetitivas. Não sem razão, temos entidades públicas que ocupam as primeiras posições em demandas de massa, conforme dados divulgados pelo CNJ (2023), no painel de grandes litigantes. Neste contexto, o Código de Processo Civil (CPC/2015) foi elaborado com uma grande preocupação em relação aos casos repetitivos, tendo sido criados instrumentos para fazer face a esta realidade.

Como afirmado pelo ministro Luiz Fux, do STF, ao se referir às características do sistema brasileiro de precedentes qualificados, “com a edição do Código de Processo Civil de 2015, pode-se dizer que há um sistema de pronunciamentos qualificados, definido legalmente e que, nestes termos, passam a ter um caráter vinculativo no sentido vertical e horizontal” (Fux; Mendes; Fux, 2022, p. 225).

Atenta a esta realidade, a AGU tem editado normativos, possibilitando aos seus membros dispensas de atuações, a partir da análise de precedentes qualificados, o que já tem causado impactos na diminuição do acervo processual dos Tribunais, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2023). Outras iniciativas podem ser mencionadas, a exemplo da criação, pelo CNJ (2023), do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, ou do projeto de análise estratégica do litígio e atuação contenciosa integrada (PRÓ-ESTRATÉGIA), o qual institucionalizou, no âmbito da PGF, procedimentos de análise de eficiência processual, de readequação, e integração da atuação contenciosa, e procedimentos de elaboração, propositura, atuação e demais atividades correlatas aos incidentes de formação e de aplicação de precedentes qualificados.

Essas preocupações podem ser reforçadas por decisões dos Tribunais Superiores que, recentemente, têm se manifestado acerca dos precedentes qualificados, dentre outros: no âmbito do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 949.297/CE (tema 881); no âmbito do STJ, no

juízo do Recurso Especial (REsp) n. 1.999.967/AP. Por esta quadra, é imprescindível a adoção de estratégias, por parte dos membros da AGU. Vejamos as possibilidades que podem surgir, constituindo etapa prévia a necessidade do levantamento, identificação e conhecimento dos precedentes qualificados dos Tribunais, nos termos do art. 927 do CPC/2015, conforme definição do CNJ (2022), no art. 2º, I, da Resolução n. 444 de 25/02/2022.

Identificados precedentes qualificados, favoráveis à AGU, o estudo quanto ao ingresso de medidas judiciais, a exemplo de rescisórias (para situações abrangendo decisões transitadas em julgado), ou de reclamações (para situações envolvendo decisões sem trânsito em julgado). Para os casos de rescisórias, o CPC/2015 fundamenta a atuação, conforme art. 966, V, c/c § 5º, e o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. No mesmo sentido, decisões dos Tribunais, a exemplo do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 611.503 (Tema 360), ou do STJ, no julgamento do EREsp 1505025 /AL ou da AR 6.015/SC. Para os casos de reclamações, o CPC/2015 também fundamenta a atuação, conforme art. 988, III e IV, c/c § 4º e § 5º, II.

Por sua vez, identificados precedentes qualificados, desfavoráveis à atuação da AGU, o estudo quanto à realização de acordos e de dispensas de atuação, conforme ampla normatização já realizada, por meio de Portarias editadas tanto pela AGU, quanto pela PGU e PGF. Em relação à PGU (2023), destacam-se ainda os Planos Nacionais de Negociação, com diretrizes de atuação para oferecimento de propostas de acordos em temas repetitivos previamente selecionados.

2.7. Gestão do tempo

Vejamos as respostas ao item n. 10 do questionário (Como é feita a gestão do tempo em sua atuação cotidiana na equipe contenciosa desterritorializada?).

Tabela 7 – Práticas de gestão do tempo em equipes judiciais desterritorializadas

| Práticas | Repostas |
|---|----------|
| 1. Controle periódico (diário, semanal ou mensal), em agenda/anotações/calendário, das atividades a serem cumpridas | 18 |
| 2. Fixação prévia de horários para trabalho e para atividades privadas | 14 |
| 3. Por meio da realização de tarefas no Sapiens | 4 |
| 4. Por meio da utilização da matriz de priorização de Eisenhower | 1 |

Fonte: elaborada pelos autores.

Nesse item, percebe-se a concentração de respostas seja no controle periódico (diário, semanal ou mensal), em agenda/anotações/calendário, das atividades a serem cumpridas, seja na fixação prévia de horários para trabalho e para atividades privadas.

Percebe-se a existência de três grupos equitativos: o primeiro, dos coordenadores que planejam previamente suas atividades a serem realizadas; o segundo, reativos, sem planejamento prévio, apenas com separação de horários de trabalho e de atividades privadas; por último, um grupo expressivo de coordenadores que declaradamente ou não realizam, ou possuem dificuldades, na gestão do tempo.

Feita essa constatação, com a visão no retrovisor, destaca-se que devem ser identificadas as tarefas ordinariamente realizadas e o tempo gasto em cada uma delas, para que se possa definir um padrão inicial de registro e reflexão. Passo seguinte, com a visão para o futuro, para a gestão do tempo, deve existir o controle periódico das atividades a serem realizadas, com descrição e anotação de tarefas laborativas, com metas de tempo a serem realizadas (preferencialmente período diário ou semanal).

Manter um registro das atividades a serem realizadas e de um período para executá-las, monitorando este planejamento, é essencial para a organização das responsabilidades, afastando uma atuação reativa, apenas à medida que os problemas aparecem, ou quando apenas é realizada a gestão do tempo por meio da realização de tarefas no sistema institucional (a exemplo do sistema Sapiens, utilizado pela AGU).

É importante que, no registro, estejam as várias tarefas a serem realizadas e o período na qual serão adimplidas, a exemplo dos macrotemas de gestão informados no presente artigo, atividades administrativas (como enviar e responder e-mails, fazer relatórios etc.), realização de tarefas nos sistemas institucionais, reuniões e até mesmo compromissos privados que possam impactar no tempo disponível no dia de trabalho. Registradas essas tarefas, e o período que se planeja executá-las, deve ser definida a ferramenta de monitoramento do tempo e das atividades.

CONCLUSÃO

Frente ao aumento da judicialização e da carga de trabalho dos membros da AGU, constata-se que, para as equipes judiciais desterritorializadas, a solução pode ocorrer com o aprimoramento da gestão, por meio da replicação de experiências exitosas desenvolvidas na coordenação dos mais diversos órgãos de atuação. Nesse cenário, da análise das respostas, foram observadas 52 práticas indicadas pelos coordenadores das equipes, tendo sido agrupadas

em sete áreas de gestão (pessoas, informação, comunicação, conhecimento, desempenho, jurídica e tempo).

De se notar que algumas práticas foram observadas como comuns e transversais em diferentes áreas de gestão, a exemplo: realização de reuniões periódicas; elaboração de relatórios de atuação e de atividades; uniformização de atuação (por meio da elaboração de manuais, normativos internos e de modelos de atuação); análise de dados e informações extraídos de painéis institucionais; monitoramento e mapeamento de decisões judiciais.

Com o aprimoramento da gestão de equipes judiciais desterritorializadas, por meio da internalização das boas práticas apontadas, pode-se antever não apenas a melhor atuação dos órgãos da advocacia pública em juízo, como também, e por consequência, a melhora da própria prestação jurisdicional pelos magistrados brasileiros, com resultados sendo alcançados por todos que litigam em juízo.

É de se apontar as limitações do presente estudo, já que, de um modo geral, percebe-se a ausência de preparação prévia de membros da AGU para a assunção de cargos de gestão em equipes desterritorializadas, o que resulta no não conhecimento de instrumentos de gestão de forma técnica e estruturada. Ou seja, como em geral há um desconhecimento de boas práticas de gestão, em suas diferentes áreas, conseqüentemente, há um prejuízo na apresentação das respostas ao questionário formulado, base do presente artigo. Por fim, com este trabalho, pode-se apontar um caminho para a estruturação, em diversas áreas de gestão, de boas práticas, que podem ser internalizadas e replicadas pelos gestores de equipes desterritorializadas.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria Normativa AGU nº 3, de 28 de janeiro de 2021. Regulamenta o teletrabalho para membros de carreiras jurídicas no âmbito da Advocacia-Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-3-de-28-de-janeiro-de-2021-301386674>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria Normativa PGU/AGU nº 6, de 18 de agosto de 2021. Promove a governança da Procuradoria-Geral da União mediante a coordenação, a especialização e a desterritorialização da representação judicial da União no âmbito de suas competências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-pgu/agu-n-6-de-18-de-agosto-de-2021-*341961394. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Relatório de Gestão*. Brasília: AGU, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca/transparencia-e-prestacao-de-contas/relatorio-de-gestao>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Planejamento estratégico 2020-2023*. Brasília: AGU, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2020-2023>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Governança*. [S.l.]: AGU, [s.d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/governanca>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria AGU nº 14, de 23 de janeiro de 2020. Cria as Consultorias Jurídicas da União Especializadas Virtuais (e-CJUs) para atuar no âmbito da competência das Consultorias Jurídicas da União nos Estados. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-14-de-23-de-janeiro-de-2020-239634933>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria PGU/AGU nº 6, de 18 de agosto de 2021. Promove a governança da Procuradoria-Geral da União mediante a coordenação, a especialização e a desterritorialização da representação judicial da União no âmbito de suas competências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-pgu/agu-n-6-de-18-de-agosto-de-2021-339155173>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 444, de 25 de fevereiro de 2022*. Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4415>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painéis CNJ*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Grandes litigantes*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://bnpr.cnj.jus.br/bnpr-web/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. *Portaria PGF nº 978, de 24 de dezembro de 2015*. Fixa as diretrizes para a criação de Equipes de Trabalho Remoto no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://legis.agu.gov.br/Atos/TextoAto/203872>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. *Portaria PGF nº 614, de 31 de agosto de 2016*. Institui a Equipe Nacional de Cobrança no âmbito da Procuradoria-Geral. Boletim de serviços da Advocacia-Geral da União nº 36, de 5 set. 2016. Brasília: PGF; AGU, 2016.

BRASIL. *Portaria normativa n. 11/PGF/AGU, de 2 de fevereiro de 2022*. Aprova o Plano de Ação da Procuradoria-Geral Federal para o ano de 2022. Boletim de serviços - Suplemento da Advocacia-Geral da União nº 5, de 3 fev. 2022. Brasília: PGF; AGU, 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. *Indicadores da PGF*. Brasília: PGF; AGU, 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da União. *Painéis de monitoramento*. Brasília: PGU, 2023. Disponível em: https://agudf.sharepoint.com/sites/pgu/SitePages/PaineisdeMonitoramentoPGU_PRUs.aspx. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da União. *Planos Nacionais de Negociação*. Brasília: PGU, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/acoeoprogramas/planos-nacionais-de-negociacao>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. *Portaria nº 52, de 11 de fevereiro de 2020*. Brasília, ME, 2020. Disponível em: <https://asmetro.org.br/portalsn/wp-content/uploads/2020/02/PORTARIA-N%C2%BA-52-DE-11-DE-FEVEREIRO-DE-2020-PORTARIA-N%C2%BA-52-DE-11-DE-FEVEREIRO-DE-2020-DOU-Imprensa-Nacional.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acordo com AGU evitou a chegada de 774 mil processos ao STJ; recursos da Fazenda Nacional caem à metade*. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/13012023-Acordo-com-AGU-evitou-a-chegada-de-774-mil-processos-ao-STJ--recursos-da-Fazenda-Nacional-caem-a-metade.aspx>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas: liderança e competências para o setor público*. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4283/1/7_Livro_Gest%C3%A3o%20de%20pessoas%20lideran%C3%A7a%20e%20compet%C3%Aancias%20para%20o%20setor%20p%C3%BAblico.pdf. Acesso em: 5 fev. 2023.

BREWER, Gene A.; SELDEN, Sally Coleman. Why Elephants Gallop: Assessing and Predicting Organizational Performance in Federal Agencies. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 10, n. 4, p. 685-712, out. 2000.

CEZAR, Layon Carlos. *Comunicação e marketing no setor público: diferentes abordagens para a realidade brasileira*. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4279/1/3_Livro_Comunica%C3%A7%C3%A3o%20e%20Marketing%20no%20Setor%20P%C3%BAblico%20diferentes%20abordagens%20para%20a%20realidade%20brasileira.pdf. Acesso em: 5 fev. 2023.

DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, abr. 1983.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Enap. *Competências essenciais de liderança para o setor público brasileiro*. Brasília: Enap, 2021a. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5715/4/2_Compet%C3%Aancias%20essenciais%20de%20lideran%C3%A7a%20para%20o%20setor%20p%C3%BAblico%20brasileiro_16.12.2021_compressed.pdf. Acesso em: 8 mar. 2023.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. *Competências transversais de um setor público de alto desempenho*. Brasília: Enap, 2021b. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5663/4/1_Compete%C3%Aancias%20transversais%20de%20um%20setor%20pu%C3%BAblico%20de%20alto%20desempenho_16.12.2021.pdf. Acesso em: 8 mar. 2023.

FUX, Luiz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FUX, Rodrigo. Sistema brasileiro de precedentes: principais características e desafios. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n 3, Setembro-Dezembro de 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/70539-248079-1-PB.pdf>. Acesso em 14 fev. 2023.

HARVARD BUSINESS REVIEW. *A arte de dar feedback*. Tradução: Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

Vinicius Loureiro da Mota Silveira
Caio Castelliano de Vasconcelos

HARVARD BUSINESS REVIEW. *Gestão do tempo*. Tradução: Marcelo Schild. 1. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. *Governança corporativa e boas práticas de comunicação*. São Paulo: IBGC, 2017. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21954/comunica%20a3o%20cad16.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

RIBEIRO, Elizabeth Matos; IZQUIERDO, Oscar Chassagnes. *Gestão do conhecimento e governança no setor público*. 1. ed. 1ª reimpressão. Salvador: UFBA, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30873/1/eBook%20Gest%20a3o%20do%20Conhecimento%20e%20Governanca%20no%20Setor%20Publico%20Especializacao%20em%20Gestao%20de%20Pessoas%20UFBA.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2023.

ROCHA, Vinicius Torquetti Domingos. *O Processo de Desterritorialização das Atividades de Representação Judicial a Cargo da Procuradoria-Geral da União como Ferramenta de Mitigação dos Problemas de Agência*. 110 p. Dissertação de Mestrado – Fundação Getúlio Vargas (EBAPE), Rio de Janeiro, 2023.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta: Técnicas para Aprimorar Relacionamentos Pessoais e Profissionais*. 5 ed. São Paulo: Ágora, 2021.

SANTOS, Vanessa Martins dos; SARAIVA, Guilherme Montandon; DEMARÍA, Suelen Schneider; BRAGA, Beatriz Maria. Os desafios da gestão de equipes virtuais globais: o caso de duas empresas multinacionais de tecnologia. *Revista Gestão e Planejamento*, Salvador, v. 23, p. 732-750, jan./dez. 2022.

SQUEFF, Lília Almeida. Um olhar etnometodológico sobre mudança organizacional na Procuradoria Geral do Distrito Federal: práticas de condução à cultura de gestão estratégica. *Revista do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)*, n. 55, jun. 2021. Acesso em: 20 fev. 2023.

VALÉRIO, Arthur Cerqueira. *Consultorias Jurídicas da União Especializadas Virtuais (e-CJUs): A Evolução do Modelo Consultivo da Advocacia-Geral da União e o Impacto na Produtividade dos Pareceres Jurídicos*. 76 p. Dissertação de Mestrado – Fundação Getúlio Vargas (EBAPE), Rio de Janeiro, 2023.

WATANABE, Eduardo. A gestão por resultados da Procuradoria-Geral da União. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XII, n. 38, p. 10-38, out./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/30/28>. Acesso em: 15 fev. 2023.

ANEXO – QUESTIONÁRIO “BOAS PRÁTICAS NA GESTÃO DE EQUIPES CONTENCIOSAS DESTERRITORIALIZADAS NA AGU”

* O público-alvo do questionário são gestores/coordenadores de equipes contenciosas desterritorializadas na Procuradoria-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal.

* Registre-se que o nome dos respondentes não será coletado, o que assegura seu anonimato.

* Os dados obtidos serão utilizados exclusivamente para fins acadêmicos, especificamente na elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso – TCC na 2ª Turma de Pós-graduação em Advocacia Pública da EAGU, tendo como tema “Boas Práticas na Gestão de Equipes Contenciosas Desterritorializadas na AGU”.

* Consigne-se que os exemplos entre parênteses, contidos nas perguntas (especialmente nos itens 4 a 10), são meramente ilustrativos, ficando o respondente livre para descrever as práticas de gestão adotadas em sua equipe, relacionadas ao aspecto da indagação, independentemente dos exemplos citados.

1. Você se encontra ou já se encontrou em equipe desterritorializada e contenciosa na AGU?

Sim.

Não.

2. Você se encontra ou já se encontrou exercendo função de gestão e/ou coordenação em equipe desterritorializada contenciosa na AGU?

Sim.

Não.

3. Você é membro da carreira de:

Advogado da União.

Procurador Federal.

4. Como é feita a gestão de pessoas na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão de pessoas as práticas que gerem o engajamento e o sentimento de pertencimento entre os membros da equipe, como a prática de feedbacks, realização de reuniões, escuta ativa, delegação de tarefas, dentre outras práticas correlatas)?

5. Como é feita a gestão da informação na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão da informação a identificação, o acesso, a consolidação e a análise crítica de informações institucionais para tomadas de decisões e definição de estratégias)?

6. Como é feita a gestão da comunicação na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão da comunicação a publicização institucional da atuação da equipe, como e se a equipe divulga institucionalmente resultados de atuação contenciosa)?

7. Como é feita a gestão do conhecimento na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão do conhecimento a identificação, o armazenamento, o compartilhamento e a preservação da memória organizacional, possibilitando o conhecimento das informações já produzidas pela equipe, a exemplo de modelos e peças padronizadas de atuação, normativos e atos internos de utilização frequente, dentre outras correlatas)?

8. Como é feita a gestão do desempenho na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão do desempenho a adoção de práticas que objetivem potencializar a obtenção de resultados institucionais – denominada curva da efetividade, a exemplo da uniformização da atuação da equipe, elaboração de relatórios de gestão, integração entre setores consultivos e contenciosos, dentre outras correlatas)?

9. Como é feita a gestão jurídica na sua equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão jurídica a realização de diagnóstico de cada tese de atuação da equipe, detalhando possíveis causas de judicialização e de decisões desfavoráveis, e identificando atuações preventivas e proativas que possam ser adotadas, a exemplo da identificação de precedentes qualificados como estratégia de enfrentamento da litigância de massa, dentre outras correlatas)?

10. Como é feita a gestão do tempo em sua atuação cotidiana na equipe contenciosa desterritorializada (entende-se como gestão do tempo o planejamento, a inclusão e a separação prévia das atividades privadas e profissionais que devem ser realizadas pelo gestor da equipe, em um período de tempo)?

