V. 16 N. 1
JAN-ABR 2020

ISSN 2317-6172

35

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 16 n. 1 JAN-ABR 2020

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 16, N. 1 [JAN-ABR 2020] - SÃO PAULO: FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL
EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.
VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL A PARTIR DE 2016
DISPONÍVEL EM: HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA **CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL**, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.

CC BY-NC

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR – BELA VISTA
CEP 01330-000 – SÃO PAULO – SP – BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR
DIREITOSP.FGV.BR

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 16 n. 1 JAN-ABR 2020

EDITORA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ALVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TEREZA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

REDAÇÃO

ASSISTENTES EDITORIAIS

LEILA GIOVANA IZIDORO, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA E ROBERTA OLIVATO CANHEO

TRADUÇÃO, PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

ARLETE SOUSA, CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS, ELISA MARTINS, ELIZABETH ANN MILLER, HUGO MACIEL DE CARVALHO, JOSÉ IGNACIO MENDES, LYVIA JUARA DIAS FELIX DA SILVA, MONALISA MARCONDES NEVES, PAULA BRITO ARAÚJO E TEREZA GOUVEIA

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

ULTRAVIOLETA DESIGN

BASES DE DADOS E INDEXADORES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REDIB - RED IBEROAMERICANA DE INNOVACIÓN Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

SUMÁRIO

EDITORIAL

REVISTA DIREITO GV EM NÚMEROS: BALANCO DE 2019 E PERSPECTIVAS PARA 2020
DIREITO GV LAW REVIEW IN NUMBERS: BALANCE SHEET OF 2019 AND PROSPECTS FOR 2020
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, LEILA GIOVANA IZIDORO E ROBERTA OLIVATO CANHEO **: e1938**

ARTIGOS

CONCEPÇÕES GENDERIZADAS NA ANÁLISE DE DEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (MPUS)
GENDERIZED CONCEPTIONS IN THE ANALISYS OF PROTECTIVE ORDERS
CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO E MARIA PAULA BENJAMIM BORGES **: e1939**

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SUPERMERCADOS: COMO ESSAS PLATAFORMAS DE DOIS LADOS PODEM TRAZER RISCOS AOS CONSUMIDORES?
ANTITRUST LAW AND SUPERMARKETS: HOW THESE TWO-SIDED PLATFORMS CAN CAUSE HARM TO CONSUMERS?
AMANDA ATHAYDE **: e1940**

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO, 30 ANOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL
30 YEARS OF CONSTITUTION, 30 YEARS OF CONSTITUTIONAL CHANGE
ANTONIO MOREIRA MAUÉS **: e1941**

O DIREITO CONSTITUCIONAL SOB O OLHAR DOS CACIQUES DA TERRA INDÍGENA MÃE MARIA (PARÁ), POVO INDÍGENA GAVIÃO
CONSTITUTIONAL RIGHT UNDER THE VIEW OF CACIQUES OF MÃE MARIA INDIGENOUS LAND (PARÁ), GAVIÃO INDIGENOUS PEOPLE
MESSIAS FURTADO DA SILVA E MILENE MORAES MOREIRA **: e1942**

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: DIREITOS? O QUE DIZEM OS PROCESSOS DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ENTRE OS ANOS 2014 E 2017 EM GOIÂNIA, GOIÁS
ADVERSARIAL SYSTEM AND FULL DEFENSE: RIGHTS? WHAT SAY THE INFRATIONAL ACTION CLEARANCE PROCESS BETWEEN 2014 AND 2017 IN GOIÂNIA, GOIÁS
LÉLIA MOREIRA BORGES, TELMA FERREIRA DO NASCIMENTO DURÃES, GUSTAVO DE FARIA LOPES E RICARDO BARBOSA DE LIMA **: e1943**

A FEMINIST ANALYSIS OF CHILD NEGLECT CASES FROM THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE
UMA ANÁLISE FEMINISTA DO ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL **: e1944**

DIREITO E TECNOLOGIA

THE FUTURE OF LAW FIRMS (AND LAWYERS) IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
O FUTURO DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA (E DOS ADVOGADOS) NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
ANTHONY E. DAVIS **: e1945**

DESIGNING ONLINE MEDIATION: DOES "JUST ADD TECH" UNDERMINE MEDIATION'S OWNMOST AIM?
DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO ON-LINE: "APENAS ADICIONAR TECNOLOGIA" ENFRAQUECE O PRINCIPAL OBJETIVO DA MEDIAÇÃO?
DAVID W. JOHNSON **: e1946**

A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA PÚBLICA: CASO PMSC MOBILE
TECHNOLOGY AT HAND FOR PUBLIC SECURITY – A CASE STUDY OF PMSC MOBILE
CAROLINA CUTRUPI FERREIRA, BEATRIZ ROSSI CORRALES, LARISSA COSTA COTE E MARIANA TOLEDO TEIXEIRA **: e1947**

OS INDICADORES SOBRE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: LIMITAÇÕES, DESAFIOS E O USO DA TECNOLOGIA
THE INDICATORS ON THE BRAZILIAN JUDICIARY: LIMITATIONS, CHALLENGES AND THE USE OF TECHNOLOGY
FABIANA LUCI DE OLIVEIRA E LUCIANA GROSS CUNHA **: e1948**

RESOLUÇÃO ELETRÔNICA DE CONFLITOS EM AGÊNCIAS REGULADORAS
ONLINE DISPUTE RESOLUTION IN REGULATORY AGENCIES
SÉRGIO GUERRA E NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS **: e1949**

ENTRAVES AO GOVERNO ABERTO NA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA
HINDRANCES TO OPEN GOVERNMENT IN BRAZILIAN FEDERAL JUSTICE
ISABELA CRISTINA SABO, LAHIS PASQUALI KURTZ, PAULA ADÃO REGINALDO, PALOMA MARIA SANTOS E AIRES JOSÉ ROVER **: e1950**

LEGAL TECH: ANALYTICS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS NOVAS PERSPECTIVAS PARA A PRÁTICA DA ADVOCACIA PRIVADA
LEGAL TECH: ANALYTICS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE NEW PERSPECTIVES FOR THE PRIVATE PRACTICE OF LAW
MARIANA DIONÍSIO DE ANDRADE, BEATRIZ DE CASTRO ROSA E EDUARDO RÉGIS GIRÃO DE CASTRO PINTO **: e1951**

ADOÇÃO DE TECNOLOGIAS NA PERSPECTIVA DE PROFISSIONAIS DE DIREITO
ADOPTION OF TECHNOLOGY IN THE LEGAL PROFESSIONALS' PERSPECTIVE
MARCIA CASSITAS HINO E MARIA ALEXANDRA CUNHA **: e1952**

UN HITO JURÍDICO SOBRE INTERNET DE LAS COSAS: LA LEY DE CALIFORNIA N° 327 DEL AÑO 2018 VIGENTE A PARTIR DEL 1 ENERO DEL 2020
A LEGAL MILESTONE ON THE INTERNET OF THINGS: THE CALIFORNIA'S LAW N° 357, 2018, WITH EFFECT FROM JANUARY 1ST 2020
ADRIANA MARGARITA PORCELLI **: e1953**

EDUCACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA: UN ENSAYO CRÍTICO
LEGAL EDUCATION AND TECHNOLOGICAL INNOVATION: A CRITICAL ESSAY
DANIEL BONILLA MALDONADO **: e1954**

RESENHAS

CRIPTOMOEDAS E LAVAGEM DE DINHEIRO
CRIPTOCURRENCIES AND MONEY LAUDERING
HELOISA ESTELITTA **: e1955**

TRADUÇÕES

POLICIAMENTO PREDITIVO: EM DEFESA DOS "VERDADEIROS POSITIVOS"
PREDICTIVE POLICING – IN DEFENSE OF 'TRUE POSITIVES'
SABINE GLESS (TRADUTORES: HELOISA ESTELLITA E MIGUEL LIMA CARNEIRO)

ERRATA **: e1956**

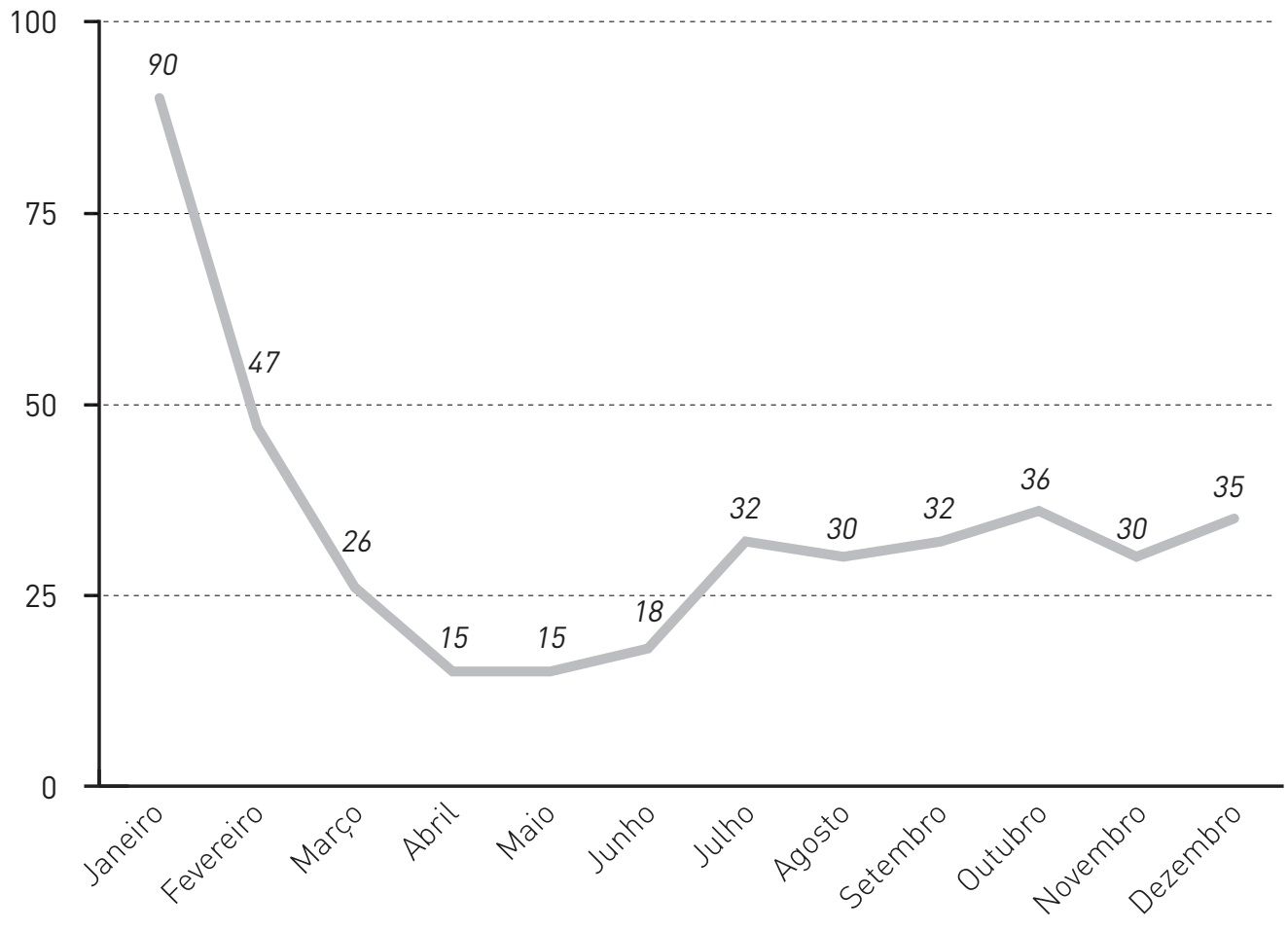
BY-NC

Revista Direito GV em números: balanço de 2019 e perspectivas para 2020

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201938

É com grande entusiasmo que apresentamos o primeiro número da *Revista Direito GV* de 2020 (v. 16, n. 1, jan./abr. 2020). Este número inaugural traz o dossiê especial "Direito e Tecnologia", idealizado pelos editores convidados Marina Feferbaum, Emerson Ribeiro Fabiani e Alexandre Pacheco. Tivemos um número recorde de 105 submissões para este dossiê, o que explica o pico de submissões recebidas em janeiro de 2019 (ver Gráfico 1, a seguir). Desse total, 7 artigos chegaram à fase final e serão publicados neste número: 6 artigos nacionais e 1 artigo estrangeiro. O dossiê também conta com 3 artigos convidados de pesquisadores estrangeiros, uma resenha e uma tradução.

GRÁFICO 1 – **Número de submissões por mês em 2019**

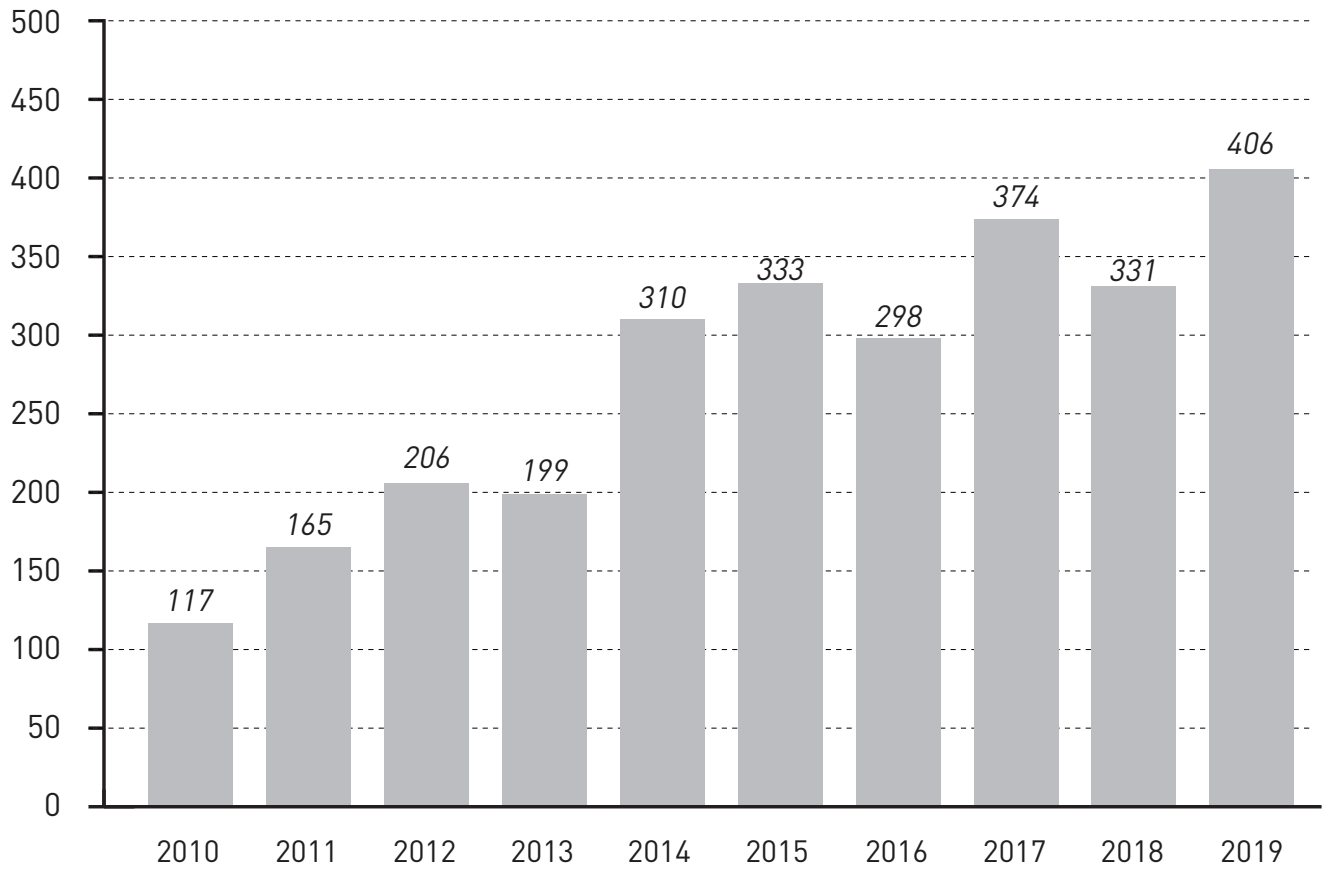


Fonte: ScholarOne Manuscripts. Elaboração própria.

Como fizemos nos últimos três anos (BARBIERI, 2017; BARBIERI, 2018; BARBIERI e IZIDORO, 2019), gostaríamos de aproveitar o primeiro editorial do ano para apresentar um balanço de 2019, bem como os objetivos para 2020.

Comecemos, então, pelo balanço da *Revista Direito GV* em 2019. Como se pode observar no Gráfico 2, a seguir, houve razoável aumento no número de submissões em 2019, se comparado ao ano de 2018. Considerando todos os anos registrados, tivemos o maior número de submissões em 2019.

GRÁFICO 2 – **NÚMERO DE SUBMISSÕES POR ANO, DE 2010 A 2019**



NÚMERO DE ARTIGOS RECEBIDOS POR ANO (APENAS ORIGINAIS)

Fonte: ScholarOne Manuscripts. Elaboração própria.

Destacamos na Tabela 1 as informações sobre a origem dos autores que submeteram artigos para a avaliação da *Revista Direito GV* em 2019. São Paulo se manteve como o estado com maior número de autores em 2019 – com uma porcentagem de 22,4% – seguido pelos estados do Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que, somados a São Paulo, representaram 61,65% do número total de artigos submetidos no período analisado.

TABELA 1 – **ORIGEM DOS AUTORES QUE SUBMETERAM ARTIGOS PARA A AVALIAÇÃO DA *REVISTA DIREITO GV*, POR ESTADO BRASILEIRO, EM 2019**

ESTADO BRASILEIRO	NÚMERO DE AUTORES	PERCENTUAL DE AUTORES
ACRE	1	0,18%
ALAGOAS	1	0,18%
AMAZONAS	5	0,92%
BAHIA	12	2,22%
CEARÁ	21	3,89%
DISTRITO FEDERAL	28	5,18%
ESPÍRITO SANTO	23	4,26%
GOIÁS	5	0,92%
MARANHÃO	9	1,67%
MATO GROSSO	1	0,18%
MATO GROSSO DO SUL	3	0,55%
MINAS GERAIS	49	9,07%
PARÁ	9	1,67%
PARAÍBA	7	1,30%
PARANÁ	53	9,81%
PERNAMBUCO	10	1,85%
PIAUÍ	4	0,74%
RIO DE JANEIRO	61	11,30%
RIO GRANDE DO NORTE	12	2,22%
RIO GRANDE DO SUL	49	9,07%
RONDÔNIA	2	0,37%
SANTA CATARINA	21	3,89%
SÃO PAULO	121	22,40%
SERGIPE	4	0,74%
TOCANTINS	2	0,37%
ESTRANGEIROS	22	4,07%
TOTAL	**540**	100,00%

Fonte: ScholarOne Manuscripts. Elaboração própria.

Quanto aos artigos estrangeiros, houve uma queda no número de submissões em 2019, se comparado ao número de submissões dos anos anteriores. Em 2018, as submissões estrangeiras corresponderam a 9,06% do total de artigos recebidos (BARBIERI e IZIDORO, 2019). Já em 2019, conforme se observa na Tabela 2, passaram a representar uma porcentagem de 4,07% do total.

A Tabela 2 detalha a origem dos artigos submetidos para a avaliação da *Revista Direito GV*, por país, em 2019. Com relação à variedade da origem dos artigos estrangeiros, o número em 2019 se manteve o mesmo de 2018, sendo contabilizados 10 países no total.

TABELA 2 – **NÚMERO DE ARTIGOS SUBMETIDOS PARA A AVALIAÇÃO DA *REVISTA DIREITO GV*, POR PAÍS, EM 2019**

PAÍS DO AUTOR QUE SUBMETEU ARTIGO PARA A AVALIAÇÃO DA *REVISTA DIREITO GV*	NÚMERO DE MANUSCRITOS	PERCENTUAL
ÁFRICA DO SUL	1	0,25%
ARGENTINA	2	0,49%
BRASIL	389	95,81%
CHILE	3	0,74%
COLÔMBIA	1	0,25%
ESTADOS UNIDOS	3	0,74%
MÉXICO	1	0,25%
PORTO RICO	1	0,25%
PORTUGAL	3	0,74%
REINO UNIDO	2	0,49%
TOTAL	406	100,00%

Fonte: ScholarOne Manuscripts. Elaboração própria.

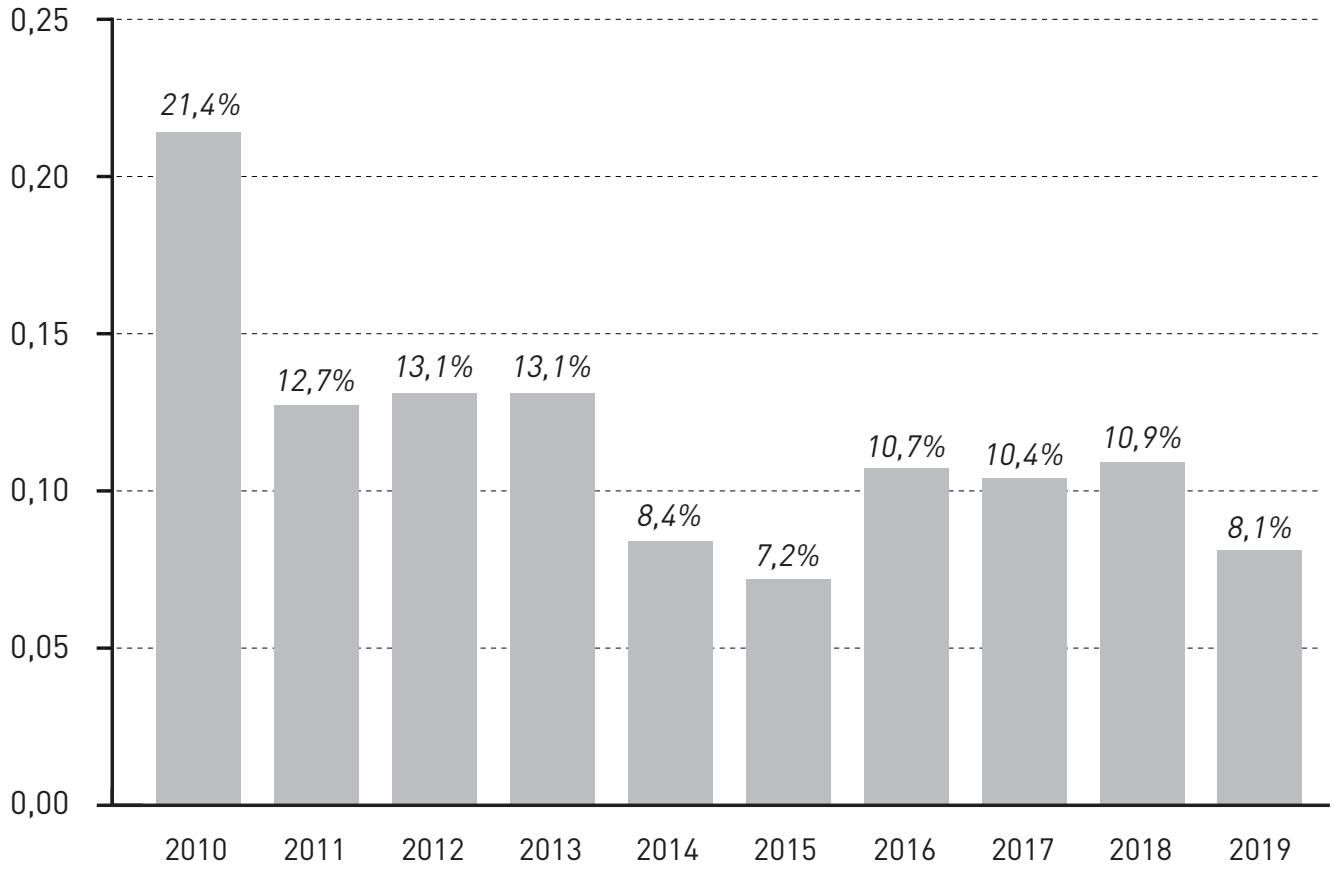
Houve um aumento significativo de artigos brasileiros submetidos à *Revista Direito GV* em 2019, muito impulsionado pelo prazo final de submissões para a chamada especial "Direito e Tecnologia". Apesar dos esforços de disseminação em redes internacionais de pesquisa, pouquíssimos artigos submetidos ao dossiê eram estrangeiros. Esse fenômeno nos mostra que é importante refletir sobre os desafios específicos para a área do Direito atingir as regras e parâmetros estabelecidos pela CAPES (CAPES, 2019) e as diretrizes de internacionalização do SciELO (SCIELO, 2017).

Conforme discutimos em outros editoriais (BARBIERI, 2016, 2017 e 2018; BARBIERI e IZIDORO, 2019), buscamos alinhar nosso interesse na publicação de artigos nacionais capazes de discutir de maneira inédita e inovadora especificidades e problemas do direito brasileiro à ampliação da internacionalização de nosso periódico, por meio da contribuição de artigos estrangeiros, em inglês e em espanhol, que agreguem reflexões relevantes para nossos eixos de publicação e para a comunidade acadêmica brasileira.

O que nossa experiência tem nos mostrado, no entanto, é que artigos estrangeiros dificilmente são submetidos de maneira espontânea a revistas brasileiras e, muitas vezes, as submissões estrangeiras que chegam têm qualidade muito inferior à qualidade média dos artigos nacionais. Uma das estratégias para minimizar o problema é contar com a participação ativa de membros do Conselho Editorial, sejam eles estrangeiros ou brasileiros com laços em instituições estrangeiras.

Observamos também que a relação entre o número de manuscritos publicados e o de recebidos em 2019 sofreu uma queda se comparado à 2018, dado que o número total de artigos publicados se mantém o mesmo ano a ano (em média 12 artigos por número). Ainda assim, o número de artigos recebidos *versus* o número de artigos publicados se manteve dentro da média dos últimos oito anos (Gráfico 3).

GRÁFICO 3 – **PORCENTAGEM DE ARTIGOS PUBLICADOS POR ANO, ENTRE 2010 E 2019**



Fonte: Arquivos da *Revista Direito GV* e ScholarOne Manuscripts.

Esses dados reforçam a importância da seleção editorial feita na fase de *desk review*. Nessa fase, todos os artigos submetidos são avaliados e comparados entre si à luz das diretrizes temáticas da política editorial. São rejeitados tanto artigos com graves problemas metodológicos ou de conteúdo quanto artigos que fujam dos objetivos editoriais da revista. Nossa meta é chegar à fase de avaliação por pares com um conjunto variado, porém mais reduzido, de artigos com um bom potencial. Em 2019, chegaram à fase de pareceres cerca de 40% do total de submissões. Somente assim é possível avaliar todos os artigos com qualidade, dar conta das dificuldades de encontrar pareceristas disponíveis e alcançar as metas de chegar a uma decisão final (seja de aprovação ou rejeição) em até 180 dias e de publicar artigos aprovados em até 12 meses, conforme indicam os Critérios SciELO (SCIELO, 2017).

Quanto aos prazos de avaliação as notícias são positivas. Os já citados Critérios SciELO indicam que a duração média ideal entre a submissão e a decisão final de manuscritos deve ser de 180 dias (SCIELO, 2017). Descontados os artigos rejeitados em *desk review,* processo naturalmente mais rápido, em 2018 nossa média entre os artigos enviados para pareceristas foi de 170 dias, e, em 2019, conseguimos uma redução significativa, passando para 131 dias.

Por sua vez, o tempo médio de espera entre a aprovação e a publicação dos artigos diminuiu de cerca de 6 (seis) meses em 2018 para cerca de 4 (quatro) meses em 2019. Um dos grandes avanços para a Revista em 2019 e responsável por essa considerável redução foi a adoção do sistema de **publicação continuada** (*rolling publication*). Para a *Revista Direito GV*, a adoção da publicação continuada possibilitou o fim do acúmulo de artigos aprovados pendentes de publicação, em decorrência da necessidade de esperar outros artigos para fechar um número.

Tal implementação também possibilitou uma redução do tempo médio total entre a submissão e a publicação de todos os artigos publicados em um dado ano (incluindo-se aqueles submetidos em anos anteriores), de cerca de 16 (dezesseis) meses para os publicados em 2018 para cerca de 15 (quinze) meses para os publicados em 2019. A expectativa é que até 2021, no entanto, a Revista alcance o prazo ideal de 12 (doze) meses entre submissão e publicação (SCIELO, 2017).

O último ponto de destaque diz respeito aos pareceres emitidos ao longo de 2019. Foram realizados 325 convites na etapa de *double blind peer review*, dos quais resultaram o total de 182 pareceres emitidos, com a colaboração de 163 revisores, a quem somos imensamente gratas pelo esforço e comprometimento, sem os quais a Revista não seria possível.

A média de tempo de emissão de pareceres foi de cerca de 18 dias, uma diminuição da ordem de três dias em relação ao ano de 2018. Nosso maior gargalo, na etapa de *double blind peer review*, no entanto, é o alto número de convites não respondidos e de pareceres não emitidos após o aceite do convite, o que faz com que o processo de avaliação dos artigos seja também mais longo do que o ideal.

Na fase de avaliação por pares, é essencial também que sejam emitidos pareceres substanciais, capazes de apontar as qualidades e os defeitos do texto, a fim de subsidiar a decisão editorial de aprovação ou de rejeição (CAMPOS, 2019). Com o objetivo de atrair e incentivar bons avaliadores, em 2019, por meio da parceria com a coleção SciELO Brasil e *Clarivate Analytics*, a *Revista Direito GV* passou a contar com uma nova ferramenta, no sistema de avaliação ScholarOne, destinada ao reconhecimento de pareceristas. Trata-se da plataforma *Publons*, criada em 2012, que atua no registro das contribuições de pareceristas, dando visibilidade e reconhecimento à revisão por pares, que demanda tempo e compromisso por parte dos revisores e que é essencial ao processo de avaliação da Revista (NASSI-CALÒ, 2017).

Estamos muito felizes com os números positivos de 2019 e gostaríamos de começar este ano agradecendo mais uma vez à comunidade de autoras, autores, pareceristas, conselho editorial e equipe editorial da *Revista Direito GV*.

Excelente 2020 e boa leitura!

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-9, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201601.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 7-13, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201701.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Revista Direito GV em números: balanço de 2017 e perspectivas para 2018. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 7-16, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0007.pdf. Acesso em: 06 jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201801.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; IZIDORO, Leila Giovana. Revista Direito GV em números: balanço de 2018 e perspectivas para 2019. *Revista Direito GV*, v. 15, mai. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100100&lng=pt&tlng=pt#B4. Acesso em: 06 jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201901.

CAMPOS, Luiz Augusto. Como redigir um parecer acadêmico? *Blog DADOS*, 2019. Disponível em: http://dados.iesp.uerj.br/como-redigir-um-parecer/. Acesso em: 06 jan. 2020.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Relatório do Qualis Periódicos*. Área 26. Direito. 2019. Disponível em: http://www.capes.gov.br/images/Relatorio_qualis_periodicos_referencia_2019/Relatorio_qualis_direito.pdf. Acesso em: 06 jan. 2020.

NASSI-CALÒ, Lilian. In time: Publons busca atrair pareceristas e aperfeiçoar a avaliação por pares. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 35, n. 4, p. 367-368, dez 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822017000400367&lng=pt&nrm=iso. http://dx.doi.org/10.1590/1984-0462/;2017;35;4;00018.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE (SCIELO). *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo, out. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios_SciELO_Brasil_versao_revisada_atualizada_out. Acesso em: 06 jan. 2020.

Como citar este editorial:

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; IZIDORO, Leila Giovana; CANHEO, Roberta Olivato. *Revista Direito GV* em números: balanço de 2019 e perspectivas para 2020. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1938. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201938.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas, São Paulo – SP – Brasil

Editora-Chefe da *Revista Direito GV*. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

catarina.barbieri@fgv.br

Leila Giovana Izidoro

https://orcid.org/0000-0002-5119-076X

Assistente editorial da *Revista Direito GV*. Pesquisadora da área de publicações na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (USP).

leila.izidoro@fgv.br

Roberta Olivato Canheo

https://orcid.org/0000-0002-6849-2553

Assistente editorial da *Revista Direito GV*. Pesquisadora da área de publicações na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

roberta.canheo@fgv.br

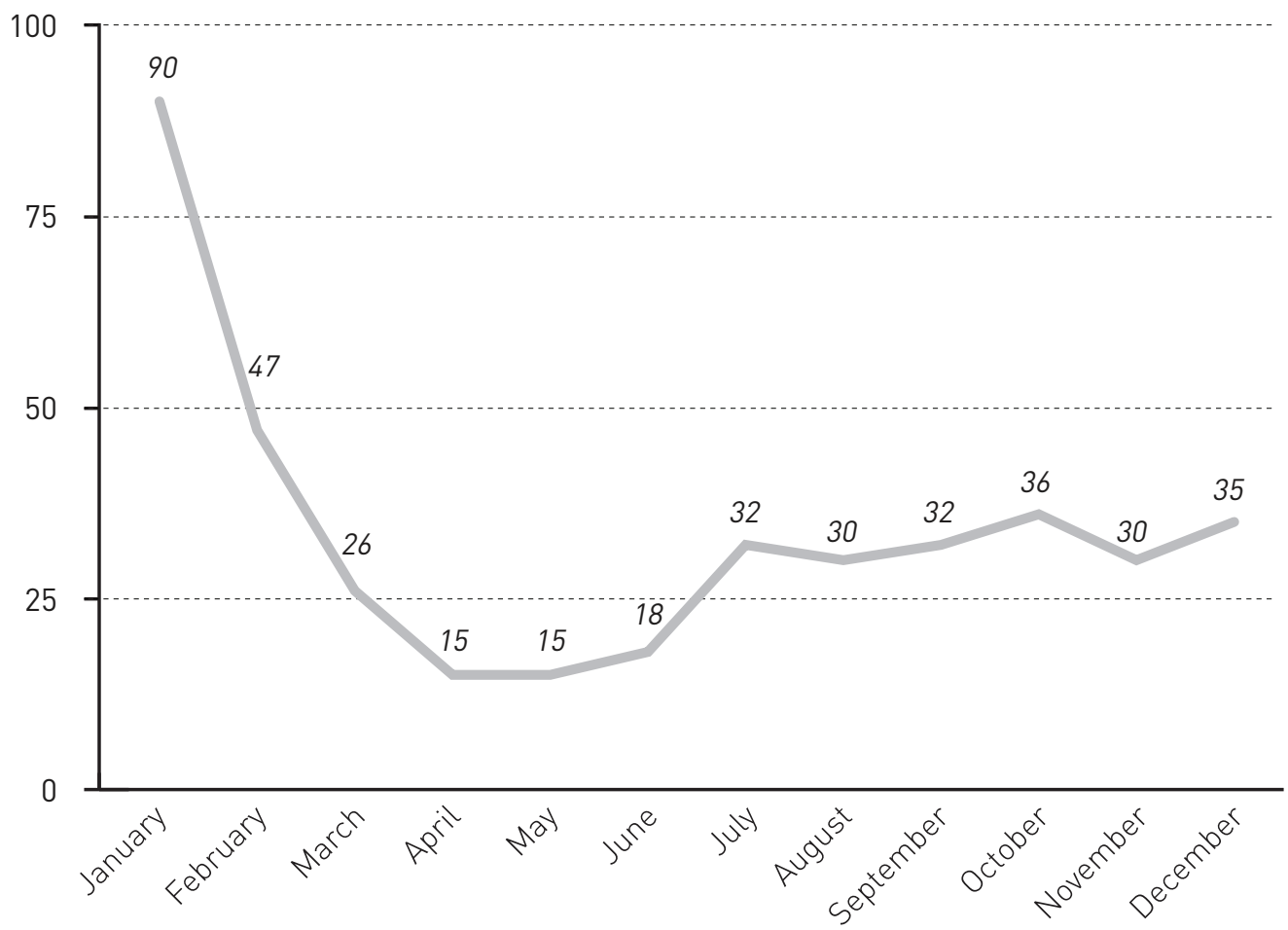
BY-NC

Direito Gv Law Review in numbers: balance sheet of 2019 and prospects for 2020[1]

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201938

It is with great enthusiasm that we present the first issue of *Direito GV Law Review* in 2020 (v. 16, n. 1, Jan./Apr. 2020). This issue brings the special dossier "Law and Technology", conceived by guest editors Marina Feferbaum, Emerson Ribeiro Fabiani and Alexandre Pacheco. We had a record number of 105 submissions for this dossier, which explains the peak in submissions received in January 2019 (see Graph 1, below). Of this total, 7 articles reached the final stage and will be published in this issue: 6 national articles and 1 foreign article. The dossier also includes 3 guest articles by foreign researchers, a review and a translation.

GRAPH 1 – **Number of articles submitted per month in 2019**



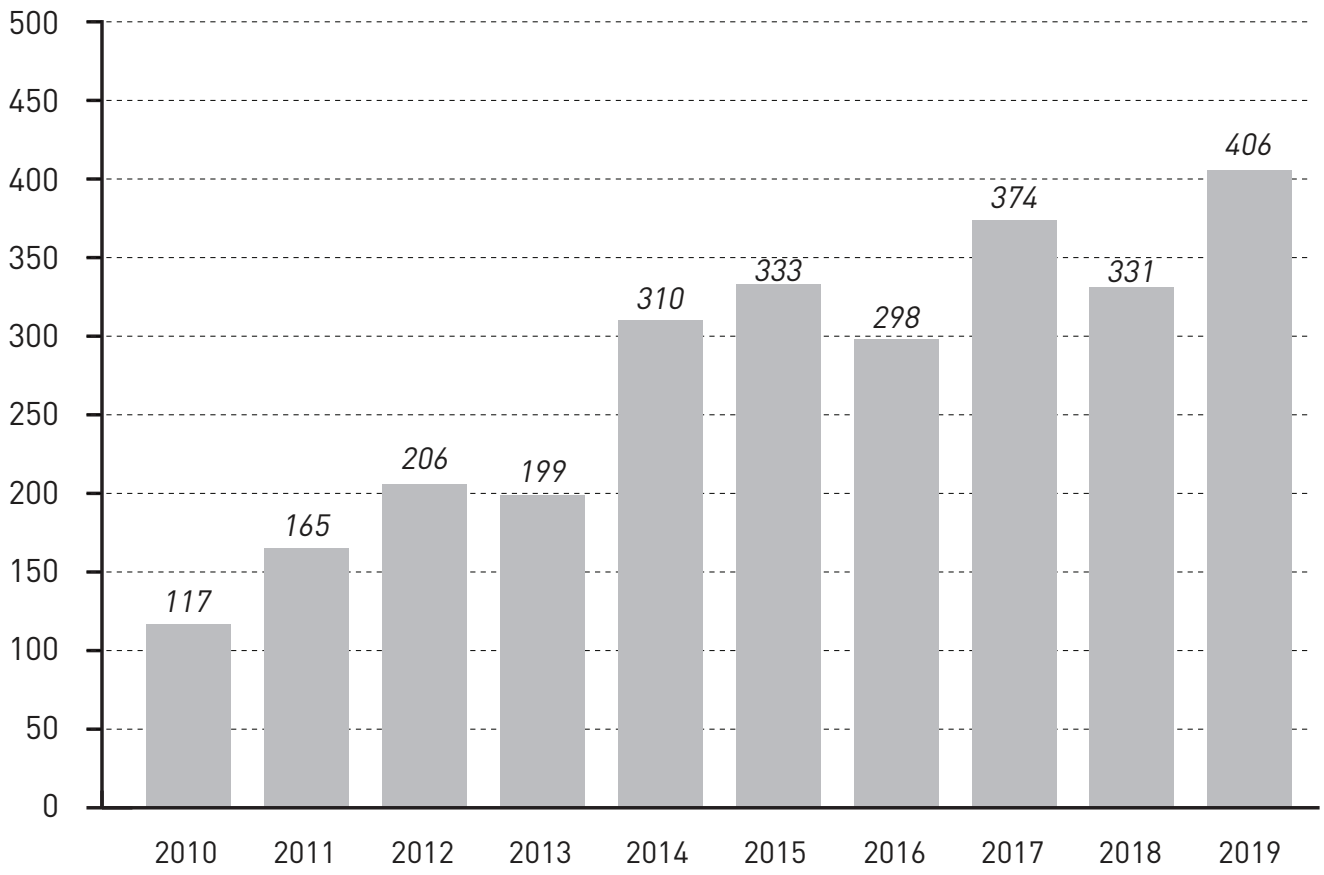
Source: ScholarOne Manuscripts.

1 Traslator: Elizabeth Ann Miller.

As we have done for the past three years (BARBIERI, 2017; BARBIERI, 2018; BARBIERI and IZIDORO, 2019), we would like to take this opportunity of the first editorial of the year to present the 2019 balance, as well as the 2020 objectives.

Let us start, then, with the balance of *Direito GV Law Review* in 2019. As can be seen in Graph 2, there was a reasonable increase in the number of submissions in 2019, compared to 2018. Taking into account all the registered years, we had the largest number of submissions in 2019.

GRAPH 2 – **NUMBER OF ARTICLES SUBMITTED PER YEAR FROM 2010 TO 2019**



NUMBER OF ARTICLES SUBMITTED PER YEAR (ONLY UNPUBLISHED)

Source: ScholarOne Manuscripts.

In Table 1, we highlight information on the origin of the authors who submitted articles for evaluation by *Direito GV Law Review* in 2019. São Paulo remained the state with the largest number of author submissions in 2019 – with 22.4% – followed by the states of Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais and Rio Grande do Sul, which when added to São Paulo represented 61.65% of the total number of articles submitted during the analyzed period.

TABLE 1 – **ORIGIN OF THE AUTHORS WHO SUBMITTED ARTICLES FOR EVALUATION BY *DIREITO GV LAW REVIEW* IN 2019, BY BRAZILIAN STATE**

BRAZILIAN STATE	NUMBER OF AUTHORS	PERCENTAGE OF AUTHORS
ACRE	1	0.18%
ALAGOAS	1	0.18%
AMAZONAS	5	0.92%
BAHIA	12	2.22%
CEARÁ	21	3.89%
FEDERAL DISTRICT	28	5.18%
ESPÍRITO SANTO	23	4.26%
GOIÁS	5	0.92%
MARANHÃO	9	1.67%
MATO GROSSO	1	0.18%
MATO GROSSO DO SUL	3	0.55%
MINAS GERAIS	49	9.07%
PARÁ	9	1.67%
PARAÍBA	7	1.30%
PARANÁ	53	9.81%
PERNAMBUCO	10	1.85%
PIAUÍ	4	0.74%
RIO DE JANEIRO	61	11.30%
RIO GRANDE DO NORTE	12	2.22%
RIO GRANDE DO SUL	49	9.07%
RONDÔNIA	2	0.37%
SANTA CATARINA	21	3.89%
SÃO PAULO	121	22.40%
SERGIPE	4	0.74%
TOCANTINS	2	0.37%
FOREIGN	22	4.07%
TOTAL	**540**	100.00%

Source: ScholarOne Manuscripts.

As for articles written by foreign researchers, there was a drop in the number of submissions in 2019, compared to the number of submissions from previous years. In 2018, foreign submissions corresponded to 9.06% of the total articles received (BARBIERI and IZIDORO, 2019). In 2019, as shown in Table 2, foreign submissions represented 4.07%.

Table 2 details the origin, by country, of the articles submitted for evaluation by *Direito GV Law Review* in 2019. In regard to the diversity in origin of foreign articles, the number in 2019 remained the same as in 2018, with a total of 10 countries.

TABLE 2 – **NUMBER OF ARTICLES BY COUNTRY SUBMITTED FOR EVALUATION BY *DIREITO GV LAW REVIEW* IN 2019**

AUTHORS WHO SUBMITTED ARTICLES FOR EVALUATION BY *DIREITO GV LAW REVIEW* ACCORDING TO COUNTRY	NUMBER OF MANUSCRIPTS	PERCENTAGE
SOUTH AFRICA	1	0.25%
ARGENTINA	2	0.49%
BRAZIL	389	95.81%
CHILE	3	0.74%
COLOMBIA	1	0.25%
UNITED STATES	3	0.74%
MEXICO	1	0.25%
PUERTO RICO	1	0.25%
PORTUGAL	3	0.74%
UNITED KINGDOM	2	0.49%
TOTAL	406	100.00%

Source: ScholarOne Manuscripts.

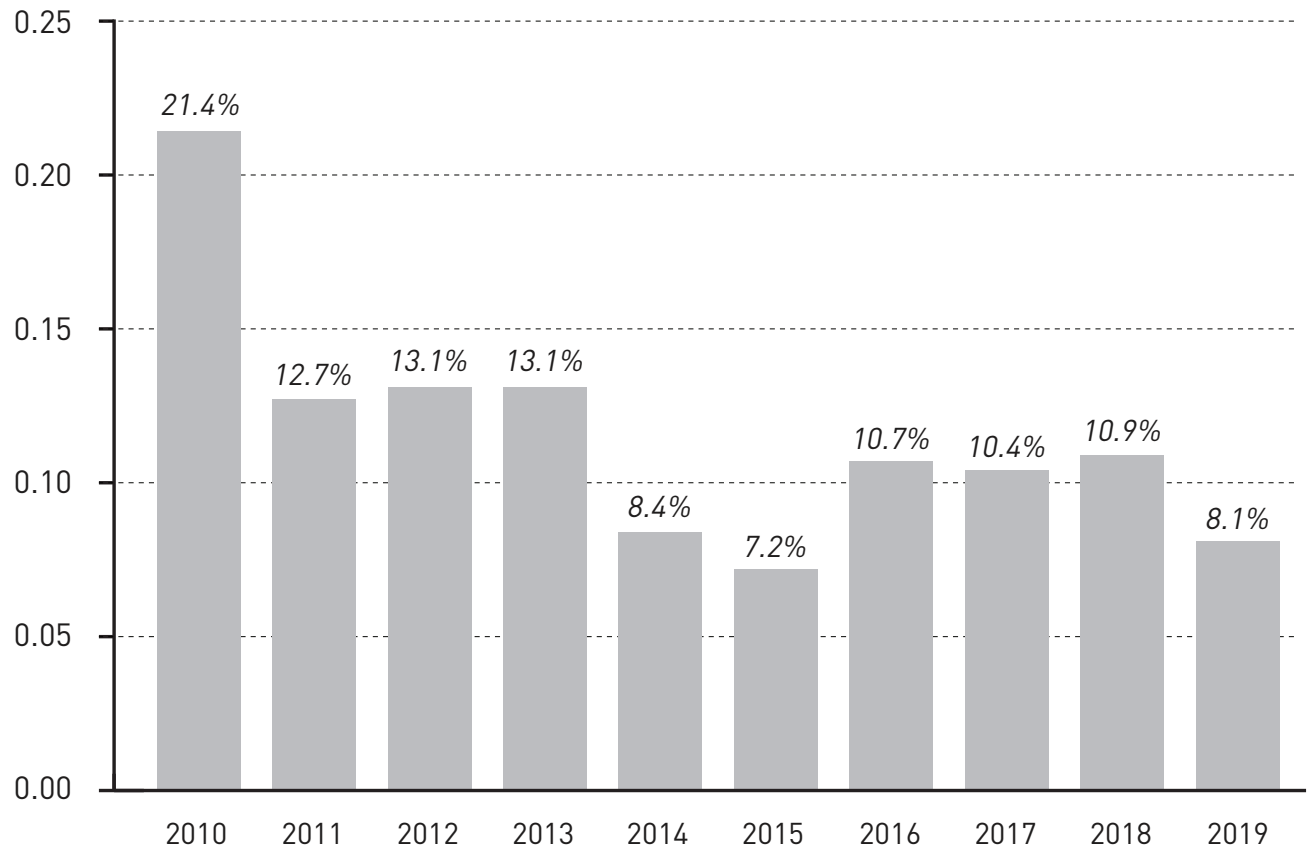
There was a significant increase in Brazilian articles submitted to *Direito GV Law Review* in 2019, greatly driven by the deadline for the special call for submissions on "Law and Technology". Despite efforts to disseminate in international research networks, very few articles submitted to the dossier were from foreign researchers. This phenomenon shows the importance of reflecting on the specific challenges for Law as a discipline in achieving the rules and parameters established by CAPES-Coordination of Superior Level Staff Improvement (CAPES, 2019) and SciELO's internationalization guidelines (SCIELO, 2017).

As discussed in past editorials (BARBIERI, 2016, 2017 and 2018; BARBIERI and IZIDORO, 2019), *Direito GV Law Review* pursues internationalization by publishing foreign articles in English and Spanish that add relevant reflections to the Brazilian academic community and by publishing Brazilian articles that address specific problems and issues in Brazilian law in a novel and innovative way.

What our experience has shown us, however, is that foreign articles are rarely spontaneously submitted to Brazilian journals and, often, the quality of foreign submissions is much lower than that of national articles. One of our strategies to minimize this problem is to count on the active work of our Editorial Board members, whether members are foreigners or Brazilians with ties to foreign institutions.

We also observed that the ratio between the number of received manuscripts to that of published manuscripts in 2019 dropped compared to 2018, even though the total number of published articles remains the same year after year (on average 12 articles are published per issue). Despite this the number of articles received *versus* the number of articles published remained within the average for the last eight years (Graph 3).

GRAPH 3 – **PERCENTAGE OF PUBLISHED ARTICLES PER YEAR, BETWEEN 2010 AND 2019**



Source: *Direito GV Law Review* archives and ScholarOne Manuscripts.

This data reinforces the importance of the editorial selection made in the *desk review* stage. At this stage, all articles submitted are evaluated in light of the editorial policy's thematic guidelines. Articles with serious methodological or content problems and those that are outside the journal's editorial objectives are rejected. Our goal is to reach the peer-review phase with a varied, but smaller, set of articles with strong potential. In 2019, about 40% of the total submissions reached the peer-review stage. This is the only way possible to evaluate all the articles thoroughly, find a sufficient number of reviewers, reach the goal of a final decision (either approval or rejection) within 180 days, and for the journal to publish approved articles within 12 months, as indicated by the SciELO Criteria (SCIELO, 2017).

As for the evaluation deadlines, the news is positive. The aforementioned SciELO Criteria indicates that the ideal average duration between submission and the final decision on manuscripts should be 180 days (SCIELO, 2017). Discounting the articles rejected in the naturally faster process of *desk review*, in 2018 our average processing time for articles sent to reviewers was 170 days, and in 2019 we achieved a significant reduction to 131 days.

In addition, the average waiting time between approval and publication of articles decreased from about 6 (six) months in 2018 to about 4 (four) months in 2019. The adoption of the *rolling*

publication system was one of the major advances for the Journal in 2019 and is responsible for this considerable reduction. For *Direito GV Law Review*, the adoption of rolling publication allowed for an end to the backlog of approved articles still pending publication due to the need to wait for other articles to complete an issue.

This measure also made it possible to reduce the total average time between submission and publication of all articles published in a given year (including those submitted in previous years) from about 16 (sixteen) months for those published in 2018 to about 15 (fifteen) months for those published in 2019. Therefore, the expectation is that by 2021 the Journal will reach the ideal period of 12 (twelve) months between submission and publication (SCIELO, 2017).

The last point of emphasis concerns the reviews issued throughout 2019. A total of 325 invitations were made for the *double-blind peer review* stage, resulting in a total of 182 reviews delivered thanks to the collaboration of 163 reviewers, to whom we are immensely grateful for their effort and commitment. Without their reviews the Journal would not be possible.

The average time for issuing reviews was around 18 days, a three-day decrease compared to 2018. However, our biggest bottleneck in the *double-blind peer review* stage is the high number of invitations that go unanswered and reviews that are not delivered even after reviewers accept the invitation, which also makes the process of evaluating articles longer than necessary.

In the peer review phase, it is also essential that substantial reviews are delivered — that is, reviews that are capable of pointing out the qualities and defects in a text, in order to support the editorial decision to approve or reject (CAMPOS, 2019). In order to attract and encourage good reviewers, *Direito GV Law Review* now has a new tool – *Publons* platform – through a partnership with the SciELO Brasil collection and *Clarivate Analytics*, the ScholarOne evaluation system, aimed at recognizing good evaluators. *Publons* acts as a register of reviewer contributions to give visibility and recognition for peer reviews, which require time and commitment on the reviewer's part and are essential to the journal's evaluation process (NASSI-CALÒ, 2017).

We are very happy with the positive 2019 numbers, and we would like to start this year by once again thanking the *Direito GV Law Review* community of authors, reviewers, editorial board, and editorial team.

Have an excellent 2020 and happy reading!

REFERENCES

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 7-9, abr. 2016. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100007&lng=pt&nrm=iso. Accessed on: 06 Jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201601.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 7-13, abr. 2017. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100007&lng=pt&nrm=iso. Accessed on: 06 Jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201701.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Revista Direito GV em números: balanço de 2017 e perspectivas para 2018. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 7-16, April 2018. Available at: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0007.pdf. Accessed on: 06 Jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201801.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; IZIDORO, Leila Giovana. Revista Direito GV em números: balanço de 2018 e perspectivas para 2019. *Revista Direito GV*, v. 15, mai. 2019. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100100&lng=pt&tlng=pt#B4. Accessed on: 06 Jan. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201901.

CAMPOS, Luiz Augusto. Como redigir um parecer acadêmico? *Blog DADOS*, 2019. Available at: http://dados.iesp.uerj.br/como-redigir-um-parecer/. Accessed on: 06 Jan. 2020.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Relatório do Qualis Periódicos*. Área 26. Direito. 2019. Available at: http://www.capes.gov.br/images/Relatorio_qualis_periodicos_referencia_2019/Relatorio_qualis_direito.pdf. Accessed on: 06 Jan. 2020.

NASSI-CALÒ, Lilian. In time: Publons busca atrair pareceristas e aperfeiçoar a avaliação por pares. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 35, n. 4, p. 367-368, Dec. 2017. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822017000400367&lng=pt&nrm=iso. http://dx.doi.org/10.1590/1984-0462/;2017;35;4;00018.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE (SCIELO). *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo, Oct. 2017. Available at: http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios_SciELO_Brasil_versao_revisada_atualizada_out. Accessed on: 06 Jan. 2020.

How to quote this editorial:

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; IZIDORO, Leila Giovana; CANHEO, Roberta Olivato. Direito GV Law Review in numbers: balance sheet of 2019 and prospects for 2020. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, Jan./Apr. 2020, e1938. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201938.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas, São Paulo – SP – Brasil

Direito GV Law Review Editor in Chief. Professor at the São Paulo Law School at Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Master and PhD in Law from the University of São Paulo (USP).

catarina.barbieri@fgv.br

Leila Giovana Izidoro

https://orcid.org/0000-0002-5119-076X

Direito GV Law Review Editorial Assistant. Researcher in the area of publications at the São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Current master student in the Post-Graduate Program in Human Rights at the University of São Paulo (USP).

leila.izidoro@fgv.br

Roberta Olivato Canheo

https://orcid.org/0000-0002-6849-2553

Direito GV Law Review Editorial Assistant. Researcher in the area of publications at the São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Current PhD student in the Post-Graduate Program in Sociology and Law at the University of Federal Fluminense (UFF).

roberta.canheo@fgv.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 13.11.2018
Aprovado: 29.07.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201939

Concepções genderizadas na análise de deferimento das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs)

GENDERIZED CONCEPTIONS IN THE ANALISYS OF PROTECTIVE ORDERS

Camila Cardoso de Mello Prando[1] e *Maria Paula Benjamim Borges*[2]

Resumo

Este artigo aborda, sob o marco teórico da vitimologia feminista de Sandra Walklate, de gênero de Raewyn Connel e de *stalking* de Marlene Matos e Helena Grangeia, a maneira como as decisões judiciais operam o conceito de gênero em suas decisões associadas a casos de *stalking*, a partir das categorias de violência, risco e medo. Os objetos de análise foram oito Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) indeferidas que passaram pela Defensoria Pública do Distrito Federal – Núcleo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, entre janeiro e julho de 2017, as quais apresentavam condutas de *stalking*. A partir da metodologia da análise de conteúdo, descobriu-se que os indeferimentos das MPUs se deram sob três vertentes: i) desconsideração das violências de gênero; ii) rejeição do medo da vítima como categoria legítima para se avaliar pedidos de MPUs; iii) baixa avaliação do risco para a segurança da vítima nos casos em que não se operam violências físicas.

Palavras-chave

Stalking; Medida Protetiva de Urgência; violência; risco; medo.

Abstract

This paper presents, under the premises of Sandra Walklate's feminist victimology, Raewyn Connel's gender theory, and Marlene Matos and Helena Grangeia's stalking definition, the ways by which judges conceive the concept of gender in their decisions when associated with stalking cases, through the categories of violence, risk and fear. The objects of analysis were eight denied restraining orders, which presented stalking behaviors, that litigated by the "Women's Protection Division" of the State Public Defender's Office, from January 2017 to July 2017. From the content analysis methodology, we discovered that there were three main arguments for the denials: i) gender violence unawareness; ii) rejection of the victim's fear as a legitimate category to evaluate the restraining orders' requests; iii) low risk evaluation for the victim's safety when there was no physical violence.

Keywords

Stalking; restraining order; violence; risk; fear.

1 Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, Distrito Federal, Brasil
http://orcid.org/0000-0002-7518-8939

2 Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, Distrito Federal, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0883-5048

CC BY-NC

Introdução

Há cerca de 30 anos o termo *stalking* surgiu na literatura norte-americana para designar grupos de casos relacionados ao assédio persistente de homens contra mulheres com as quais haviam vivenciado a ruptura de um relacionamento, e que se traduzem em comportamentos de "perseguição, vigilância, monitorização, intimidação, ameaça ou outras formas de comunicação ou contacto, repetido e indesejado" (GRANGEIA e MATOS, 2010, p. 124). Esse termo passou a ser adotado em outros contextos de poder e a ser incorporado por alguns campos do sistema de justiça.

Neste artigo, pretendemos problematizar a intersecção entre casos identificados como *stalking* e o funcionamento do sistema de justiça criminal a partir de um grupo de casos presentes na avaliação da concessão de Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) entre janeiro e julho de 2017 na circunscrição judiciária de Brasília. A fim de avaliarmos de que modo magistrados e magistradas organizam a ordem de gênero em suas decisões sobre a aplicação das MPUs, elegemos os conceitos de medo, risco e violência operados e interpretados nas decisões como referentes para a produção de análise de conteúdo das decisões selecionadas.

1. A perspectiva patologizante do conceito de *stalking* na literatura e a proposta de uma perspectiva feminista

O *stalking* foi um termo cunhado inicialmente nos Estados Unidos para designar os fãs – em sua maioria homens que possuíam algum transtorno mental – que perseguiam e assediavam mulheres famosas (MULLEN *et al.*, 1999). A expressão se tornou amplamente conhecida no país de língua inglesa depois da tentativa de homicídio da atriz Theresa Saldana, em 1982, do assassinato da atriz Rebecca Schaeffer, em 1988, e da perseguição à cantora Madonna, em 1995 (SAUNDERS, 1998). A partir de então, a perseguição insidiosa passou a ter importância relevante nos debates acadêmicos da área da psicologia, tendo em vista o alto índice de transtornos afetivos presentes nos pacientes que praticavam o *stalking*. Apenas posteriormente o assunto foi ter sua relevância demonstrada no âmbito jurídico, com a edição de leis de proteção às mulheres e de criminalização da conduta.

A literatura sobre *stalking*, predominantemente norte-americana, tem-se organizado em torno de cinco eixos: a identificação das características do homem que tem comportamentos identificados como *stalking* (ZONA *et al.*, 1998; ROSENFELD, 2003), a identificação do conjunto de atos que configuram o *stalking* (MELOY, 1998; MULLEN, PATHÉ e PURCELL, 2000), os tipos de relações existentes entre as vítimas e os *stalkers* (HALL, 1998; PATHÉ e MULLEN, 1997), a compreensão do *stalking* como um preditor de risco de violências físicas (McFARLANE, CAMPBELL e WATSON, 2002; ROSENFELD, 2004; WALKER e MELOY, 1998) e o tratamento dos casos de *stalking* pelo sistema de justiça (JORDAN *et al.*, 2003; TJADEN e THOENNES, 1998).

Na maioria das pesquisas, os métodos de análise foram predominantemente quantitativos, e, com exceção do último eixo, o campo de análise se deu na psicologia forense. Seguindo uma tradição de pesquisas na intersecção sistema de justiça e psicologia norte-americana, as análises se fundaram em compreensões individualizantes e patologizantes do indivíduo identificado como *stalker*,[1] em delimitações sobre quantidade e qualidade de atos definidores do que se poderia chamar de *stalking*[2] e na perspectiva de indicar o ato de *stalking* como um preditor de risco de violência, fundado na análise dos atos anteriores e do medo da vítima (ROSENFELD, 2004).

Tais perspectivas patologizantes e individualizantes, que se aproximam das simplificações do determinismo biológico e produzem vieses de pesquisa resultantes da falta de leitura estrutural que compreende os sujeitos situados em posições sociais e subjetivas diferenciadas, precisam ser ressignificadas a partir de teorias críticas, a fim de que seja possível tratar do tema sem reinscrever nele as formas de violência de gênero. Consequentemente, sob a perspectiva das pesquisas sobre sistema de justiça e direito penal, neste texto levamos em consideração os aspectos estruturais de gênero que informam conceitos como violência, risco

1 Walker e Meloy (1998) identificaram, no âmbito da violência doméstica, três tipos de ofensores: ofensores que buscavam poder e controle (*power and control batterers*), ofensores portadores de transtornos mentais (*mentally ill batterers*) e ofensores sociopatas criminais (*criminal-psychopathic batterers*). Mullen *et al*. (1999) classificaram os *stalkers* em: rejeitados (ofensores narcisistas), ressentidos (agressores que apresentam paranoia), em busca de intimidade (aqueles que possuem erotomania), cortejadores e predadores. Os *stalkers* rejeitados compreendem os ex-parceiros; os *stalkers* ressentidos são aqueles que por alguma razão sentem inimizade pela vítima; os *stalkers* em busca de intimidade e cortejadores são desconhecidos que buscam algum tipo de contato com a vítima; já os stalkers preadores são criminosos sexuais que perseguem a vítima para consecução do crime. Zona, Palarea e Lane (1998) classificaram os ofensores em: "*simple obsessionals*", "*love obsessionals*" e "*erotomanic*". O primeiro grupo engloba os *stalkers* que possuem algum tipo de relacionamento com a vítima. O segundo grupo enquadra aqueles sem nenhuma relação anterior com a vítima e que normalmente possuem esquizofrenia ou transtorno bipolar. No terceiro grupo se encontram os perseguidores com erotomania, que é a convicção delirante de que há uma pessoa secretamente apaixonada por ela.

2 Há muitas controvérsias na doutrina a respeito do conceito de *stalking*. Mullen *et al.* (1999) define *stalking* como uma conduta repetida (ao menos 10 vezes) e persistente (com duração mínima de 4 semanas) de aproximação ou contato tido pela vítima como indesejado. Por sua vez, Meloy (1998) aduz que o comportamento deve se dar por meio de ameaças implícitas ou explícitas, de forma maliciosa. Já McFarlane, Campbell e Watson (2002) afirmam que a conduta deve necessariamente gerar medo na vítima, levando em consideração o temor que uma pessoa média apresentaria. Tais requisitos limitam de tal forma o conceito de *stalking* que muitas condutas tipicamente persecutórias ficariam descaracterizadas. Os *stalkers* muitas vezes pretendem reatar o relacionamento, e por isso empregam meios não violentos nem ameaçadores (envio de cartas, flores e telefonemas). Há também os casos de pessoas que foram vítimas de perseguição sem nem ao menos saberem (foi o caso da atriz Theresa Saldana) e por isso não podem ter medo do comportamento.

e medo na análise de acontecimentos de *stalking*, os quais são operados ao longo da judicialização dos casos de violência doméstica.

Com essa finalidade, ao longo do artigo optamos por dialogar com as referências teóricas sociais feministas (sobretudo com a teoria de Raewyn Connel) e da vitimologia feminista proposta por Sandra Walklate, a fim de ter como perspectiva estruturante a ordem de gênero na compreensão das dinâmicas de desigualdade e poder na relação entre vítima e autor nos contextos de violência doméstica.

Desse modo, partimos da definição abrangente de *stalking* proposta por Helena Grangeia e Marlene Matos (2010, p. 124): "padrão de comportamento de assédio persistente, traduzido em comportamentos de perseguição, vigilância, monitorização, intimidação, ameaça ou outras formas de comunicação ou contacto, repetido e indesejado", uma vez que sua delimitação não condiciona a ação a uma motivação individual e patologizante da parte do autor do *stalking*, nem demanda que a vítima sinta medo do comportamento. Essa definição é recolocada, no entanto, na perspectiva do *stalking*, como parte de uma ordem de gênero que leva em consideração as perspectivas feministas de vitimologia.

2. Delimitação do *corpus* empírico e método de análise

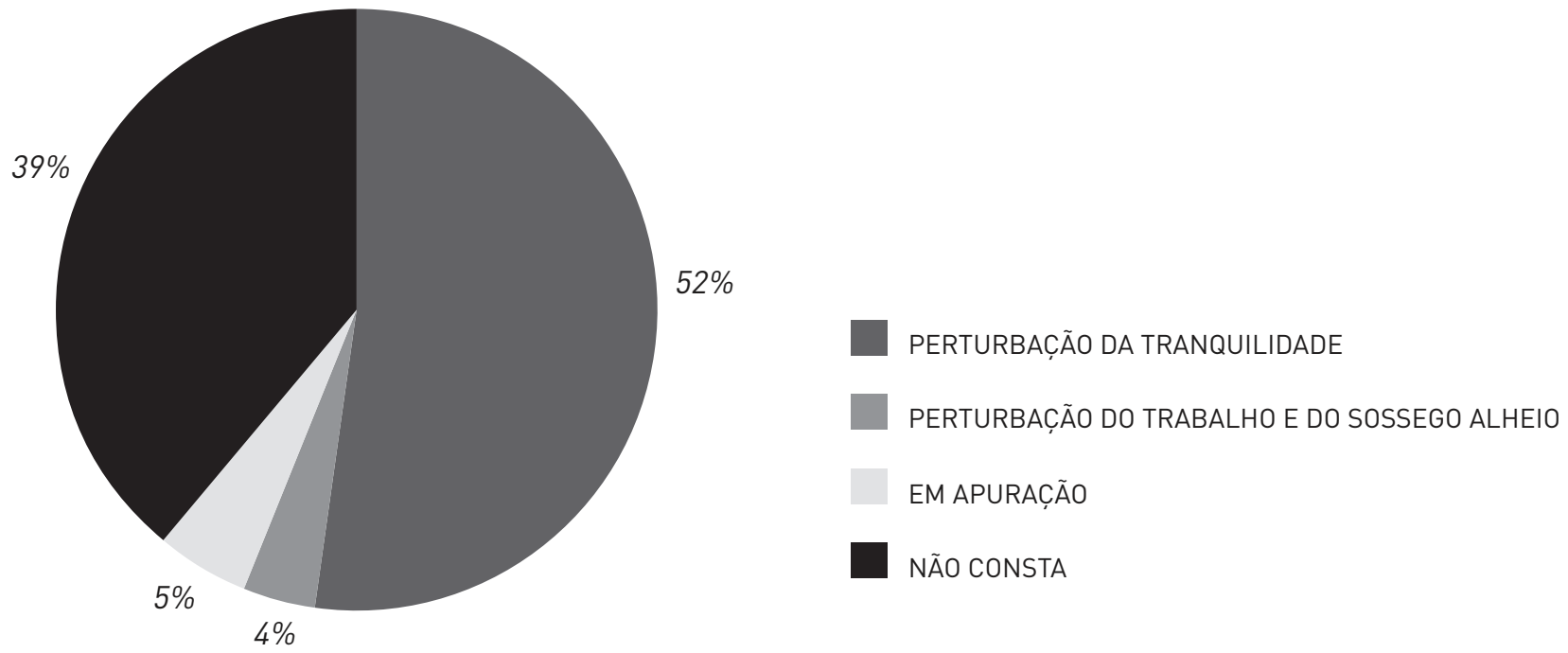
Para a realização da pesquisa foi feita uma parceria com a Defensoria Pública do Distrito Federal – Núcleo de Violência contra a Mulher de Brasília, para ter acesso aos processos de violência doméstica que tramitam na 1ª, 2ª e 3ª Vara de Violência Doméstica de Brasília. As MPUs analisadas entre janeiro e julho de 2017 remetem a fatos ocorridos entre os anos de 2016 e 2017. Optou-se por uma amostragem por conveniência, portanto não foram investigados todos os processos nos quais a Defensoria Pública atuou entre janeiro e julho de 2017, mas tão somente uma parcela deles, que estava no núcleo nos dias em que uma das autoras deste artigo também estava presente. Assim, os dados não podem ser interpretados como amostra representativa, mas como *corpus* de análise de uma pesquisa qualitativa em profundidade.

O procedimento realizado se deu da seguinte forma: analisou-se o Boletim de Ocorrência (BO) que iniciou o processo de MPU; verificou-se se o relato da vítima condizia com um episódio de *stalking*, de acordo com o conceito de Grangeia e Matos (2010); apurou-se quais os delitos imputados ao autor pelo agente policial; e verificou-se se os pedidos de medidas protetivas foram deferidos ou não. Depois do procedimento inicial de levantamento de dados, foram analisados os argumentos que embasaram o indeferimento dos pedidos, como modo de compreender os discursos de gênero e de poder submersos nos textos, a partir da análise de conteúdo organizada em três eixos: medo, violência e risco.[3]

3 Análise de conteúdo é um "conjunto de técnicas de análise de comunicações", um instrumento metodológico que tem como objeto qualquer tipo de discurso, desde o sociológico até o político e o jurídico.

Na fase quantitativa da pesquisa, foram analisados 274 processos. Entre eles, 80 BOs relatam casos de *stalking* (29,2%). Dos 80 processos que contêm episódios de *stalking*, 42 ações contidas no BO foram classificadas como contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941);[4] 3 foram classificadas como contravenção penal de perturbação do trabalho ou do sossego alheio (art. 42 do Decreto-Lei n. 3.688/1941);[5] 4 foram definidas como "em apuração"; e nos últimos 31 processos apenas constavam os outros delitos praticados concomitantemente à perseguição, como ameaça, injúria, difamação, lesão corporal, vias de fato e dano[6] (ver Gráfico 1, a seguir).

GRÁFICO 1 – **TIPIFICAÇÃO PENAL**



Fonte: Elaboração das autoras.

A análise de conteúdo busca compreender uma mensagem não dita no texto a partir de suas estruturas, seus significados e seus significantes, por meio de uma interpretação sistemática e objetiva da subjetividade do discurso (BARDIN, 1977).

4 "Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:
Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.".

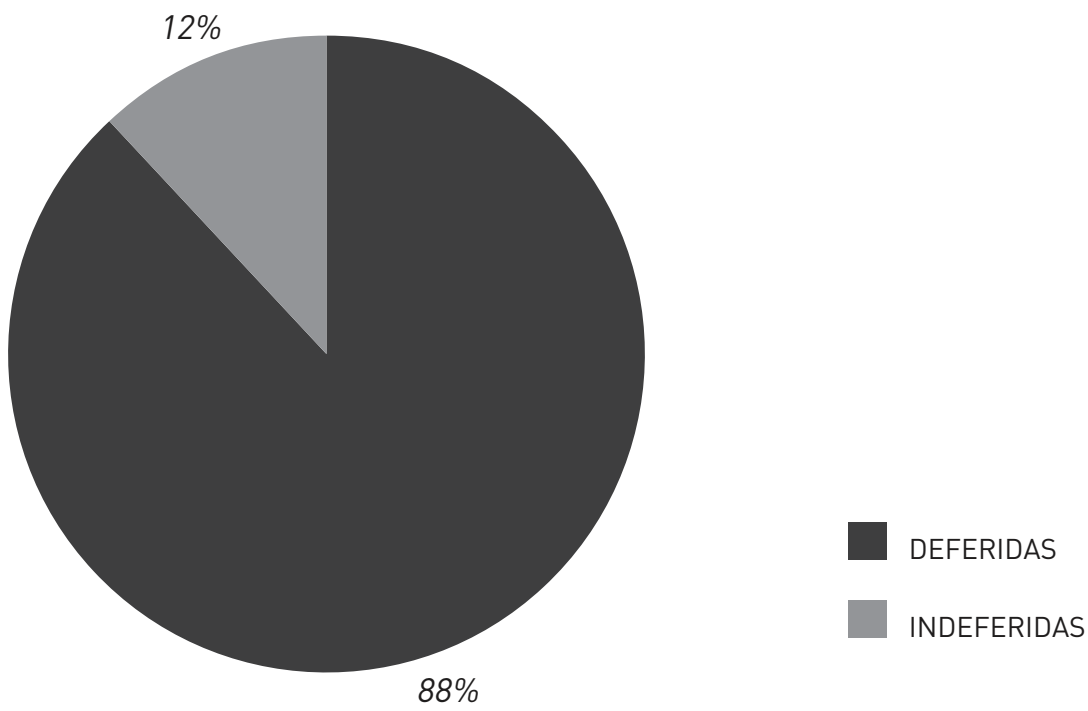
5 "Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:
I – com gritaria ou algazarra;
II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;
III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;
IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.".

6 O ordenamento jurídico pátrio não criminaliza a conduta do *stalking*.

Na análise dos deferimentos e indeferimentos dos pedidos, os processos foram separados em três grupos: aqueles em que se imputava a prática de perturbação da tranquilidade/perturbação do trabalho ou do sossego alheio e outros crimes (Grupo 01); os que imputavam apenas perturbação da tranquilidade/perturbação do trabalho ou do sossego alheio (Grupo 02); e os que imputavam crimes diversos, sem perturbação da tranquilidade/perturbação do trabalho ou do sossego alheio (Grupo 03). No primeiro grupo, 30 MPUs foram deferidas e 4 foram indeferidas. No segundo grupo, 8 foram deferidas e 3, indeferidas. No último grupo, 31 pedidos foram deferidos e 4, indeferidos. Assim, dos 80 processos de *stalking* analisados, 11 foram indeferidos por razões diversas. Dos 11 processos com MPUs indeferidas, 2 estão em segredo de justiça e 1 está arquivado no acervo geral, o que impossibilitou o acesso aos autos no segundo momento da pesquisa, da análise de conteúdo desses processos.

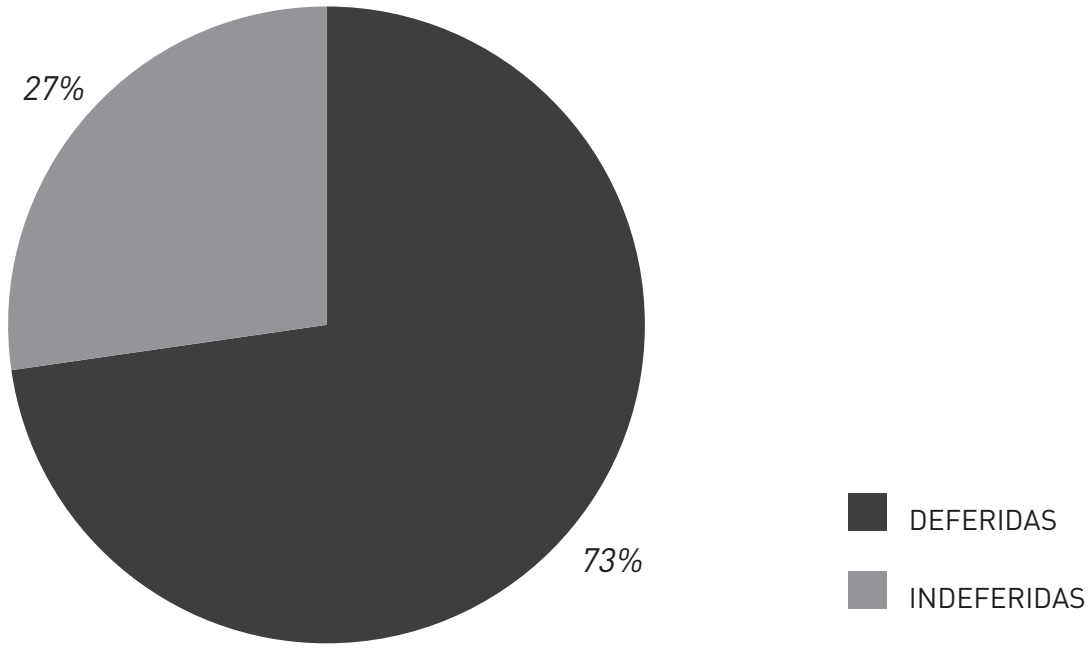
O objetivo da separação dos processos em grupos era avaliar se havia diferenciação entre o índice de deferimentos e indeferimentos entre os processos tipificados apenas como contravenção penal de perturbação da tranquilidade, apenas outros delitos e perturbação da tranquilidade em conjunto com outros delitos. Nos processos em que se imputava apenas a contravenção de perturbação de tranquilidade, a taxa de indeferimento de MPU foi maior que nos outros grupos (ver Gráficos 2, 3 e 4, a seguir).

GRÁFICO 2 – **ÍNDICE DE INDEFERIMENTOS DO GRUPO 01:** PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE E OUTROS DELITOS



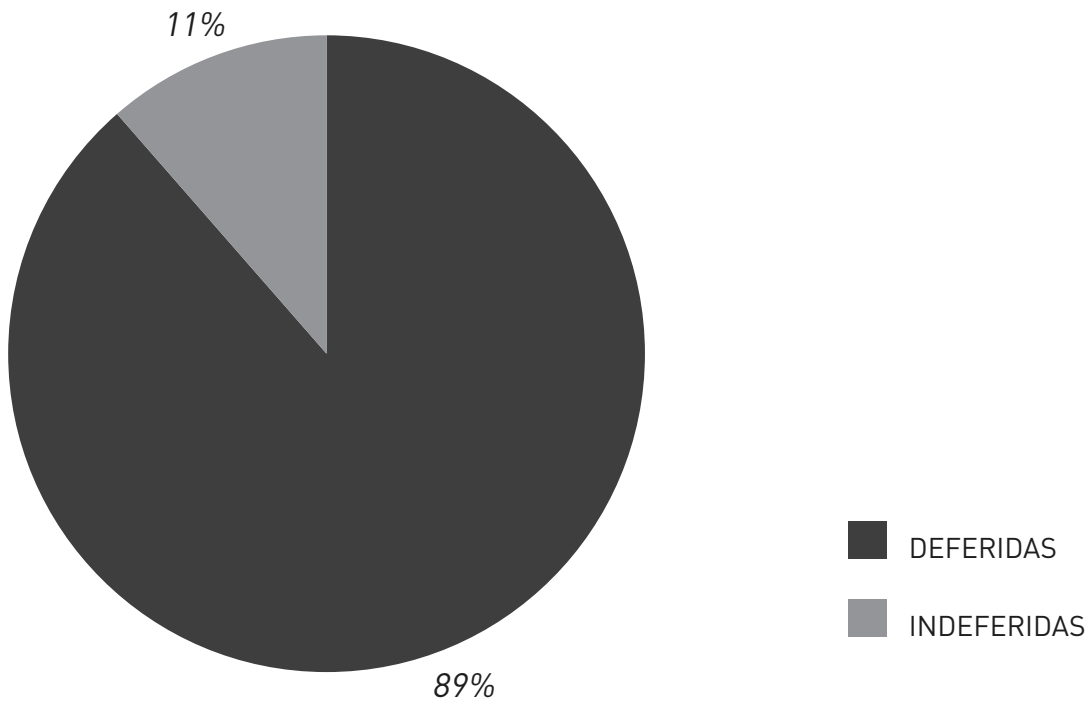
Fonte: Elaboração das autoras.

GRÁFICO 3 – **ÍNDICE DE INDEFERIMENTOS DO GRUPO 02:** APENAS PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE



Fonte: Elaboração das autoras.

GRÁFICO 4 – **ÍNDICE DE INDEFERIMENTOS DO GRUPO 03:** APENAS OUTROS DELITOS



Fonte: Elaboração das autoras.

Embora nosso objetivo neste artigo não seja a produção de dados quantitativos de uma amostra representativa, tais resultados sobre o número de MPUs deferidas/indeferidas podem abrir pistas a pesquisas futuras sobre como se percebe o risco nos casos de práticas de *stalking*. Verifica-se que, nos casos em que apenas práticas de *stalking* são identificadas, não estando associadas a outras práticas definidas como delito, tais como lesão corporal e ameaça, a compreensão da existência de uma situação de risco para a integridade física e de violação da integridade psíquica da vítima parece diminuir.

Seguindo a literatura já produzida, essa pista se reforça nos trabalhos de Jordan *et al.* (2003) e Rosenfeld (2004). Jordan *et al.* (2003), em uma pesquisa com processos judiciais em Kentucky, nos Estados Unidos, perceberam que a maioria dos casos de *stalking* eram levados à justiça como contravenções penais e não como crimes. Da mesma maneira, Rosenfeld (2004) afirma que, quando um delito mais grave é cometido concomitantemente ao *stalking*, a perseguição fica invisibilizada pela atenção que se dá à conduta violenta, como se o *stalking* fosse englobado pela lesão corporal ou pela ameaça, não restando a violência psicológica caracterizada como danosa em si.

Em um segundo momento da pesquisa, delimitamos a análise de conteúdo dos 8 casos de indeferimento de MPUs com processos com possibilidade de acesso. Nosso objetivo era compreender em profundidade quais os sentidos de violência, medo e risco que informaram tais decisões de indeferimento, a fim de analisá-los criticamente, a partir da teoria social de gênero de Connel e da vitimologia feminista de Walklate. Com isso pretendemos observar de que modo a ordem de gênero organizou esses acontecimentos processuais. A Tabela 1, a seguir, sistematiza as descobertas.

TABELA 1 – **FUNDAMENTOS DOS INDEFERIMENTOS DE MPUS**

FUNDAMENTAÇÃO	PROCESSOS
DESCONSIDERAÇÃO DAS VIOLÊNCIAS DE GÊNERO	4 E 5
REJEIÇÃO DO MEDO	7 E 8
ANÁLISE DO RISCO	2 E 6

Fonte: Elaboração das autoras.

3. Violência

As práticas de *stalking* estão organizadas em torno da produção de uma violência psicológica reiterada, considerando-se as perseguições, os monitoramentos, as mensagens e ligações indesejadas, ainda quando não acompanhadas de ameaças expressas ou agressões físicas. No entanto, ainda que a violência psicológica esteja descrita na Lei Maria da Penha (LMP) como uma forma de violência contra a mulher, Prando (2016) reconhece que, por não deixar vestígios nem marcas externas, não é reconhecida como violência de fato.

Nas decisões de indeferimento das MPUs, constatou-se uma negação das dimensões das violências de gênero não associadas diretamente a violências físicas e não subsumidas a um tipo penal de crime, especialmente quando as violências se manifestavam em suas dimensões psicológica e patrimonial nos processos identificados unicamente com as contravenções penais. As disputas ocorridas no espaço eram invisibilizadas quando se organizavam em torno de questões patrimoniais e psicológicas, submetendo, assim, o deferimento da MPU a uma cognição criminal, em desacordo com o dispositivo do art. 22 da LMP, que prevê como fundamento da MPU a "prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei".

No Processo 04, a requerente informou que, depois de idas e vindas no relacionamento, com relatos de violência psicológica ("na interpretação da ofendida tais atitudes se tratavam de assédio psicológico conhecido como *gaslighting*[7]"), moral e patrimonial, já tendo sido vítima de *stalking* por meio de redes sociais, o ex-companheiro teria invadido sua residência para furtar um documento de confissão de dívida que assinou em benefício dela. Nos pedidos de MPU, requereu que o sujeito devolvesse o documento a ela, bem como solicitou as outras medidas cautelares de afastamento. O magistrado indeferiu o pedido sob a alegação de que medidas protetivas "servem para preservar a integridade física e psicológica da mulher"[8] e não para realizar cobrança de dívidas, ignorando dessa forma as práticas de perseguição geradoras de medo, alegado pela mulher, e de disputa patrimonial.

Por outro lado, em alguns dos indeferimentos identificamos a invisibilidade não apenas de alguns tipos de violência de gênero, tais como a violência psicológica, mas do próprio enquadramento de uma dimensão de gênero no conflito levado ao Juizado. No Processo 05, no qual figuravam como partes a enteada e o ex-padrasto, a vítima relata que descobriu uma

7 *Gaslighting* é uma forma de abuso psicológico em que o agressor nega fatos que ocorreram, banaliza o sentimento da vítima ou cria situações imaginárias para controlar a outra pessoa, de forma que a vítima passa a duvidar dos seus sentimentos e da sua sanidade, mantendo-se, assim, mais próxima e mais dependente do ofensor.

8 Embora não seja objetivo do artigo fazer uma análise corretiva das decisões analisadas, é importante frisar que a sentença citada não apenas reproduz invisibilidade de gênero, mas também viola as previsões legais da LMP, em seus artigos 18, parágrafo 3º, e 24.

traição à sua mãe pelo ex-padrasto e que relatou o fato à genitora, que preferiu acabar com o relacionamento. Como a vítima e o ofensor trabalhavam no mesmo local, ela no período da noite e ele no período da manhã, o ex-padrasto passou a ameaçá-la constantemente quando se encontravam nos momentos de mudança de turno, chegando a afirmar: "Então você quer me peitar?! Quer me peitar?! Quer dizer que eu não posso fazer nada, que sou um mero encarregado?! Pode deixar, eu vou te mostrar o poder que eu tenho, você está enganada!".

O magistrado indeferiu o pedido de MPU sob a fundamentação de que não havia motivação de gênero na disputa, pois as condutas imputadas ao requerido se deram pelo fato de que a vítima contribuiu para o fim da relação do ofensor com a genitora da requerente e não por sua condição de mulher. Connel (2015) identifica as práticas sociais fundadas na ordem de gênero em quatro dimensões: poder, produção, catexia e simbolismo.[9] É justo na dimensão do poder que localizamos o conflito descrito anteriormente, na medida em que ele se organiza a partir de uma relação de dominação e de suposição de direito à dominação pela parte do padrasto. A sua fala ressalta seu temor em perder a autoridade e o controle que antes tinha no relacionamento. Nos moldes do conceito de gênero apresentado por Connel, ele era o sujeito que mandava, que dominava e que era influente. Percebe-se, ademais, que seu alcance direto sobre a companheira foi extinto e deslocado para a enteada, visando submetê-la à sua influência.

Nesse sentido, constata-se a conduta realizada em um contexto de ordem de gênero, capaz de atrair a incidência da LMP. De fato, a Exposição de Motivos da Lei n. 11.340/2006 aduz que: "a violência intrafamiliar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação [...]. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída". A própria legislação se baseia na identificação de relacionamentos hierarquicamente posicionados, independentemente dos múltiplos motivos do agente no momento da ação.

Tanto no exemplo do primeiro caso quanto do último aqui apresentado, observamos, nos indeferimentos das MPUs, uma invisibilidade (*gender blindness*) nos sentidos atribuídos ao que é violento e que está fundado em uma relação de desigualdade de gênero. Tal sentido parece assentar-se em uma perspectiva hegemônica de violência fundada nas práticas de agressão entre homens no espaço público, em detrimento das relações afetivas domésticas dos casos em questão, que têm um sentido de continuidade e são baseadas em posições sociais gendrificadas.

9 Um exemplo de manifestação do poder seriam as recomendações de promoção de homens por homens, em empresas geridas por homens e para homens; um exemplo de acumulação de capital seria a diferença de remuneração entre homens e mulheres; a representação da catexia seria a impossibilidade/negação de formação de um vínculo emocional por meio do sexo; um exemplo do simbolismo é o masculino universal.

4. Medo

Nas decisões de indeferimento também restou evidenciada uma invisibilidade da gendrificação dos sentidos do medo, alinhada aos sentidos hegemônicos de violência exemplificados anteriormente. O medo é posto como reação irracional às investidas dos ofensores, ocultando-se as disputas de poder e de imposições de controle da vida do outro. Tem-se que as interpretações das relações entre a vítima e o agressor e as concepções do medo são "*gender-blind*" (termo utilizado por Walklate para explicar como a experiência do universal é masculina e ignora as relações assimétricas de gênero).

No Processo 07, a vítima informou que já havia registrado inúmeros BOs contra o ex-companheiro. O último deles gerou uma MPU, que se encerrou logo antes dos fatos narrados na presente ocorrência. A requerente depôs que acredita que o ex-companheiro a vigia, porque, logo depois do encerramento das medidas protetivas, ele a abordou na rua afirmando: "você sabia que se eu te pegar com outro homem eu vou te matar e você sabe que eu estou de olho em você. Você não vai ser minha também não vai ser de ninguém". Logo após esse fato, a requerente foi deixar a filha na escola, momento em que o ofensor novamente apareceu ameaçando-a nos mesmos termos, o que continuou ao longo do dia. Depois do aditamento do BO, a vítima relatou que o requerido passou a mandar diversas mensagens ameaçadoras para ela, afirmando que queria reatar o relacionamento.

O magistrado indeferiu o pedido afirmando que a intenção do ofensor seria apenas encontrar com a requerente para conversar. E afirmou que, se esta estivesse insatisfeita, deveria promover o bloqueio do número do requerido para não receber mais mensagens. Em sua decisão, o juiz implicitamente afirma que a mulher não deveria temer as atitudes do ofensor, tendo em vista que sua intenção era meramente aproximar-se da requerente.

No Processo 08, a vítima informou que o requerido tinha horário de visitas fixo para se encontrar com o filho, mas que o ex-companheiro utilizava o pretexto de encontrar o menino para controlar a vida da vítima, ligando para ela a todo momento, passando em frente da casa dela fingindo que está falando ao telefone e fazendo visitas em horários não previamente combinados. Relatou, inclusive, que o requerido já descumpriu medidas protetivas anteriormente.

O juiz indeferiu o pedido de MPU sob o fundamento de que não foi comprovada a ocorrência da contravenção penal de perturbação da tranquilidade pela ausência da elementar do tipo "acinte ou motivo reprovável", tendo em vista que a razão pela qual o requerido busca contato com a vítima é a vontade de ver o filho, o que não demonstra aparente perigo à sua segurança. Além disso, afirmou que a vítima tinha consentido com as visitas diárias à sua residência. Constata-se a negação do medo em face de uma pessoa próxima, que frequenta a residência, que quer acompanhar a vida do filho e, por isso, não deveria gerar temor.

Percebe-se que, em ambas as situações em que o medo da vítima foi rejeitado, os homens estavam buscando contato indesejado com suas respectivas ex-companheiras, com contornos

de reproprietização da mulher. Em um, o ofensor perseguia a companheira com o intuito de retomar o relacionamento, afirmando que a mataria se a visse com outro homem, confirmando a objetificação da mulher como sua propriedade. No outro, o autor passava em frente da casa da vítima com o intuito de vigiá-la, ao mesmo tempo em que fazia visitas ao filho fora dos horários marcados, também em um processo de proprietização do outro – da residência do outro, do horário do outro, do tempo do outro, do corpo do outro.

Nos dois processos em que o magistrado entende as atitudes do homem como legítimas e inócuas, fica implícita a percepção de que o medo da vítima é irracional diante dos comportamentos apresentados. Esse pensamento remete à teoria da criminologia administrativa, criada no século XIX, que, além de pregar que o medo do crime era irracional, também aduzia que as pessoas apenas não tinham conhecimento a respeito da realidade criminosa (traduzida aqui como a verdadeira realidade da violência de gênero no âmbito doméstico) (WALKLATE, 2004).

Essa teoria se baseia em uma visão positivista, de controle da natureza (controle do crime/controle da mulher, que é o *outro*), que desde Auguste Comte (1978) prioriza a racionalidade, a objetividade e o método científico em detrimento da intuição, há muito vista como uma característica biológica da mulher e da experiência feminina (WALKLATE, 2004). A criminologia administrativa (e o sistema de justiça, como assinalado neste artigo) utiliza uma visão masculina do conhecimento (tomando por base as experiências do medo e do crime masculinos), que também pode ser visualizada nas decisões que negam a experiência do medo como experiência legítima da mulher.

Conforme explicitado por Walklate (2004), o medo é genderizado. Condutas iguais podem gerar medo em uma mulher e não gerar medo em um homem, ainda mais em um contexto de violência doméstica, em que o amor e o temor se encontram em conflito. As experiências de agressões sofridas ao longo de um relacionamento passado podem prever violências futuras, e o medo decorre dessas experiências pessoais. O ciclo da violência, quando percebido pela mulher, faz que se reconheçam as diversas violações sofridas, ainda que para um terceiro elas possam parecer simples declarações de amor, de modo que as experiências de violência e de medo são múltiplas e não podem ser compreendidas apenas a partir das experiências das violências patrimoniais e físicas de rua, que tendem a ser lidas pelo sistema de justiça como universais.

5. Risco

Ao analisarmos o conteúdo das decisões no que se refere aos sentidos atribuídos ao conceito de risco, também reconhecemos a sua relação com as invisibilidades produzidas nos sentidos de violência e medo apresentadas nos itens anteriores. De fato, a análise do risco é subutilizada quando as violências perpetradas são psicológicas e lidas a partir de um contexto de violência de rua, em detrimento da violência em âmbito doméstico. Fundamenta-se uma

avaliação do risco alta no âmbito público na comparação com o âmbito privado, das relações domésticas e familiares, em que o risco é considerado praticamente inexistente. Assim, quando esse risco chega a ser ponderado, ele o é de modo a atribuir o masculino como universal, afastando uma leitura qualificada pelas relações assimétricas de gênero – o risco é ponderado, portanto, por meio de uma "ocultação de gênero" ["*gender-blind*"].

No Processo 02, a vítima relatou que o ex-marido "não aceitava a separação", ligando para ela constante e insistentemente, até 18 vezes no mesmo dia, inclusive em horários inoportunos (de madrugada). A vítima informou que o ofensor também praticava alienação parental com os filhos, com o intuito de chantagear a vítima para reatar o casamento. O indeferimento da MPU foi motivado pela ausência de prova de uma *situação de risco* para a vítima.

No Processo 06, a vítima informou que é casada com o agressor há 24 anos e que moram na mesma residência. Relatou que o companheiro é uma pessoa agressiva e que costumeiramente a ofende em sua moral e destrói seus objetos pessoais. A requerente apontou outros BOs que já registrou contra o companheiro, e noticiou que, em determinada oportunidade, o ofensor foi até o seu trabalho, passou a xingá-la, afirmando que ela aprenderia a respeitá-lo, enquanto jogava sua touca no chão. Dias depois, após ingerir bebidas alcoólicas, o requerido, ao entrar na residência do casal, passou a ofender a vítima com xingamentos, jogou suas roupas no chão e arremessou uma cadeira no carro da requerente, momento em que passou a correr atrás da vítima dizendo que a pegaria.

O magistrado indeferiu o pedido tendo em vista que a ausência de provas impossibilita a aplicação da medida protetiva de afastamento do lar, por ser medida das mais críticas, e que, por sua vez, o indeferimento do afastamento do lar impossibilita o acolhimento das demais medidas pleiteadas, como proibição de comunicação e contato. Tal fundamentação remete a uma ideia de dicotomia entre a esfera pública e a privada, no sentido de reconhecer um risco à segurança da vítima apenas em casos de violências ocorridas fora do âmbito doméstico, partindo do pressuposto de que a residência seja um local seguro e inviolável. No caso, ponderou-se dois direitos aparentemente equilibrados (sem relações de poder), prevalecendo o direito do homem de ir e vir (transitando entre as duas esferas) em detrimento do direito da mulher de ter sua segurança garantida (mantendo a residência afastada da tutela do Estado).

Apesar da avaliação apriorística de inexistência de risco que fundamentou a não determinação de MPUs, a literatura tem associado as práticas de *stalking* como parte de um processo de espiral de agressões. Uma pesquisa realizada por Célia Ferreira e Marlene Matos, em 2013, em Portugal, com 104 mulheres que conviviam com o autor das agressões e foram vítimas de violência doméstica durante o relacionamento, descobriu que em 54% dos episódios de *stalking* a vítima foi agredida fisicamente; em 37% dos casos houve ameaça com arma ou outro objeto intimidador; em 35% dos relatos houve contato sexual forçado; e em 29% dos episódios houve tentativa de homicídio.

Em ambos os casos, seja por meio de agressões físicas, seja de ligações indesejadas, Rosenfeld (2004) entendeu que a ocorrência de ameaça em casos de *stalking* é um preditor de risco

para a vítima, da mesma maneira que um relacionamento amoroso anterior à perseguição (PATHÉ e MULLEN, 1997). Tjaden e Thoennes (1998) também concluíram que os *stalkers* que eram ex-parceiros das vítimas foram significativamente mais abusivos nos relacionamentos anteriores do que os parceiros que não cometeram a perseguição. Ademais, constatou-se que as vítimas de *stalking* também sofreram outras violências psicológicas, morais e financeiras ao longo do relacionamento abusivo.

As contribuições feministas para as teorias do risco buscam ultrapassar a dicotomia público/privado ao reconhecer que muitas mulheres são vítimas de violência doméstica e que para elas a casa não é um ambiente seguro. A relutância em intervir no âmbito privado/doméstico das relações remete a um ideal de intervenção mínima que não reconhece relações assimétricas de poder. Tal afirmativa é consubstanciada nas fundamentações de indeferimento de MPUs em que se negam violências de gênero, especialmente aquelas vividas por mulheres vítimas de violência doméstica, e avaliam o risco por uma perspectiva masculinizada, sem levar em consideração as diversas formas de manter controle e poder sobre a mulher em contextos de desigualdade de gênero.

Considerações finais

A compreensão genderizada sobre os sentidos de violência, medo e risco nas decisões analisadas nos serve como alerta para a produção de pesquisa no campo da Sociologia e da Criminologia, tanto a que desenvolve seus temas em torno da produção do medo nas sociedades contemporâneas quanto a relativa ao funcionamento do sistema de justiça nos casos de violência doméstica.

No primeiro grupo de pesquisa encontramos hegemonicamente uma análise sobre o medo na produção das políticas penais desde o viés analítico das teorias construtivistas e de representação social. Desse modo, o medo é capturado como a produção de representações sociais de insegurança no espaço urbano, catalisador de políticas de restrição de direitos individuais. No entanto, a perspectiva genderizada de medo nos ensina que o enquadramento sobre o medo na cidade obedece também a uma ordem de gênero. O recorte que se apresenta como universal apenas dá conta de uma representação social do medo urbano relativo a crimes contra o patrimônio e crimes contra a vida, mas não se estende à produção do medo em relação às mulheres em seu movimento nas cidades e muito menos à produção nos espaços domésticos (MACHADO, 2014). Esse recorte enviesado (interpretado como universal) não permite, como vimos, que, na análise de alguns juízes, se compreenda a experiência do medo assinalada pelas mulheres.

O medo, nas ciências sociais, compreendido a partir do viés das teorias construtivistas e de representação social, também não permite alcançar a dimensão vivida corporalmente pelas pessoas, e, no caso estudado, pelas mulheres. Segundo as teorias que criticam a prevalência das representações e compreendem de modo não cindido as relações entre natureza

e cultura, o medo não é apenas uma dimensão imaginária e simbólica, mas também uma dimensão vivida, significada e ressignificada corporalmente (MACHADO, s.d.). As pesquisas sobre a produção do medo precisam dar conta dessa dimensão, levando a sério a expressão do medo produzida e experenciada pelas mulheres, sem colocá-lo como um indicador que, por irracional e emocional, deve ser desconsiderado, seguindo uma ordem cartesiana de divisão entre racional/irracional. Isso também pode impactar as pesquisas no campo do sistema de justiça e, mais especificamente, as pesquisas sobre tecnologias decisórias, especialmente nos casos da LMP.

No segundo grupo de pesquisas, nossos achados também chamam a atenção para que pesquisas que buscam entender o funcionamento do sistema de justiça nos casos de violência doméstica levem em conta as teorias de gênero, compreendendo a posição distinta e desigual dos sujeitos nas relações sociais, bem como a produção de suas preferências em meio a constrangimentos sociais e afetivos, sem o que os seus resultados serão marcados pelo viés de uma ciência que se apresenta como universal e que percebe os sujeitos abstratamente em relação de igualdade e apenas no contexto do espaço público.

Os resultados de perspectiva qualitativa de nossa pesquisa não são parte de uma amostra representacional, mas abrem possibilidades e agendas de discussão sobre o desenvolvimento de tecnologias decisórias que levem em conta as relações de gênero nos casos de violência doméstica (em especial, na produção de decisões sobre MPUs), e, em última análise, sobre o uso adequado de repertórios teóricos que não ocultem a questão de gênero (*gender-blindness*) nas pesquisas das ciências sociais sobre o sistema de justiça e as políticas penais.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977. 118p.

COMTE, Auguste. *Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo*. Tradução de José Artur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero*: uma perspectiva global. São Paulo: nVersos, 2015.

FERREIRA, Célia; MATOS, Marlene. Violência doméstica e *stalking* pós-ruptura: dinâmicas, *coping* e impacto psicossocial na vítima. *Psicologia*, Lisboa, v. XXVII, n. 2, p. 81-106, 2013.

GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. *Stalking*: consensos e controvérsias. *In*: MACHADO, C. (coord.). *Novos olhares sobre a vitimação criminal*: teorias, impacto e intervenção. Braga: Psiquilíbrios, 2010. p. 121-166.

HALL, Doris M. Victims of stalking. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 115-139.

JORDAN, Carol E.; LOGAN, T.K.; WALKER, Robert; NIGOFF, Amy. Stalking: An examination of the criminal justice response. *Journal of Interpersonal Violence*, Washington, v. 18, n. 2, p. 148-165, 2003.

KIENLEN, Kristine K. Development and social antecedents of stalking. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 51-67.

MACHADO, Lia Zanotta. Além das representações: gênero, sexualidade, corpo e violência. *Mimeo*. [S.d.].

MACHADO, Lia Zanotta. O medo urbano e a violência de gênero. *In*: MACHADO, Lia Zanotta; MOURA, Cristina Patriota de; BORGES, Antonádia Monteiro (orgs.). *A cidade e o medo*. Brasília: Verbena e Francis, 2014. p. 103-125.

MATOS, Marlene; GRANGEIA, Helena; FERREIRA, Célia; AZEVEDO, Vanessa. *Inquérito de vitimação por* stalking: Relatório de investigação. Minho: Grupo de Investigação sobre *Stalking* em Portugal, 2011. 78p.

MCFARLANE, Judith; CAMPBELL, Jacquelyn C.; WATSON, Kathy. Intimate partner stalking and femicide: urgent implications for women's safety. *Behavioral Sciences and the Law*, New York, v. 20, p. 51-68, 2002.

MELOY, J. Reid. The psychology of stalking. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 02-23.

MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary; STUART, G.W. Study of Stalkers. *American Journal of Psychiatry*, Washington, v. 156, p. 1.244-1.249, 1999.

MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary. Stalking: a new categorization of human behavior. *In*: MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary (orgs.). *Stalkers and their victims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 5-25.

PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul E. The impact of stalkers on their victims. *British Journal of Psychiatry*, Cambridge, v. 170, p. 12-17, 1997.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances da intervenção do direito nos casos de violência doméstica. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 60, p. 115-142, 2016.

ROSENFELD, Barry. Recidivism in stalking and obsessional harassment. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 27, n. 3, p. 251-265, 2003.

ROSENFELD, Barry. Violence risk factors in stalking and obsessional harassment: a review and preliminary meta-analysis. *Criminal Justice and Behavior*, California, v. 31, n. 1, p. 09-36, 2004.

SAUNDERS, Rhonda. The legal perspectives on stalking. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 28-51.

TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy. *Stalking in America*: findings from the National Violence Against Women Survey. U.S. Department of Justice: Washington, DC, 1998.

WALKER, Lenore E.; MELOY, J. Reid. Stalking and domestic violence. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 140-164.

WALKLATE, Sandra. *Gender, crime and criminal justice*. Devon: Willan Publishing, 2004. 237p.

ZONA, Michael A.; PALAREA, Russell E.; LANE, John C. Psychiatric diagnosis and the offender – Victim typology of stalking. *In*: MELOY, J. Reid (org.). *The psychology of stalking*: clinical and forensic perspective. San Diego: Academic Press, 1998. p. 69-84.

Como citar este artigo:

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; BORGES, Maria Paula Benjamim. Concepções genderizadas na análise de deferimento das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs). *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1939. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201939.

Camila Cardoso de Mello Prando

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Criminologia e Direito Penal dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (CEDD).

camilaprando@gmail.com

Maria Paula Benjamim Borges

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada.

mariapaulabborges@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 19.02.2018
Aprovado: 22.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201940

Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores?

ANTITRUST LAW AND SUPERMARKETS: HOW THESE TWO-SIDED PLATFORMS CAN CAUSE HARM TO CONSUMERS?

Amanda Athayde[1]

Resumo
O presente artigo propõe, à luz da evolução da tradicional visão antitruste dos supermercados varejistas, uma moderna análise antitruste do setor. Busca-se superar a ideia de que os supermercados figuram como agentes neutros de mercado, evidenciando que o poder de mercado no varejo supermercadista pode impactar negativamente na concorrência. Assim, o presente artigo estuda os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência. Nos termos da teoria da plataforma de dois lados, propõe-se que os supermercados sejam analisados como prestadores de serviços para consumidores finais e para os fornecedores, ressaltando que esses dois grupos distintos dependem do supermercado para o intermédio de transações, o que faz com que existam externalidades indiretas entre os dois grupos e, consequentemente, confere poder de barganha à plataforma. Por sua vez, nos termos da teoria dos gargalos à concorrência, defende-se que o supermercado varejista detém um poder monopolista de prover ou não o acesso de um grupo a outro. Tal proposta, como este artigo busca demonstrar, traz consigo um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista, tanto em suas relações verticais quanto horizontais e diagonais.

Palavras-chave
Direito da concorrência; varejo supermercadista; plataforma de dois lados; teoria do gargalo à concorrência.

Abstract
This article proposes, in the light of the evolution of the traditional vision of retail supermarkets, a modern antitrust analysis of this sector, seeking to overcome the idea that supermarkets appear as neutral agents of the market, hence the market power in supermarket retailer can impact on the competition field. Thus, this article studies the supermarkets as two-sided platforms with characteristics of the competitive bottleneck. According to the two-sided platform theory, the supermarkets should be analyzed as service providers for final consumers and suppliers, noting that these two distinct groups depend on the supermarket for the intermediation of transactions, which means that there are indirect externalities between the two groups and, consequently, confers bargaining power to the platform. Furthermore, according to the theory of bottlenecks to competition, it can be argued that the retail supermarket has a monopoly power to provide access to one group or another. This proposal, as this article seeks to demonstrate, brings with it a new way of understanding the possible legal relationships of the agents in the retail supermarket, in their vertical, horizontal and diagonal relations.

Keywords
Antitrust law; supermarket retailer; two-sided platform; competitive bottleneck model.

1 Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-8557-9204

CC BY-NC

Introdução

Em janeiro de 2020, a rede varejista Walmart anunciou que passará não apenas a vender carnes em seus supermercados, mas também a atuar em toda a cadeia de processamento, desde o corte até a embalagem e a aposição da marca própria desses produtos. Trata-se de um movimento alinhado com outras experiências recentes nos Estados Unidos e em outros países do mundo, a partir do qual os supermercados saem de sua posição tradicional de revendedores e passam a assumir um papel mais ativo na cadeia de suprimentos de alimentos. Será que esse movimento traz benefícios aos consumidores? E, se trouxer, será que tais benefícios superam os eventuais riscos tanto aos consumidores quanto à concorrência no varejo supermercadista? Para responder a essa pergunta, deve-se inicialmente superar a tradicional visão do varejo supermercadista, outrora visto como um agente neutro no mercado, que simplesmente transmite a demanda do consumidor final aos fabricantes da indústria, e adotar uma moderna visão do varejo supermercadista, atentando-se para suas relações verticais, horizontais e diagonais no mercado.

O pressuposto dessa moderna análise antitruste dos supermercados é que é necessário levar em conta, além de preços, fatores como inovação, qualidade e variedade, a fim de criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger o interesse da coletividade. Uma concorrência qualitativa resulta na redistribuição dos efeitos concorrenciais para os consumidores e para a sociedade, atingindo o fim último da justiça social apregoada na Constituição brasileira.

A visão tradicional coloca o varejo supermercadista como um agente/representante dos consumidores quando decide adquirir mercadorias dos fornecedores. Nesse sentido, entende-se que o varejista não tem poder de mercado ou, se o tem, exerce esse poder para o estrito benefício do consumidor final. Sob tal prisma, o exercício desse poder resultaria em menores preços de compra, que seriam repassados na forma de menores preços de venda no varejo, o que aumentaria a demanda do consumidor final sem restrição de oferta. Eventual tensão entre os fabricantes e os varejistas teria um resultado final neutro ou positivo para os consumidores finais. Sustenta tal visão tradicional que as autoridades de defesa da concorrência deveriam, portanto, se preocupar menos com o exercício do poder de mercado pela ótica da compra do que da venda, presumindo-se que pela primeira o poder de mercado seria utilizado como um mecanismo compensatório.

A análise antitruste tradicional aplica uma visão benéfica sobre o poder de compra ("*buyer power*"), até mesmo em termos de nomenclatura.[1] No varejo supermercadista, essa análise tradicional

1 Tem-se um tratamento diferenciado dado ao poder de mercado na compra (viés positivo) daquele na venda. Ao passo que o poder de mercado na venda é denominado genericamente poder de mercado ("*market power*"), o poder de mercado na compra é denominado especificamente poder de compra ("*buyer power*"), poder compensatório ("*countervailing power*") ou poder de monopsônio ("*monopsony power*"). Essa

pressupõe que os menores preços de compra resultantes do poder dos varejistas seriam totalmente repassados aos consumidores finais, significando maior *output* e bem-estar do consumidor. O poder de compra é visto como oriundo da habilidade de o varejista obter de seus fornecedores condições mais favoráveis do que aquelas disponíveis a outros compradores ou ao mercado em uma condição normal de competição. Esses termos mais favoráveis, por sua vez, dizem respeito tanto a preço quanto a condições contratuais que são relacionadas, por exemplo, a pagamento, qualidade, rotulagem, embalagem ou qualquer atividade de *marketing*/promoção.

Galbraith (1970) foi quem identificou pela primeira vez, ainda em 1952, as possibilidades de benefícios sociais associados ao poder compensatório.[2] Para o autor, poder-se-ia gerar aumento de bem-estar por meio do poder compensatório, pois haveria o enfrentamento aos efeitos negativos do poder de mercado existente, bem como resultaria em ganhos que seriam repassados aos consumidores finais.[3] Similarmente, Maitland-Walker (2000) sustenta que os grandes varejistas valer-se-iam do seu poder de compra para pressionar os fabricantes ao rebaixamento de preços ou a melhores condições de comercialização, que acabariam sendo revertidos ao consumidor.[4]

Especificamente sobre o varejo supermercadista, a análise tradicional indica que os possíveis efeitos negativos do poder de compra ao bem-estar do consumidor surgiriam apenas em situações bastante restritas. No mercado varejista ("*output market*"),[5] tais efeitos negativos

diferença de nomenclatura é observada, por exemplo, na medida em que, por um lado, para avaliar o poder de mercado de um fabricante (vendedor) de produtos, a linguagem utilizada é simplesmente de poder de mercado, sem se definir que é o poder de mercado na venda. Por outro lado, para avaliar o poder de mercado de um distribuidor (atacadista/varejista) na compra, o termo utilizado não é o do poder de mercado, mas sim a nomenclatura específica do poder de compra ou do poder de barganha, em contraposição implícita ao poder dos fabricantes (poder compensatório). Essa diferenciação, por sua vez, leva a diversas tentativas de delimitação e aprofundamento sobre o conceito de poder de compra e sobre suas relações jurídicas, em contraposição à reconhecida – ainda que não necessariamente pacífica – definição do conceito de poder de mercado na venda.

2 Sob o prisma da demanda, a união de compradores, seja via associações de compra, seja via fusões, seria um novo mecanismo "autorregulador" do mercado, pois equilibraria forças com os fornecedores.

3 A tese de Galbraith foi e continua sendo contestada na definição de como os ganhos derivados do poder de compra seriam repassados para os consumidores. Um dos primeiros críticos a essa tese foi Whitney (1953).

4 Ainda, segundo o autor, o desenvolvimento de marcas próprias resultaria na comercialização de produtos a preços mais convenientes aos consumidores, e essa maior diversidade de produtos nas gôndolas representaria mais opções aos consumidores, que se beneficiariam da concorrência entre os produtos. Assim, a realização de guerras de preços e promoções entre os varejistas seria benéfica ao bem-estar do consumidor.

5 O termo "mercado varejista" será utilizado para referir-se ao mercado pela ótica da venda, cujas expressões em inglês são "*output market*" ou "*downstream market*". Essa expressão é normalmente empregada como contraponto

seriam observados unicamente se o menor preço de compra obtido por um varejista resultasse na saída de outros concorrentes do mercado ou no aumento de preços a outros varejistas. Por sua vez, no mercado de aprovisionamento ("*input market*"), os efeitos negativos apenas apareceriam nas hipóteses restritas de saída dos fabricantes do mercado ou de redução de seus investimentos a ponto de aumentar os preços de venda ao consumidor. É dada preferência, pela ótica tradicional, aos benefícios estáticos de curto prazo relacionados a preço, sem levar necessariamente em conta os efeitos dinâmicos de médio e longo prazo na concorrência no mercado, tais como os relacionados a qualidade, inovação e variedade.

Berasategi (2014) discute que esse tipo de análise negligencia evidências do exercício de poder de mercado pelos varejistas e que, com base nesses argumentos tradicionais, as autoridades de concorrência estariam restringindo sua atuação no setor do varejo supermercadista (por vezes denominado "varejo alimentar") a atos de concentração econômica ou a tarefas de advocacia da concorrência, sem se adentrar na análise de eventuais condutas anticompetitivas praticadas nesse mercado. Tal restrição apontada pelo autor é realidade no Brasil. *A normativa*[6,7] *e a jurisprudência administrativas brasileira a respeito do poder de compra (e, consequentemente, no poder de compra no varejo supermercadista) praticamente se restringem aos atos de concentração, e parecem se alinhar à visão tradicional.* Mesmo nas operações de concentração econômica nas quais se esboçou alguma preocupação em relação ao poder de compra no Brasil, a

ao termo "mercado de aprovisionamento", que se refere ao mercado pela ótica da compra dos supermercados – em que os fabricantes realizam suas vendas. Esse termo reflete as expressões em inglês "*input market*" e "*upstream market*".

6 O Guia de Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal das Secretarias de Acompanhamento Econômico (doravante "Seae") e de Direito Econômico (doravante "SDE") encampava a visão, ainda que implícita, de que o poder de compra, como poder compensatório, seria positivo para a concorrência, tratado como uma eficiência da operação (BRASIL, 2001). No parágrafo 74, que trata da análise das eficiências econômicas resultantes da operação, aponta-se que pode ser considerada eficiência específica da operação a geração de um poder de mercado compensatório. Esse posicionamento também parece ser adotado, por exemplo, nos Guias de Restrições Verticais e de Acordos Anticoncorrenciais da União Europeia, em que o poder de compra é sinalizado sob o viés positivo. O Guia de Análise de Restrições Verticais da União Europeia avança um pouco ao mencionar, no capítulo relativo aos acordos de gestão de categoria, a possibilidade de fechamento de mercado aos fabricantes detentores de marcas independentes em decorrência das práticas dos supermercados detentores de poder de compra relacionadas a acesso às lojas (COMISSÃO EUROPEIA, 2010a). Ainda na União Europeia, o Guia de Acordos Anticoncorrenciais da União Europeia associa o termo "consumidor" ao termo "distribuidor" (atacadista/varejista), implicitamente considerando-o como um intermediário neutro no mercado (COMISSÃO EUROPEIA, 2004).

7 O Guia de Análise dos Atos de Concentração Horizontal ("doravante Guia H") ainda corrobora essa visão tradicional, em que pese dar um passo adiante e mostrar atenção ao tema do poder de compra, com um capítulo específico subdividido entre poder compensatório e poder de monopsônio (BRASIL, 2016).

análise realizada não foi aprofundada.[8] Ademais, não há processo administrativo instaurado ou julgado pelo Plenário do Cade que avalie com profundidade as preocupações concorrenciais com as práticas comerciais horizontais ou verticais praticadas por supermercados.[9] Em que pese terem sido realizadas algumas poucas investigações preliminares, estas não prosseguiram sob o argumento de supostamente serem relações privadas, que não caracterizariam infração à ordem econômica.

Ao contrário do que se observa no Brasil, no exterior a análise tradicional centrada nos efeitos estáticos de curto prazo relacionados a preço vem sendo superada por estudos de autoridades antitruste estrangeiras, organismos internacionais e acadêmicos, que aportam evidências práticas para a mudança de paradigma.

Propõe-se, nesse sentido, que os supermercados sejam analisados concorrencialmente como plataformas de dois lados, com características de gargalo à concorrência ("*gatekeeper*"), como prestadores de serviços para consumidores finais e para fornecedores. Essa proposta traz consigo um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista, tanto em suas relações verticais quanto horizontais, movimento necessário para alcançar a análise qualitativa da concorrência, superando a ultrapassada visão da concorrência apenas como disputa por preço.

A aplicação dessa nova compreensão do varejo supermercadista ao contexto brasileiro tem relevância jurídica ao propor uma análise que observe o varejista como um agente de

8 Os principais motivos para levarem essa constatação pelos autores seriam: foco das análises na oferta, em detrimento da avaliação sobre a demanda (compra); participação na compra era considerada insuficiente para causar danos sobre o mercado; desnecessidade de avaliação dos efeitos do poder de compra quando comprovado o cartel; e celebração de Termo de Cessação de Conduta que resulta no arquivamento do caso sem aprofundamento sobre o tema (RAGAZZO e MACHADO, 2013).

9 Essa informação também é corroborada pelas pesquisas de casos realizadas por Berardo e Becker (2015, p. 95-106). "*In the grocery sector, however, there is no record of a decision or even an investigation for any type of horizontal conduct, such as collective boycotts or price-fixing practices. No investigation of cases involving joint retaliation from suppliers, especially small-sized ones, has actually taken place, at least publicly*". "*There have been no precedents recommended resale prices in the retail grocery sector. The CADE, however, has recently condemned a company for resale price fixing [SKF Brasil Ltda., Administrative Proceeding n. 08012.001271/2001-44]*". "*The CADE has never, however, found an infringement of the competition law on the basis of an abuse of buying power.* [...] *In the past, several cases have dealt with dependency, but the CADE highlighted that dependency, i.e. one seller depending exclusively or almost exclusively on purchases made by one purchaser, does not in itself necessarily correspond to buying power, which obviously depends on aggregate market output and purchases. Nonetheless, there is no precedent regarding infringements involving buying power or dependency. There have been a number of dependency cases in the early 2000s that superficially discuss the manufacturer-distributor relationship. These cases discuss the extent to which the private relation should be governed by competition law and state that it the plaintiff cannot show harm or potential harm to competition (as opposed to private harm to a single distributor), it should not be subject to the CADE's analysis. At the same time, there has been no case of 'waterbed effect' related to retailers in Brazil*".

mercado que pode influenciar nas variáveis preço, qualidade e quantidade ofertada dos produtos comercializados e, consequentemente, no bem-estar do consumidor.

Como forma de explicar essa proposta, o presente artigo se dividirá nos seguintes tópicos: (1) breve exposição da teoria da plataforma de dois lados, explicando a ideia das empresas que atendem, simultaneamente, dois grupos interdependentes de adquirentes para, a partir disso, (2) caracterizar os supermercados como plataformas de dois lados, visto que prestam serviços para consumidores finais e fornecedores, grupos interdependentes entre si. Após, analisaremos (3) a teoria do "gargalo à concorrência" e como ela se aplica ao supermercado como plataforma de dois lados, para, com base nesses estudos, verificarmos (4) as relações jurídicas do varejo supermercadista e os novos paradigmas dessas relações.

1. Breve teoria da plataforma de dois lados

A teoria da plataforma de dois lados tem como alguns de seus principais autores Rochet e Tirole (2002, 2003, 2004 e 2006), Evans (2003a e 2003b), Parker e Van Alstayne (2005), Caillaud e Jullien (2001 e 2003), Armstrong (2006) e Schmalensee (2016). A expressão, oriunda do inglês "*two-sided platforms*", foi usada inicialmente por Rochet e Tirole (2004) para se referir a situações em que as empresas atendem, simultaneamente, dois grupos interdependentes de adquirentes. Para os autores, a plataforma pode afetar o volume de transações ao cobrar mais de um lado do mercado e reduzir o preço pago do outro lado na mesma proporção. Ou seja, haveria uma adaptação da estrutura de preço (LLANES e RUIZ-ALISEDA, 2015), sob a presunção de manutenção do "*price level*" geral. Um dos lados da plataforma, portanto, subsidiaria o negócio do outro lado ("*loss leader*") (ROCHET e TIROLE, 2006). Segundo os autores, a plataforma existiria, então, quando houvesse (i) dois grupos distintos que precisam interagir um com o outro e (ii) externalidades indiretas positivas entre esses dois grupos de consumidores.

Por sua vez, Evans (2003a) usa o conceito de plataforma de dois lados para se referir genericamente a situações em que existem dois grupos de consumidores que se beneficiam da interação e para quem a plataforma pode oferecer uma intermediação eficiente de serviços. Assim, seriam *condições para uma plataforma de dois lados*: (i) dois ou mais grupos distintos de consumidores; (ii) externalidades associadas ao fato de dois ou mais grupos estarem conectados ou coordenados de algum modo; e (iii) um intermediário que internalize as externalidades criadas por um grupo ao outro grupo.

Ainda, Weyl (2008) adota uma definição mais flexível, segundo a qual mercados de dois lados seriam modelos de comportamentos de empresas em que a interdependência entre eles se mostra uma importante ferramenta de análise. Em termos de interdependência, a plataforma precisa que os dois grupos estejam "a bordo" para propriamente operar, uma vez que, sem um lado da plataforma, o outro lado não aderiria. Em termos simples, um mercado de dois lados seria aquele em que uma empresa vende produtos ou presta serviços distintos a dois grupos diferentes de consumidores, e reconhece que vender mais para um grupo afeta

a demanda do outro, e vice-versa (FILISTRUCCHI, GERADIN e VAN DAMME, 2012). Geralmente, esses grupos – ou um deles – não conseguem obter o mesmo valor, ou pelo menos não conseguem obtê-lo na mesma extensão, sem se utilizarem da plataforma. É nesse sentido que Caillaud e Jullien (2003) definem essa situação como o problema da "galinha e do ovo", pois, para atrair compradores, o intermediário deve ter uma grande base de vendedores, porém, para que os vendedores possam aderir à plataforma, é necessário ter, no mínimo, expectativa de que há ou haverá compradores do outro lado.

Filistrucchi, Geradin e Van Damme (2012), após analisarem as definições da literatura, apontam para as seguintes características identificadoras dos mercados de dois lados: (i) a existência de uma empresa intermediadora que vende mais de um produto ou serviço; (ii) a presença de dois grupos distintos, cada um comprando diferentes produtos ou serviços; e (iii) a interdependência entre as demandas e a ausência de completa transferência dos benefícios ("*pass-through*") entre os grupos no caso de transações no mercado.

Finalmente, Hagiu (2007) alerta no sentido de que há uma miríade de cenários entre os dois extremos que caracterizam uma relação de compra e venda simples e uma plataforma de dois lados. A caracterização de um intermediário como plataforma de dois lados, portanto, estaria menos ligada à natureza da plataforma e mais ligada às decisões que são tomadas pelas empresas que dela fazem parte. É por esse motivo que Rysman (2009) propõe a utilização da expressão "estratégias de dois lados" em vez de "mercados de dois lados".

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2009), com fundamento na doutrina e na experiência das autoridades antitruste ao redor do mundo, realizou amplo estudo em 2009 sobre essa teoria e apontou que não há uma definição universalmente aceita para o conceito de "mercado de dois lados". Existiria, porém, um consenso a respeito dos *três aspectos fundamentais que caracterizariam uma plataforma de dois lados*: (i) a existência de dois grupos distintos, que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles, sendo a plataforma o provedor de produtos e/ou serviços simultaneamente; (ii) a existência de externalidades indiretas[10]

10 Segundo a OCDE (2017, p. 3, tradução nossa), os efeitos de rede, quando considerados em mercados de vários lados, "são as externalidades entre plataformas ocorridas quando resultam das ações dos participantes em qualquer lado da plataforma, ou da plataforma em si mesma, afetando participantes dos outros lados da plataforma (ou da plataforma em funcionamento em si mesma). Essas externalidades podem ser diretas – como quando um aumento de provedores de conteúdo torna a plataforma mais cara aos consumidores de conteúdo –, ou indiretas – como quando uma melhora qualitativa aos usuários torna a plataforma mais atrativa aos provedores de conteúdo ou serviços e para anunciantes". Assim como no *paper* da OCDE, este artigo tratará as externalidades entre plataformas simplesmente como "efeitos de rede". A respeito da diferença entre externalidades diretas e indiretas: "*Direct Network effects arise when the value of a good to a consumer increases directly with the number of people using that good. Telephony services are more valuable for a given consumer, the larger the number of other consumers that also use them, because he can communicate with*

entre os grupos de adquirentes, de modo que o valor que um dos lados da plataforma atribui a ela aumenta o número do outro lado da plataforma; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço, ou seja, a plataforma afeta o volume das transações – por exemplo, aumentando os preços de um lado para diminuir do outro e induzindo ambos a aderir à plataforma –, não sendo um intermediário neutro no mercado.

Ademais, a OCDE sinaliza a necessidade de se considerarem ambos os lados na definição e na análise concorrencial dos mercados relevantes. Sugere-se a superação dos métodos de análise tradicionais e das fórmulas aplicáveis a análises de mercados de um lado, como o teste do monopolista hipotético. Estes, segundo se indica, não se aplicariam aos mercados de dois lados, a não ser que fossem reformulados/adaptados (WRIGHT, 2004). Algumas condutas anticompetitivas que poderiam surgir no bojo de plataformas de dois lados, relacionadas a preço – como preços predatórios ou excessivos –, deveriam considerar os níveis de preços somando os praticados em ambos os lados da plataforma, e não os preços individuais ou a estrutura de preços separadamente. Por sua vez, condutas não relacionadas a preço – como acordos de exclusividade e venda casada – estariam no centro das discussões antitruste, pelos riscos de limitação da concorrência e do fechamento de mercado para rivais. Nesses casos, a análise deveria considerar como a conduta em um lado da plataforma afeta o outro lado do mercado, bem como o efeito geral da prática para o bem-estar da sociedade.

O compilado da OCDE também indica que algumas atividades econômicas foram consideradas plataformas de dois lados pelas autoridades antitruste ao redor do mundo, sendo objeto de análise concorrencial e/ou de remédios concorrenciais e/ou regulatórios por autoridades. Entre elas, citam-se as seguintes: sistemas operacionais de computador (intermedeiam desenvolvedores de *software* e usuários de computador); sistemas informatizados de reserva ("*computerized reservation systems*");[11] cartões de crédito (intermedeiam possuidores de cartões e comerciantes) ("*card payment networks*");[12] corretagem imobiliária (intermedeia

• • •

more people. Indirect Network effects arise when the value of a good to a consumer increases with the number of people using that good, but only indirectly" (OCDE, 2009, p. 29). Nos termos de LIM (2015), a diferença estaria no fato de que as externalidades diretas seriam encontradas dentro do grupo ("*within*"), ao passo que as externalidades indiretas seriam encontradas entre os grupos ("*between*").

11 Sobre o mercado de sistemas informatizados de reserva ("*computerized reservation systems*") como plataforma de dois lados, ver: Europa (1989, revogada em 2009). *Council Regulation 2299/1989*, de 24.07.1989, subsequentemente emendada pelas *Regulations 3089/1993* e *323/1999*. Essa regulamentação setorial foi recentemente revogada pela *Regulation 80/2009 of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on a Code of Conduct for computerized reservation systems.*

12 Sobre o mercado de redes de pagamento por cartão ("*card payment networks*") como plataforma de dois lados, Europa e Estados Unidos intervieram para suprimir ou reduzir as restrições impostas. Na Europa (2012), inclusive, foi proposta uma regulamentação dos pagamentos nesse mercado na *Commission Green Paper, "Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments", COM/2011/0941 final,*

inquilinos e proprietários); provedores de serviço de internet ("*internet service providers*");[13] portais de internet e sistemas de busca (intermedeiam *sites* e internautas) ("*internet search engines*");[14] registro de nome de domínio na internet ("*internet domain name registration*"),[15] plataformas de mídia ("*media platforms*"),[16] redes de comunicação móveis ("*mobile communications networks*"),[17] revistas (intermedeiam leitores e escritores); páginas amarelas (intermedeiam leitores e empresas); *shoppings* (intermedeiam lojas e compradores), *softwares* de publicação (intermedeiam autores e leitores), consoles de *videogame* (intermedeiam jogadores e desenvolvedores), mercados de reposição de peças ("*aftermarkets*");[18] bem como vários tipos

• • •

11.01.2012, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, COM/2013/5503, 24.07.2013.

13 Sobre o mercado de provedores de serviço de internet ("*internet service providers*") como plataforma de dois lados, observa-se a tentativa da Comissão Europeia de expressamente regular a denominada "neutralidade das redes" no *European Parliament Resolution of 17 November 2011 on the open internet and net neutrality in Europe, P7_TA-PROV(2011)0511 and Connected Continent legislative package*. Por sua vez, nos Estados Unidos (2010) também há a imposição da neutralidade das redes.

14 Sobre o mercado de *sites* de busca na internet ("*internet search engines*") como plataforma de dois lados, existe investigação sobre práticas do Google na Europa (COMISSÃO EUROPEIA, 2010b e 2013a) e também no Brasil (onde há três casos instaurados para investigar conduta anticompetitiva do Google nesse mercado: o Processo Administrativo 08700.009082/2013-03, que investiga conduta de *screping*; o Processo Administrativo 08700.010483/2011-94, que investiga a conduta de *search bias* e de restrições de anúncios com foto, em detrimento de *sites* de comparação de preço; e o Processo Administrativo 08700.005694/2013-19, que investiga restrições à interoperabilidade entre plataformas de busca patrocinada que o Google teria imposto por meio dos Termos e Condições da API do AdWords).

15 Sobre o mercado de registro de nome de domínio na internet ("*internet domain name registration*") como plataforma de dois lados, houve discussão nos Estados Unidos e na Europa sobre a eficiência ou não da proibição da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) sobre os riscos concorrenciais da integração vertical das atividades de registro.

16 Sobre o mercado de plataformas de mídia ("*media platforms*") como plataforma de dois lados, autoridades de concorrência consideram que as empresas que fazem propaganda na plataforma de mídia estão em posição igualitária em comparação com os usuários que leem, escutam ou visualizam a plataforma. No Canadá, inclusive, para a aprovação da fusão entre *Carlton/Granada*, foram impostas regras de proteção contra práticas desleais e discriminatórias.

17 Sobre o mercado de redes de comunicação móveis ("*mobile communications networks*") como plataforma de dois lados: Europa. *Regulation 531/2012 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012, on roaming on public mobile communication networks within the Union*, que revogou a legislação anterior, *Regulation 717/2007 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2007, on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC*.

18 Sobre os mercados de reposição de peças ("*aftermarkets*") como plataforma de dois lados, na Europa já se determinou, no mercado automotivo especificamente, a obrigação de acesso não discriminatório a oficinas por parte das fabricantes de peças automotivas para reposição.

de serviços de intermediação, como agências de correspondência e de emprego, casas de leilão, redes de *vouchers* de serviços, sistemas de pagamento, alguns sistemas de telecomunicações, publicações científicas, das redes de pagamento por cartão. Evans e Schmalensee (2016) indicam algumas das "*multisided platforms*" mais recentes, como Facebook, Visa, Open Table, Airbnb, Uber, etc., e descrevem seu modo de funcionamento e sucesso.

2. SUPERMERCADOS COMO PLATAFORMAS DE DOIS LADOS: PRESTADORES DE SERVIÇOS PARA CONSUMIDORES FINAIS E PARA FORNECEDORES

Acadêmicos como Armstrong (2006 e 2007) e Berasategi (2014), bem como autoridades antitruste estrangeiras, como o Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (2009), a Autoridade Russa de Concorrência (OCDE, 2009, p. 201), a Comissão Europeia (2010c), o documento para discussão da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2014) e o documento da OCDE (2018), sinalizam no sentido de caracterizar os supermercados como plataformas de dois lados. Similarmente, propõe-se neste artigo que se tenham os supermercados como plataformas de dois lados nas análises concorrenciais, pois preenchem as três características fundamentais desse conceito: (i) a existência de dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço.

Quanto à característica (i) de fornecer produtos e/ou serviços simultaneamente para dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles, verifica-se que os supermercados prestam serviços a dois grupos: os consumidores finais e os fornecedores de marcas independentes. Ambos precisam uns dos outros – os consumidores precisam dos produtos e os fabricantes precisam escoar sua produção de produtos de marca independente no mercado –, de modo que o supermercado intermedeia um e outro.

De um lado da plataforma, o supermercado presta serviços aos consumidores finais consistentes na disponibilização de produtos no modelo de negócios *one-stop shopping*. Esse modo de fazer compras influenciou a mudança no padrão de compra dos consumidores, pois permite realizá-las em um só local, com maior variedade de produtos. Também possibilita comparar preços, obter economias de custos e ganho de tempo (por exemplo, decorrente da intensificação do trânsito), evitar riscos com a inflação e usufruir de estacionamento gratuito, entre outras facilidades (FORGIONI, 2008, p. 573). A maior ou menor valorização do modelo *one-stop stopping* pelos consumidores varia de acordo com fatores como tempo, acesso a transporte e habilidade de estocar itens perecíveis até a próxima ida aos supermercados. Assim, mesmo oferecendo esse modelo *one-stop shopping*, nenhum supermercado disponibiliza aos consumidores exatamente a mesma experiência de compra, pois esta resulta da combinação de fatores como localização, preços, seleção (pluralidade de

produtos), qualidade e outras variáveis que afetam a escolha do consumidor (BASKER e NOEL, 2013).

Do outro lado da plataforma, o supermercado presta serviços aos fornecedores de marcas independentes. Essa prestação de serviços está relacionada ao acesso à loja e também aos serviços dentro desta, "*access to and competition within supermarket platform*" (BERASATEGI, 2014). O preço cobrado pelos supermercados de seus fornecedores é, então, uma tarifa bipartite, exigida não apenas por aderir à plataforma, mas também por usá-la, nos termos de Filistrucchi, Geradin e Van Damme (2012). Esses fornecedores apenas atingirão os consumidores – ou apenas os alcançarão na mesma extensão – se intermediados pela plataforma dos supermercados.

Assim, essa intermediação de transações realizada pelos supermercados a ambos os lados da plataforma, com as demais características a seguir mencionadas, os qualifica como plataforma de dois lados, por seu papel de prestador de serviços *one-stop shopping* aos consumidores e também de prestador de serviços de acesso à e dentro da plataforma aos fornecedores.

Quanto à característica (ii) de existirem externalidades indiretas entre os grupos, tem-se que o valor que um grupo atribui à plataforma de um lado aumenta o número de consumidores do outro lado. Por um lado, verifica-se que os consumidores finais valorizam o supermercado pelo modelo de negócios *one-stop shopping*, que reúne variedade e conforto em uma única localidade, consistente em uma das explicações da emergência global dos supermercados (RICHARDS e HAMILTON, 2012). Por outro lado, os fabricantes fornecedores valorizam os supermercados pela habilidade de atrair a maior quantidade possível de clientes, e o maior número de consumidores finais em uma cadeia de supermercados tende a atrair o fornecimento por parte de mais fabricantes de produtos de marca independente (VIANNINI, 2008). Assim, quanto maior seu alcance junto aos consumidores finais, maior o poder dos supermercados perante seus fornecedores (GORDILHO JR., 2012, p. 51). Essas externalidades indiretas promovidas pelos varejistas, com as demais características supra e inframencionadas, os qualificam como plataforma de dois lados, pelo valor dado ao *one-stop shopping* pelos consumidores e pelas repercussões geométricas de atração de fornecedores.

Finalmente, *quanto à característica (iii) da estrutura de preço da plataforma* afetar a dimensão das transações, os supermercados alteram a estrutura de preços dos fornecedores aos consumidores finais. Os varejistas tendem a cobrar dos consumidores finais menores preços para enfrentar a concorrência horizontal a jusante. Ao mesmo tempo, porém, tendem a cobrar dos fornecedores taxas e condições de acesso cada vez mais altas, bem como exigir o cumprimento de cláusulas/práticas que aumentam sua rentabilidade. O supermercado atua, então, como um intermediário não neutro no mercado, que altera a estrutura de preços ao longo da plataforma, possuindo a capacidade de defini-los em praticamente ambos os lados (ARMSTRONG, 2007). A análise passa a ter contornos ainda mais cinzentos ao se levar em conta o crescimento das marcas próprias, que concorrem com os produtos das marcas independentes dos fornecedores e que podem suscitar alterações ainda mais significativas na

estrutura de preços na plataforma. Essa diferenciação na estrutura de preços realizada pelos supermercados a ambos os lados da plataforma, junto com as demais características supramencionadas, os qualifica como plataforma de dois lados, em que os preços menores obtidos pelos supermercados na compra de produtos nem sempre são repassados para os consumidores. Nesse sentido, quanto menor a taxa de transferência dos benefícios, mais importante é a natureza da plataforma como de dois lados (FILISTRUCCHI, GERADIN e VAN DAMME, 2012, p. 10).

A evidência de ser o supermercado uma plataforma de dois lados torna os instrumentos tradicionais da análise antitruste inválidos ou, no mínimo, demandantes de reformulação. A visão tradicional dos supermercados como agentes neutros de mercado evolui e dá lugar a um novo paradigma, em que os serviços oferecidos pelos supermercados transcendem a uma relação comercial[19] e devem ser vistos sob a ótica dos dois mercados da plataforma.

3. Plataforma de dois lados com características de "gargalo à concorrência"

3.1. Breve teoria do "gargalo à concorrência" ("*competitive bottleneck model*"/"*gatekeeper*")

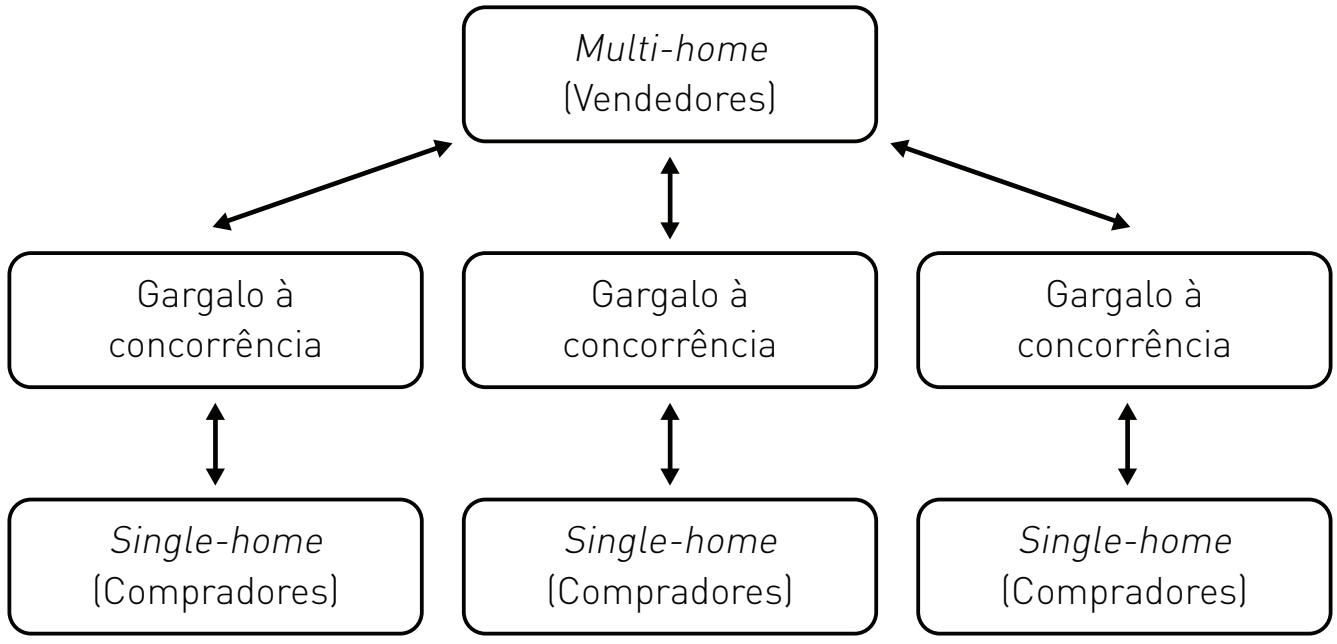
A teoria do gargalo à concorrência (*competitive bottleneck model*) foi desenvolvida inicialmente por Armstrong (2006) em seu artigo sobre plataformas de dois lados que servem a dois grupos diferentes de consumidores. Segundo essa teoria, enquanto um primeiro grupo tem acesso a diversas plataformas (*multi-home*), um segundo tem acesso apenas a uma plataforma (*single-home*). O primeiro grupo, que costuma ser dos vendedores, só consegue acessar o segundo grupo, que tende a ser dos compradores, por meio da plataforma escolhida pelo grupo *single-home*. A plataforma passa, então, a deter o poder monopolista de prover ou não acesso dos *multi-home* aos *single-home*. A plataforma se torna, dessa maneira, um *competitive bottleneck*, ou seja, um gargalo à concorrência, que pode cobrar e explorar o primeiro grupo (*multi-home*) para o benefício – ou não – do segundo grupo (*single-home*).

• • •

19 Alguns dos exemplos que justificam a afirmação de que a relação entre supermercados e fornecedores transcende a uma mera relação comercial e passa a ser de intermediação na base de uma plataforma de dois lados. Em um primeiro exemplo, os supermercados alugam espaço em gôndola para os fornecedores, sem necessariamente passar a deter a propriedade dos bens que distribuem. Em outro exemplo, os supermercados começam a alocar produtos de marca própria e de marcas independentes com base em fatores variados, que não apenas preço. Em um terceiro exemplo, os supermercados, além de comprarem os produtos dos fornecedores de marcas independentes após uma negociação bilateral, oferecem outros serviços remunerados, o que faz que a escolha do produto do fornecedor pelo supermercado vá além do preço de compra do produto, e leve em conta – principalmente, a nosso ver – os outros serviços que são por ele prestados e a ele remunerados ("serviços de acesso", que podem incluir serviços logísticos, serviços de "listagem", serviços dentro da loja).

A Figura 1, a seguir, ilustra um gargalo à concorrência.

FIGURA 1 – **GARGALO À CONCORRÊNCIA**



Fonte: Elaboração própria.

Nos termos de Armstrong (2006), as plataformas de dois lados com gargalos à concorrência teriam três características principais: (i) operam em mercados concentrados e que possuem algum poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante; (ii) possuem alto nível de fidelidade dos compradores de um lado da plataforma (*single-home*); e (iii) são capazes de explorar o grupo do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois os vendedores precisam de acesso à plataforma para alcançar os consumidores finais de maneira economicamente viável.

O próprio autor alude que sua teoria do gargalo à concorrência é análoga ao chamado "*mixed equilibria*" (CAILLAUD e JULLIEN, 2003). Esses autores argumentam que o grupo *single-home* é beneficiado pela plataforma quanto a preços, ao passo que se extrai ao máximo o lucro do grupo *multi-home*, com o que Armstrong concorda. Rochet e Tirole (2003) também possuem argumentação semelhante – mesmo que específica para o mercado de cartão de crédito, mas que pode ser aplicada de modo mais abrangente – no sentido de que é característica da teoria do gargalo à concorrência a verificação de que o grupo *single-home* é privilegiado, enquanto os interesses do grupo *multi-home* são ignorados em uma situação de equilíbrio (ARMSTRONG, 2006). Similarmente, Armstrong e Wright (2005) discorrem que, nesses casos de gargalo à concorrência, as plataformas competem agressivamente para atrair compradores (*single-home*). Estes, então, pagam pouco ou até mesmo nada para se

registrarem à plataforma, e os lucros são advindos dos vendedores (*multi-home*), que, para acessarem tais compradores, precisam utilizar-se da plataforma. Grimes (2005) também denomina essa situação de *gatekeeper power* (FTC, 2001), em sintonia com as terminologias mencionadas por algumas autoridades antitruste estrangeiras. Certos mercados são identificados na literatura como gargalos à concorrência, entre eles jornais, agências de turismo (ARMSTRONG, 2006)[20] e supermercados, como se passa a expor a seguir.

3.2. Supermercado como "gargalo à concorrência" para consumidores finais e para fornecedores

Acadêmicos e autoridades de defesa da concorrência já destacaram a característica dos supermercados como gargalos à concorrência, utilizando para tanto a nomenclatura "*competitive bottleneck*" ou "*gatekeepers*". Entre os acadêmicos mencionam-se, por exemplo, Armstrong (2006), Savrin *apud* FTC (2000)[21] e Berasategi (2014). Entre as autoridades antitruste estrangeiras citam-se, por exemplo, a Australian Competition and Consumer Commission (AUSTRÁLIA, 2008), a Autoridade de Concorrência de Portugal (PORTUGAL, 2010), a Finnish Competition Authority (2012, p. 23)[22] e o documento para discussão da UNCTAD (2014).

Similarmente à Figura 1, identifica-se da seguinte maneira o supermercado como um gargalo à concorrência (Figura 2):

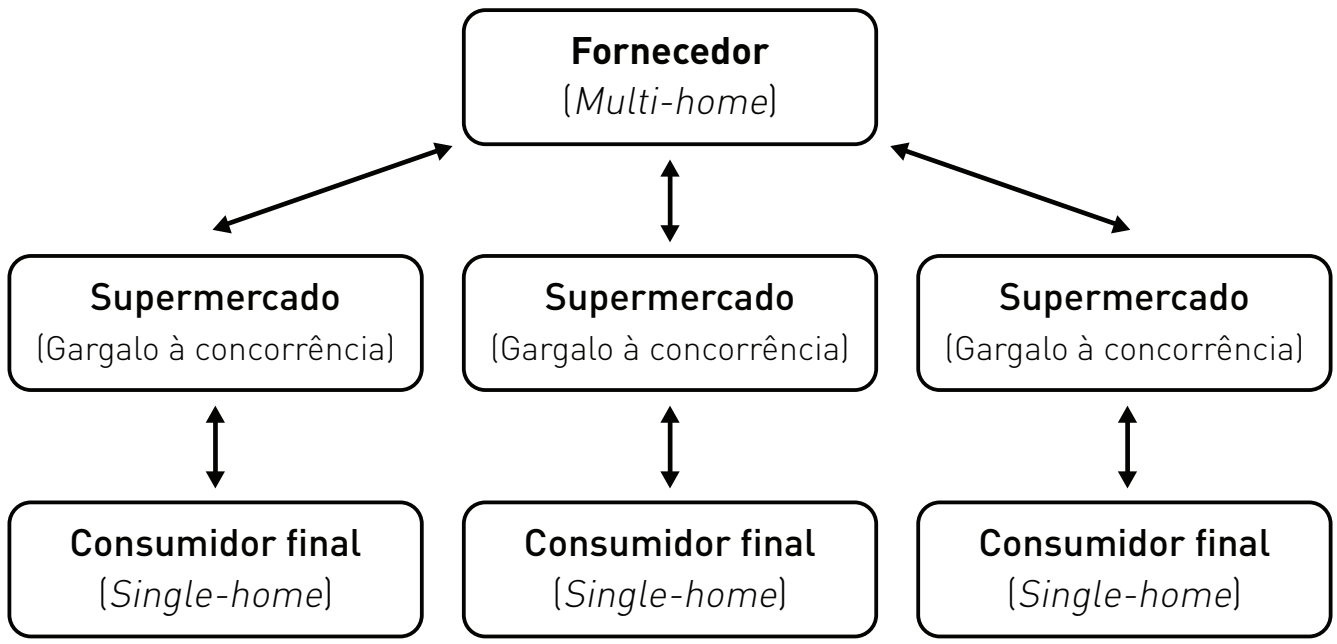
• • •

20 As agências de turismo seriam *competitive botllenecks*, pois os agentes de turismo podem usar apenas um sistema aéreo de reserva (*single-home*), ao passo que as companhias aéreas são forçadas a transacionar com todas as plataformas possíveis para ter acesso aos clientes dos agentes de turismo (*multi-home*) (ARMSTRONG, 2006).

21 O autor, em evento organizado pela Federal Trade Commission, em 2000, mencionou a discussão do papel dos grandes varejistas como "*gatekeepers*", pelo papel exercido tanto com os fornecedores no lado do aprovisionamento quanto com os consumidores do lado da venda. Para essa análise, apontou – mencionando a discussão na União Europeia envolvendo o caso Kesko/Tuko na Finlândia – que do lado do aprovisionamento havia sido realizada análise a respeito da existência de alternativas apropriadas para os fornecedores para as suas vendas aos varejistas.

22 "*It acts as a gatekeeper in managing shelfspace and selection and in deciding which products should be marketed*"; "*Private labels emphasize the role of the trade as a gatekeeper. The trade manages selection, pricing and display. The trade also obtains information on the cost structure of products through the private labels. Considering all these things it may be stated that private labels do not necessarily compete with branded products in a competition neutral way.*".

FIGURA 2 – **SUPERMERCADO COMO GARGALO À CONCORRÊNCIA**



Fonte: Elaboração própria.

Propõe-se que os supermercados sejam analisados concorrencialmente como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, pois preenchem as três características fundamentais desse conceito. Primeiro porque (i) operam em mercados concentrados e possuem poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante. Segundo porque (ii) têm alto nível de fidelidade dos consumidores de um lado da plataforma (*single-home*). E terceiro porque (iii) são capazes de explorar os grupos do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois vendedores precisam de acesso a esta para alcançarem os consumidores finais de maneira economicamente viável.

Quanto ao (i) poder de mercado, os supermercados operam em mercado com histórico e tendência de consolidação, cujas práticas comerciais evidenciam o poder destes tanto nos mercados varejistas (venda) quanto nos de aprovisionamento (compra), ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante. A concentração é um importante poder de mercado dos varejistas, mesmo que os percentuais de participação de mercado individualmente considerados sejam abaixo dos níveis de dominância tradicionais.

Quanto à (ii) fidelidade dos consumidores de um lado da plataforma, tem-se que os consumidores finais tendem a visitar apenas um supermercado (*single-home*) e tê-lo como um gargalo por diversos fatores cumulados. Os consumidores tendem a se fidelizar a um único varejista por diversos fatores, entre eles: (i) pela restrição das opções de supermercados, tendo em vista a concentração econômica e as barreiras à entrada e à expansão nos mercados locais; (ii) pela redução da percepção sobre diferenças de preços, decorrente da transparência das condições de mercado e também da entrada das marcas próprias; (iii) pela crescente tomada

de decisões dentro da loja do supermercado e diante das gôndolas, o que aumenta a influência das práticas comerciais implementadas pelo varejista; e (iv) pela crescente aceitação das marcas próprias pelos consumidores finais.

Ainda, quanto à (iii) capacidade de explorar o grupo do outro lado da plataforma, tem-se que os supermercados conseguem estrangular os fornecedores (*multi-home*) que desejam inserir seus produtos nas gôndolas dos supermercados. O modelo exitoso de *one-stop shop* faz que os fornecedores de produtos de marcas independentes não consigam alcançar os consumidores finais senão por meio da plataforma do supermercado. Uma vez acessada a plataforma, diversas variáveis importantes para a competitividade de um produto (como preço, apresentação e *marketing*) são controladas pelos supermercados dentro da loja, que podem influenciar os consumidores finais a favor das marcas próprias, em detrimento das marcas independentes do fornecedor. Em que pese isso, há o risco de retaliações, que deixa os fornecedores sem alternativas razoáveis para escoamento dos seus produtos senão pelos supermercados, em especial diante de um varejo *on-line* ainda incipiente (FRIEDERISZICK e GŁOWICKA, 2015).

Assim, sob a perspectiva dos fornecedores, Berasategi (2014) assevera que os produtos de marcas independentes precisam superar pelo menos duas dificuldades para alcançar sucesso no mercado: primeiro, o acesso aos supermercados, para em seguida passar ao segundo, que é a própria aceitação do produto pelos consumidores finais. O acesso a uma rede de distribuição é condição *sine qua non* para um negócio viável da indústria, para que, assim, possa alcançar um número suficiente de consumidores. A aceitação do produto pelos consumidores finais, porém, depende não apenas de suas características intrínsecas, mas também de diversas outras variáveis (como preço, apresentação e *marketing*), que são controladas pelos supermercados dentro da loja. Como já observado, esse mesmo supermercado é não apenas um simples comprador, mas sim um prestador de serviços para acesso à loja, com interesses possivelmente obtusos, em um cenário de marcas próprias. Assim, a superação de ambas as dificuldades depende do relacionamento dos fornecedores com os supermercados, o que dá a estes significativo poder e reforça seu papel de gargalo quase intransponível à concorrência entre produtos de marca. Bell (2009) alude que esse gargalo surge tanto em casos de novos produtos, que precisam de uma ampla rede de distribuição para serem capazes de alcançar os consumidores finais e crescer, quanto em casos de produtos existentes, quando qualquer perda repentina de acesso e/ou de vendas para um supermercado específico não é compensada por eventual aumento de vendas para outro supermercado, de modo que a rentabilidade é drasticamente reduzida.

Essa característica de gargalo à concorrência foi mencionada, por exemplo, no caso concreto da fusão entre as redes varejistas finlandesas Kesko/Tuko, analisada pela Comissão Europeia (1996). Nessa análise, foi utilizada a expressão "*gatekeepers*" para representar o poder único que os supermercados, em um cenário pós-operação de concentração econômica, deteriam no mercado. O anúncio da fusão entre as duas varejistas de alimentos da Finlândia

foi realizado em maio de 1996, e, em novembro, a Comissão determinou sua reprovação. Em sua análise, apontou-se que a empresa resultante da fusão teria a habilidade de exercer seu poder de mercado para determinar a extensão do acesso que um fornecedor teria no mercado varejista e em quais termos esse acesso estaria disponível. Esse *gatekeeper effect* seria ainda maior diante da existência dos produtos de marca própria da Tuko, que poderiam ser utilizados como uma ferramenta de negociação em face dos fornecedores para conseguir concessões adicionais, o que poderia servir como uma barreira à entrada e permitiria à empresa adquirente Kesko atuar no mercado varejista sem preocupações com os demais concorrentes. A maioria dos fornecedores – com exceção de multinacionais, que têm marcas altamente reconhecidas dos seus produtos – estaria, então, dependente dos dois supermercados e não seria capaz de resistir ao poder de mercado das compradoras.

Na opinião de Curtin, Goldberg e Savrin (1998), o modo pelo qual a Comissão Europeia analisou essa fusão superou a maneira tradicional – voltada para a perspectiva dos consumidores e dos competidores – e alcançou um novo paradigma, voltado para a perspectiva dos fornecedores das empresas em concentração econômica.

Considerando tanto a doutrina acadêmica quanto a experiência antitruste internacional, propõe-se neste artigo que o supermercado é uma plataforma de dois lados com características de gargalo à concorrência, e que as tradicionais funções por ele exercidas não refletem toda a sua extensão de relações jurídicas, pelo que se passa a expor a seguir.

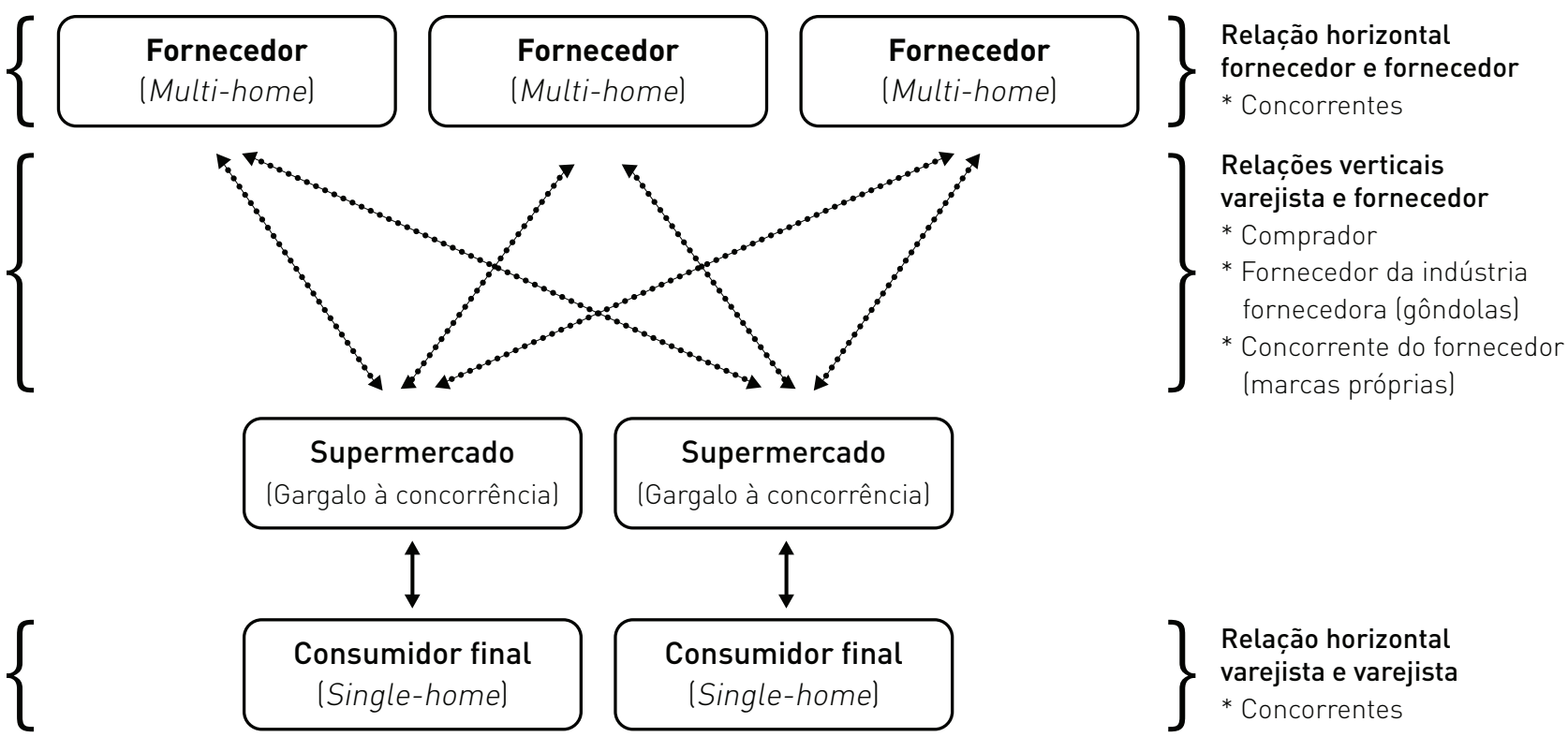
4. As relações jurídicas do varejo supermercadista

No contexto de uma moderna análise antitruste que visualiza os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, será proposto um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista. Para além das tradicionais relações horizontais entre varejista e varejista (concorrentes) e fornecedor e fornecedor (concorrentes), e vertical entre varejista e fornecedor (comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma), há também dois novos paradigmas "híbridos"[23] de relação vertical entre varejista e fornecedor que são pouco mencionados: primeiro do supermercado concorrente dos seus fornecedores (detentor de marcas próprias),

23 Esse emaranhado "híbrido" de relações horizontais e verticais foi estudado por Lianos (2009, p. 99-124). "*The competition assessment of hybrid commercial practices in distribution, such as dual distribution and private labels, unveils the conceptual weakness of the vertical/horizontal dichotomy and the risks of a formalistic approach in characterizing the restraints. The main reason for introducing this dichotomy was the shift towards an effects-based economic oriented approach. The labels, vertical and horizontal, do not, however, always correspond to clear presumptions of anti- or pro-competitive effects and are subject to manipulation. The risk is that competition authorities and courts focus on the vertical or horizontal character of the restriction, instead of examining the actual or potential anticompetitive*

e segundo do supermercado como fornecedor da indústria fornecedora (detentor do espaço nas gôndolas/prestador de serviços dentro da plataforma). Esses dois últimos paradigmas da relação vertical, por sua vez, podem também ter repercussões horizontais e diagonais. Esse emaranhado de relações jurídicas, possivelmente conflitantes, pode ser observado na Figura 3, a seguir.

FIGURA 3 – **RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA**



Fonte: Elaboração própria.

4.1. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA NAS RELAÇÕES VERTICAIS

Diversos acadêmicos, como Dobson (2005) e Gordilho Jr. (2012), e autoridades antitruste estrangeiras, como a Comissão Europeia (2010c), apontam no sentido de que os supermercados não podem mais ser vistos como meros compradores no mercado, nos termos da tradicional análise do varejo supermercadista. Em uma moderna visão do setor, considerando

effects and the economic context of the agreement". Outro autor que tratou do tema, especificamente sob a perspectiva da comunidade europeia, foi Gilo (2009, p. 140-160).

o supermercado como plataforma de dois lados com características de gargalo à concorrência, observa-se que, *nas relações verticais entre varejista e fornecedor, o supermercado possui a capacidade de exercer, individual ou conjuntamente, pelo menos três relações jurídicas: comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma, fornecedor da indústria fornecedora/prestador de serviços dentro da plataforma e concorrente/detentor de marcas próprias*. No exercício dessas três relações jurídicas, os objetivos do varejista podem não ser coincidentes – ou seja, podem ser conflitantes –, o que pode trazer questionamentos concorrenciais e reforça o papel não neutro desse agente no mercado. Essas três relações jurídicas do varejista com o fornecedor nas relações verticais serão detalhadas a seguir.

4.1.1 Varejista como prestador de serviços ao fornecedor para acesso à plataforma (comprador do fornecedor)

A primeira relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores é a mais comumente mencionada pela visão tradicional, do supermercado como comprador de produtos de marca independente do fornecedor. Considerando o novo paradigma dos supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, essa função dissocia-se apenas da sua visão como comprador e alia-se à visão do varejista como prestador de serviços para fornecedores e consumidores finais na plataforma. Isso significa que o supermercado não simplesmente compra o produto, embute sua margem de lucro e revende, como um simples revendedor. Ele, sob essa moderna visão, tem uma atuação mais abrangente, *de prestador de serviços*, autorizando ou não, em cada caso e a partir do cumprimento ou não de determinadas exigências, que produtos entrem em sua plataforma – ou seja, em suas lojas.

No exercício dessa primeira relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, como as transferências de custos e de riscos, a alteração de cláusulas contratuais de modo retroativo e a influência nos fornecedores dos fornecedores.

4.1.2 Varejista como prestador de serviços ao fornecedor dentro da plataforma (fornecedor da indústria fornecedora)

Uma segunda relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores diz respeito à sua atuação ao comercializar espaços em gôndolas para a venda dos produtos de marca independente. O supermercado, ao ser o gargalo à concorrência que intermedeia consumidores finais e fornecedores, controla elementos essenciais para o sucesso de um produto (como preço, apresentação e *marketing*), e passa a ser um prestador de serviços dentro da plataforma, ou seja, dentro da loja.

No exercício dessa segunda relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, genericamente denominadas pagamentos de taxas e condições de acesso ("*access fees and terms*") para espaço em gôndola,

que incluem não apenas os efetivos pagamentos, mas também práticas como a gestão de categorias, relacionadas também ao modo de exposição dos produtos nas prateleiras de suas lojas ("*planogram*").[24]

4.1.3. Varejista como concorrente do fornecedor (concorrente do fornecedor)

A terceira relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores surge com a criação das marcas próprias, por meio da qual os grandes supermercados se tornaram um dos concorrentes mais importantes da indústria fornecedora. O varejista deixa de ser um mero distribuidor de produtos aos consumidores e sua atuação como detentor de produtos de marcas próprias o leva, automaticamente, a ser concorrente dos fornecedores detentores de produtos de marca independente. Os incentivos do supermercado, portanto, evidenciam-se ainda mais conflitantes na medida em que, de uma relação verticial, passa-se a repercussões horizontais no mercado.

No exercício dessa terceira relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, como aquelas que alteram a dinâmica de acesso à e dentro da plataforma aos fornecedores concorrentes das marcas próprias.

4.2. As relações jurídicas do varejo supermercadista nas relações horizontais

Além das relações verticais entre varejista e fornecedor, existem no varejo supermercadista as tradicionais relações horizontais entre os agentes econômicos no mercado, que serão abordadas a seguir.

4.2.1 Varejista concorrente do varejista

Uma quarta relação jurídica, na relação horizontal no mercado de varejista (venda), diz respeito ao fato de os supermercados se encontrarem em posição de concorrência horizontal com os demais supermercados. Nesse exercício, os varejistas são capazes de implementar práticas que podem prejudicar a concorrência horizontal.

4.2.2 Fornecedor concorrente do fornecedor

Uma quinta relação jurídica, na relação horizontal no mercado de aprovisionamento (compra), diz respeito aos fornecedores que se encontram em posição de concorrência horizontal com os demais fornecedores. A visão antitruste tradicional centra suas preocupações nessa área, considerando as eventuais restrições impostas pelos fabricantes no mercado em termos

24 Por "*planogram*" entende-se a representação gráfica do *layout* dos produtos de uma categoria em determinada área (gôndola) da loja (ESPANHA, 2011, p. 93). Ademais, pode ser entendida como a diagramação ilustrativa da localização dos produtos nas gôndolas do varejista, a quantidade de espaço em que o produto será alocado e quantas faces/exposições cada produto vai ter na ilha da categoria (AUSTRÁLIA, 2008, p. 337).

de oferta no mercado.[25] No exercício dessa quinta relação jurídica os fornecedores são capazes de implementar práticas que podem prejudicar a concorrência horizontal.

Conclusão

A proposta de uma moderna análise antitruste do varejo supermercadista contempla os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência. Ao adotar essa nova visão, supera-se a análise tradicional segundo a qual os supermercados seriam agentes neutros no mercado que simplesmente transmitiriam a demanda dos consumidores para os fornecedores, com resultados nulos ou positivos para o mercado, privilegiando-se, portanto, os resultados dinâmicos no mercado de médio e longo prazo, especialmente em um mercado tão afeto ao consumidor, que atende às demandas mais básicas, como alimentação (produtos não duráveis) e bens (produtos duráveis).

Conforme a teoria do "*two-sided platforms*", plataformas de dois lados possuem três características fundamentais: (i) a existência de dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço. Por sua vez, essas plataformas de dois lados se configuram como gargalos à concorrência se: (iv) operam em mercados concentrados e que possuem algum poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante; (v) possuem alto nível de fidelidade/*lock in* dos consumidores de um lado da plataforma (*single-home*); e (vi) são capazes de explorar o grupo do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois esses vendedores precisam de acesso à plataforma para alcançar os consumidores finais de maneira economicamente viável.

A evolução da análise antitruste do varejo supermercadista se imbui do novo paradigma dos supermercados como plataformas de dois lados. De um lado da plataforma, o supermercado presta serviços de *one-stop shopping* aos consumidores finais. Do outro, o supermercado também presta serviços de acesso à e dentro da loja aos fornecedores. A existência desses dois grupos distintos que precisam um do outro e que confiam na plataforma do supermercado para intermediar as transações entre eles marca uma das características fundamentais da plataforma de dois lados. Outro ponto marcante dessa plataforma dos supermercados é a

25 Borghesani, Cruz e Berry (1998) apontam que, historicamente, as preocupações concorrenciais se concentravam nas discrepâncias causadas pelos fabricantes no mercado ("*manufacturer push market*"). Porém, de maneira crescente, estar-se-ia observando que a mudança de poder está tendendo sua balança para os varejistas ("*consumer pull market*"). Advertem, no entanto, que as políticas antitruste e seus casos julgados, no entanto, refletiriam apenas o poder dos fabricantes, sem se atentar para essa alteração no jogo de poder.

existência de externalidades indiretas entre os dois grupos, uma vez que o valor dos supermercados para os consumidores finais aumenta o seu valor para os fornecedores, e vice-versa. Quanto à característica da não neutralidade da estrutura de preço das plataformas de dois lados, foi possível notar que os supermercados alteram a estrutura de preços dos fornecedores aos consumidores finais e não são agentes neutros nesse mercado.

Os supermercados, como plataformas de dois lados, também têm características de gargalo à concorrência ("*gatekeepers*"). Estão em mercados concentrados, têm alto nível de fidelidade/*lock in* dos consumidores finais (*single-home*) e são capazes de explorar os fornecedores (*multi-home*).

Nesse contexto, propõe-se um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista. Para além das tradicionais relações horizontais entre varejista e varejista (concorrentes) e fornecedor e fornecedor (concorrentes), e vertical entre varejista e fornecedor (comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma), há também dois novos paradigmas "híbridos" de relação vertical entre varejista e fornecedor que são pouco mencionados: primeiro, o paradigma do supermercado concorrente dos seus fornecedores (detentor de marcas próprias), e, segundo, o do supermercado como fornecedor da indústria fornecedora (detentor do espaço nas gôndolas/prestador de serviços dentro da plataforma). A partir da compreensão desses novos paradigmas, o direito da concorrência pode desenvolver novas ferramentas e, assim, alcançar melhores resultados para garantir a concorrência qualitativa e, ao fim e ao cabo, a justiça social, fins constitucionais atribuídos a esse ramo do direito.

AGRADECIMENTOS

A autora agradece à contribuição da pesquisadora Nayara Mendonça na revisão final deste artigo.

REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, Mark. Competition in two-sided markets. *RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 668--691, Autumn 2006.

ARMSTRONG, Mark. Two-sided markets: economic theory and policy implications. *In:* CHOI, Jay Pil (ed.). *Recent developments in antitrust*: theory and evidence. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 39-59.

ARMSTRONG, Mark; WRIGHT, Julian. Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts. *Economic Theory*, v. 32, p. 353-380, 2007.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *Inquiry into the competitiveness of retail prices for standard groceries*, July 2008. Disponível em: https://www.accc.gov.au/publications/report-of-the-accc-inquiry-into-the-competitiveness-of-retail-prices-for-standard-groceries-july-2008. Acesso em: 11 nov. 2019.

BASKER, Emek; NOEL, Michael. *Competition challenges in the supermarket sector with an application to Latin American markets*. Centro Regional de Competência para América Latina (CRCAL), 2013.

BELL, Dick. The business model for manufacturers' brands. *Private label, brands and competition policy*: The changing landscape of retail competition. Oxford: Ariel Ezrachi and Ulf Bernitz, 2009.

BERARDO, José C. M.; BECKER, Bruno Bastos. Brazil. *In*: KOBEL, Pierre; KËLLEZI, Pranvera; KILPATRICK, Bruce (eds.). *Antitrust in the groceries sector & liability issues in relation to corporate social responsibility*. Springer, 2015.

BERASATEGI, Javier. *Supermarket power*: serving consumers or harming competition, 2014. Disponível em: http://www.supermarketpower.eu/documents/38179/39950/Supermarket+Power.pdf. Acesso em: 25 nov. 2019.

BORGHESANI JR., William H.; CRUZ, Peter L. de La; BERRY, David. Food for thought: the emergence of power buyers and its challenge to competition analysis. *Stan. JL Bus. & Fin.*, v. 4, p. 40-43, 1998.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50*, de 1 de agosto de 2001. Aprova o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Guia de análise dos atos de concentração horizontal, 2016.

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. Competing cybermediaries. *European Economic Review*, v. 45, n. 4, p. 797-808, 2001.

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. Chicken & egg: competition among intermediation service providers. *RAND Journal of Economics*, v. 34, n. 2, p. 309-328, Summer 2003.

COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 20 November 1996 declaring a concentration to be incompatible with the common market* (Case No IV/M.784 – Kesko/Tuko). 1996. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/804cedcb-965e-43c6-bcc7-be69b8cd24cc. Acesso em: 28 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*. 1999. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/608e17ad-44a5-4a36-91cb-87d59bcbd1df. Acesso em: 28 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81.º do Tratado* (Texto relevante para efeitos do EEE). par. 84. 2004. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN. Acesso em: 1º dez. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulation 717/2007 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2007*, on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC.

COMISSÃO EUROPEIA. *The impact of private labels on the competitiveness of the European food supply chain*, 2010a. p. 160. Disponível em: https://ec.europa.eu/growth/content/impact-private-labels-competitiveness-european-food-supply-chain-0_en. Acesso em: 28 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust*: Commission probes allegations of antitrust violations by Google, IP/10/1624, 30.11.2010, 2010b. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624. Acesso em: 25 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Commission StaffWorking Document on Retail Services in the Internal Market*, 2010c. Disponível em: http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14557/attachments/1/translations. Acesso em: 22 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulation 531/2012 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012*, on roaming on public mobile communication networks within the Union.

COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust:* Commission seeks feedbacks on commitments offered by Google to address competition concerns, IP/13/371, 25.04.2013. 2013a. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_371. Acesso em: 25 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper, "Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments", COM/2011/0941 final, 11.01.2012, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, COM/2013/5503, 24.07.2013, 2013b.

CURTIN JR., John J.; GOLDBERG, Daniel L.; SAVRIN, Daniel S. EC's rejection of the Kesko/Tuko merger: Leading the way to the application of a gatekeeper analysis of retailer market power under US antitrust laws. *Boston College Law Review United States*, v. 40, p. 537, 1998.

DOBSON, Paul. Exploiting buyer power: lessons from the British grocery trade. *Antitrust Law Journal*, v. 72, p. 529-562, 2005.

ESPANHA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Report on the relations between manufacturers and retailers in the food sector*, 2011. p. 93.

ESTADOS UNIDOS. Federal Communications Commission Report and Order. Preserving the Open Internet, Broadband Industry Practices, 10-201, 23.12.2010.

EUROPA. Council Regulation 2299/1989, de 24.07.1989, subsequentemente emendada pelas Regulations 3089/1993 e 323/1999. Essa regulamentação setorial foi recentemente revogada pela Regulation 80/2009 of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on a Code of Conduct for computerized reservation systems.

EUROPA. EUROPEAN PARLIAMENT. *Resolution of 17 November 2011 on the open internet and net neutrality in Europe*, P7_TA-PROV(2011)0511 and Connected Continent legislative package.

EVANS, David S. Some empirical aspects of multi-sided platform industries. *Review of Network Economics*, v. 2, n. 3, 2003a.

EVANS, David S. The antitrust economics of multi-sided platforms markets.*Yale Journal of Regulation*, v. 20, n. 2, p. 325-381, 2003b.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers:* The new economics of multisided platforms. Harvard: Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Markets with two-sided platforms. *Issues in Competition Law And Policy* 667, ABA Section of Antitrust Law, v. 1, cap. 28, 1 out. 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1094820. Acesso em: 11 nov. 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Workshop on slotting allowances and other marketing practices in the grocery industry*. 2001. Disponível em: https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2001/02/oid6137.doc. Acesso em: 25 nov. 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Workshop on slotting allowances and other grocery marketing practices*, 2000. p. 386-387. Disponível em: https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2000/05/workshop-slotting-allowances-other-grocery-marketing-practices. Acesso em: 28 nov. 2019.

FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric. *Identifying two-sided markets*. Londres: TILEC Discussion Paper n. 2012-008, 2012.

FINNISH COMPETITION AUTHORITY. *Study on trade in groceries – How does buyer power affect the relations between trade and industry?* 2012. Disponível em: https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/selvitykset/2012/en/fca-reports-1-2012-study-on-trade-in-groceries.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRIEDERISZICK, Hans W.; GŁOWICKA, Ela. Competition policy in modern retail markets. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. *American capitalism*: The concept of countervailing power. v. 619. Transaction Publishers, 1970.

GILO, David. Private labels, dual distribution, and vertical restraints – An analysis of the competitive effects. *In*: EZRACHI, Ariel; BERNITZ, Ulf (eds.). *Private labels, brands and competition policy*: The challenging landscape of retail competition. Oxford: Oxford Press, 2009.

GORDILHO JR., Mário Sérgio Rocha. Análise de poder de compra no mercado de varejo de bens duráveis – desafios para o novo Cade. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 31, p. 51, abr. 2012.

GRIMES, Warren S. Buyer power and retail gatekeeper power: protecting competition and atomistic seller. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 2, 2005.

HAGIU, Andrei. Merchant or two-sided platform? *Review of Network Economics*, v. 6, n. 2, 2007.

KIRKWOOD, John B. Buyer power and merger policy. Seattle University School of Law. *Working Paper*, Draft 1, 1 April 2011.

LIANOS, Ioannis. The vertical/horizontal dichotomy in competition law: some reflections with regard to dual distribution and private labels. *In*: EZRACHI, Ariel; BERNITZ, Ulf (eds.). *Private labels, brands and competition Policy:* the challenging landscape of retail competition. Oxford: Oxford Press, 2009. p. 99-124.

LIM, Youngsik. Market definition/market power in two-sided markets. ICN Webinar, 08.10.2015.

LLANES, Gastón; RUIZ-ALISEDA, Francisco. Private contracts in two-sided markets. *NET Institute Working Paper*, n. 15-16, 1 out. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2675508. Acesso em: 11 nov. 2019.

MAITLAND-WALKER, Julian. Buyer power. *European Competition Law Review*, v. 21. n. 3, p. 170, mar. 2000.

MILLS, Gordon. Buyer power of supermarkets. *Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform*, v. 10, n. 2, p. 145-162, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Roundtable on two-sided markets*. Competition Committee, DAF/COMP, (2009)69, 2009. Background note by Daniel EVANS.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Network effects and efficiencies in multisided markets* – Note by H. Shelanski, S. Knox and A. Dhilla. Hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets. Competition Committee, DAF/COMP/WD(2017)40, 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018. p. 190-198.

PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W. Two-sided network effects: A theory of information product design. *Management Science*, v. 51, n. 10, p. 1.494-1.504, 2005.

PORTUGAL. AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, 2010. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. O CADE e o poder de compra no setor agropecuário. *Economic Analysis of Law Review*, v. 4, n. 2, p. 295-314, jul./dez. 2013.

RICHARDS, Timothy; HAMILTON, Stephen F. Network externalities in supermarket retailing. *Working Paper*, 2007.

RICHARDS, Timothy; HAMILTON, Stephen F. Network externalities in supermarket retailing. *European Review of Agricultural Economics*, p. 11, 2012.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Cooperation among competitors: Some economics of payment card associations. *The Rand Journal of Economics*, v. 33, n. 4, p. 549-570, 2002.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1.029, 2003.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Defining two-sided markets*. Mimeo, IDEI, Toulouse, France, jan. 2004.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *RAND Journal of Economics*, RAND Corporation, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.

RYSMAN, Marc. The economics of two-sided markets. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 125-143, 2009.

SPECTOR, David. Addressing buyer power in merger control. *Concurrences Review* n. 3, art. n. 20.372, p. 34-39, September 2008.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*: An integrated handbook. St. Paul, MN: West Publishing, 2006.

TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Distribution of daily consumer goods:* competition, oligopoly and tacit collusion, 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Competition issues in the food chain*: Possible measures to address buyer power in the retail sector, 2014. p. 1-10. Disponível em: http://unctad.org/meetings/en/Contribution/tdb61_c01_UNCTAD.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

VIANNINI, Stefano. Bargaining and two-sided markets: the case of Global Distribution Systems (GDS) in Travelport's acquisition of Worldspan. *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2008.

WEYL, Glen. Monopolies in two-sided markets: comparative statics and identification. Department of Economics, Institute for Business and Economic Research, UC Berkeley, Department of Economics, *Working Paper Series*, 1 January 2008.

WHITNEY, Simon. Errors in the concept of countervailing power. *The Journal of Business of the University of Chicag*o, v. 26, n. 4, p. 238-253, 1953.

WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, v. 3, n. 1, 2004.

Como citar este artigo:

ATHAYDE, Amanda. Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores? *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1940. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201940.

Amanda Athayde

Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Servidora Pública da carreira de Analista de Comércio Exterior. Atualmente, é Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público do Ministério da Economia.

profa.amanda.athayde@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 06.02.2019
Aprovado: 27.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201941

30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional

30 YEARS OF CONSTITUTION, 30 YEARS OF CONSTITUTIONAL CHANGE

Antonio Moreira Maués[1]

Resumo
Este artigo analisa o conteúdo das emendas constitucionais aprovadas à Constituição de 1988 com o objetivo de identificar os conflitos que se manifestam por meio das constantes alterações no texto constitucional. A partir do estudo das características do modelo de reforma constitucional adotado em 1988, o artigo classifica as emendas constitucionais por matéria e por períodos de governo, e desenvolve a análise daquelas emendas que apresentam mais dificuldades de alcançar acordos constitucionais estáveis sobre sua matéria.

Palavras-chave
Direito constitucional brasileiro; reforma constitucional; emendas constitucionais; Constituição de 1988; conflitos distributivos.

Abstract
This article develops a content analysis of the constitutional amendments to the Brazilian Constitution of 1988, aiming to identify which conflicts are expressed by the constant changes on the constitutional text. After the study of the characteristics of the model of constitutional reform adopted in 1988, the article classifies constitutional amendments by subject and periods of government, and develops the analysis of those amendments which manifest more difficulties to obtain stable constitutional agreements about their subject.

Keywords
Brazilian constitutional law; constitutional change; constitutional amendments; Constitution of 1988; distributive conflicts.

1 Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-2186-8514

CC BY-NC

Introdução

Ao completar 30 anos, a Constituição de 1988 apresenta como um de seus traços mais marcantes sua constante reforma. Emendas constitucionais foram aprovadas em todos os anos do período de 1992 a 2017 e várias delas trouxeram mudanças relevantes ao texto constitucional, no que chegou a ser caracterizado como uma "dinâmica constituinte permanente" (COUTO e ARANTES, 2006, p. 43). Para alguns autores, essas constantes reformas, ao lado do *impeachment* de Dilma Rousseff, teriam levado à ruptura da ordem constitucional (BELLO, BERCOVICI e LIMA, 2018). Sob outro ponto de vista, a Constituição teria preservado seus pilares fundamentais, o que demonstraria sua resiliência e capacidade de adaptação (VIEIRA, 2018).

Reformas constitucionais podem ser avaliadas de diferentes maneiras quanto a seu impacto na ordem constitucional. O fato de que a ampla maioria dos textos constitucionais contenha disposições que possibilitam sua reforma (ELKINS, GINSBURG e MELTON, 2009, p. 74) demonstra que os agentes que exercem o poder constituinte originário reconhecem que sua obra, para ter permanência, precisará se adaptar às mudanças sociais. Assim, as normas referentes a reformas constitucionais buscam harmonizar dois objetivos distintos: garantir a estabilidade da constituição, a fim de que as instituições fundamentais do Estado continuem regidas por ela, e garantir a funcionalidade da constituição, a fim de que ela mantenha sua capacidade de regular os conflitos sociais.

Porém, o equilíbrio entre esses dois objetivos não é facilmente alcançável. Se é verdade que reformas constitucionais tendem a ser necessárias, mudanças constantes no texto constitucional podem reduzir a autoridade de suas normas, enquanto reformas abrangentes podem até mesmo significar uma ruptura da ordem constitucional. Por outro lado, dificuldades acentuadas para alterar a constituição podem levar os agentes políticos a promoverem uma mudança constitucional informal (ALBERT e BERNAL, 2016) ou propugnarem por uma nova constituição.

Tais problemas revelam que, em algumas ocasiões, a aprovação de reformas constitucionais assemelha-se ao exercício do poder constituinte originário, mesmo quando suas diferenças com o poder constituinte derivado são reforçadas pelos limites processuais e substantivos que a constituição estabelece para sua reforma. Tal como no momento fundacional da constituição, reformas constitucionais buscam a permanência de sua obra e seu êxito depende de que as mudanças operadas na constituição resultem no melhor exercício de suas funções.[1]

1 Contiades e Fotiadou (2017, p. 369) destacam que as reformas constitucionais ajudam a compreender a própria Constituição e criar narrativas constitucionais. De acordo com seu grau de rigidez, as fórmulas de emenda determinam se a Constituição será objeto de uma devoção quase religiosa ou se ela será vista como algo mais mundano, cujas reformas devem ser feitas para adaptá-la às mudanças sociais (CONTIADES e FOTIADOU, 2017, p. 377-378).

Em uma constituição democrática que contenha limites à sua reforma, a avaliação desse êxito depende da adesão da sociedade e dos agentes políticos às mudanças. Isso decorre, em primeiro lugar, do fato de que a exigência de maiorias qualificadas para a aprovação de reformas constitucionais tem como objetivo impedir que maiorias temporárias modifiquem a constituição segundo sua vontade, uma vez que o atendimento dessa exigência requer a obtenção de um acordo amplo para alterar a constituição (CONTIADES e FOTIADOU, 2013, p. 432). Ademais, caso uma minoria política relevante se oponha às reformas, ela pode buscar uma nova alteração na constituição quando se converta em maioria, o que prolonga a instabilidade das normas constitucionais. Essa instabilidade também pode ocorrer quando a minoria política recorre ao poder judiciário para anular a reforma constitucional e consegue obter uma decisão favorável.

Esse conjunto de aspectos demonstra que, segundo o momento político, reformas constitucionais podem repetir o drama do processo constituinte, uma vez que buscam firmar acordos políticos nos marcos da democracia que garantam permanência sem eliminar a possibilidade de mudança. Nessa situação, os agentes políticos, estejam eles em posição de maioria ou de minoria, ratificam ou não seu compromisso com a constituição por meio do reconhecimento da legitimidade das reformas constitucionais (CONTIADES e FOTIADOU, 2017, p. 383).

O contexto descrito acima tende a se reproduzir com frequência nos casos em que a constituição não se limita a estabelecer as regras processuais da democracia, mas também busca regular os conflitos sociais por meio de normas substantivas, que atribuem direitos e conferem poderes. Essa característica marca a Constituição de 1988, que resultou de um processo de democratização no qual ocorreu uma ampliação significativa do eleitorado brasileiro e de sua heterogeneidade. Assim, a complexidade alcançada pela sociedade brasileira multiplicou os grupos de interesse organizados, cujas diferentes demandas, geradas pela desigualdade de renda e de outros recursos, aumentam o número de conflitos distributivos (SANTOS, 2017, p. 61-62).

O processo constituinte de 1987-1988 respondeu a essa complexa agenda de demandas expandindo as responsabilidades do Estado para lidar com esses conflitos, tanto no campo econômico quanto no campo social (SANTOS, 2017, p. 65), estabelecendo um conjunto de normas constitucionais que incidem diretamente na distribuição de recursos na sociedade. Nessas circunstâncias, é provável que o compromisso dos agentes com a constituição seja constantemente objeto de revisão e que novas maiorias políticas tendam a promover reformas constitucionais para favorecer os valores e interesses por elas representados.

Sob esse ponto de vista, as constantes reformas da Constituição de 1988 evidenciam, em princípio, a dificuldade de conciliar os objetivos de permanência e mudança, ou seja, de obter acordos constitucionais estáveis. Uma das razões dessa dificuldade pode derivar da própria extensão do texto constitucional brasileiro, o qual, ao regular um conjunto muito

amplo de matérias, torna necessária uma constante atualização de suas normas.[2] Sem embargo, cabe indagar quais aspectos da Constituição de 1988 têm passado por maiores modificações para compreender as razões de suas constantes emendas e os conflitos sociais que elas expressam. Tal abordagem mostra-se mais necessária diante da crise política que, especialmente a partir de 2015, colocou em xeque a ordem constitucional no Brasil e sua capacidade de regular esses conflitos (SINGER, 2018; ABRANCHES, 2018).

Este artigo se propõe a realizar uma análise do conteúdo das emendas à Constituição de 1988 para identificar em quais temas sua reforma tem sido mais recorrente e em quais deles há maiores dificuldades para obter acordos constitucionais estáveis. Dessa maneira, objetivamos conhecer os conflitos que as emendas constitucionais buscam solucionar e analisar seu êxito ou fracasso na consecução dos objetivos de garantir a estabilidade e a funcionalidade da ordem constitucional inaugurada em 1988.

O artigo se divide em duas partes. Na primeira seção, buscaremos identificar as características do modelo de reforma constitucional adotado pela Constituição de 1988, baseando-nos nos trabalhos constituintes sobre o tema e em categorias desenvolvidas no campo do direito constitucional comparado. Na segunda seção, analisaremos a prática das reformas constitucionais no Brasil, enfocando o conjunto de emendas aprovadas ao texto desde sua promulgação até o ano de 2017,[3] com ênfase naquelas matérias que são mais responsáveis pelas reformas e que expressam o constante conflito para rever os acordos constitucionais.

1. O MODELO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 regula de modo detalhado no art. 60 os procedimentos para sua reforma.[4] Além desse dispositivo, o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

• • •

2 Em estudo abrangente, Couto e Arantes (2006) concluem que a necessidade de alterar a Constituição para implementar políticas públicas é responsável por parte significativa das emendas constitucionais.

3 Cabe lembrar que, durante o ano de 2018, a aprovação de emendas constitucionais esteve vedada por causa da decretação da intervenção federal no estado do Rio de Janeiro.

4 "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II – do Presidente da República;
III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

(ADCT) previu a realização de um procedimento especial de "revisão constitucional", cinco anos após a promulgação da Constituição.[5]

Os limites à reforma constitucional estabelecidos nesse conjunto de normas permitem classificar a Constituição de 1988 como rígida. De acordo com Doyle (2017, p. 83-85), esses limites podem ser agrupados nos seguintes pares:

a) limites processuais e limites substantivos: os limites processuais são formados pelas normas que definem o órgão ou os órgãos competentes para reformar a constituição e os procedimentos que eles devem seguir, bem como por normas que proíbem que a constituição seja reformada em certos períodos. Os limites substantivos são aqueles que impedem a alteração de determinados conteúdos da constituição;

b) limites como regras e limites com parâmetros (*standards*): os limites à reforma constitucional podem ser estabelecidos tanto por meio de regras precisas quanto por meio de parâmetros vagos, sendo possível haver entre esses dois extremos diferentes níveis de precisão e vagueza dos limites;

c) limites criados pelo legislador e limites criados pelo judiciário: em princípio, os limites à reforma constitucional são definidos pelo legislador que exerce o poder constituinte originário ou o poder constituinte derivado, porém o judiciário também pode criar limites quando exerce sua função de aplicar a constituição, especialmente quando interpreta os limites substantivos.

Nota-se que todos os seis tipos de limites indicados pelo autor estão presentes na Constituição de 1988. Assim, os limites processuais localizam-se nas regras que dispõem sobre a iniciativa das propostas de emenda constitucional, a competência do Congresso Nacional

• • •

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.
§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

5 "Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral".

para aprovação de emendas com quórum de três quintos dos votos em dois turnos de votação, e a proibição de aprovação de emendas na vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. Por sua vez, os limites substantivos estão dispostos no art. 60, § 4º, e assumem a forma de parâmetros, visto que estabelecem princípios do texto constitucional que não podem ser objeto de reforma, em vez de indicar de maneira precisa quais de seus dispositivos não podem ser reformados.[6] Por fim, o sistema de justiça constitucional brasileiro admite o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, o que possibilita que o poder judiciário crie limites à reforma constitucional.

Esse conjunto de normas da Constituição de 1988 seguiu o modelo dos textos constitucionais anteriores no que se refere à realização da reforma por meio de emendas aprovadas pelo Congresso Nacional e ao estabelecimento de limites processuais e substantivos para sua aprovação. Por outro lado, a atual Constituição inovou em vários aspectos: reduziu o quórum de aprovação de emendas constitucionais de dois terços para três quintos dos votos; previu a realização de uma revisão constitucional por maioria absoluta de votos; e ampliou os limites substantivos à reforma por meio da inclusão da "separação de poderes", do "voto direto, igual e secreto" e dos "direitos e garantias individuais" entre as cláusulas pétreas da Constituição. Essas inovações representaram, ao mesmo tempo, uma diminuição do grau de rigidez constitucional no que se refere aos aspectos processuais da reforma e um aumento dessa rigidez no que se refere aos aspectos substantivos.[7]

Apesar de sua aparente contradição, essas inovações expressam bem os tipos de acordo que viabilizaram a aprovação da Constituição de 1988 (FARIA, 1989; MAUÉS e SANTOS, 2008). A diminuição do quórum para aprovação de emendas constitucionais e a previsão de uma revisão constitucional indicam as dificuldades para a obtenção de consensos na Assembleia Constituinte, o que incentivou os agentes políticos a buscarem formas de facilitar a modificação posterior das decisões tomadas em um sentido mais favorável a seus valores e interesses. Ao mesmo tempo, o risco de, no futuro, serem tomadas decisões ainda mais prejudiciais a esses valores e interesses levou os agentes a buscar protegê-los em seu núcleo essencial, por meio da ampliação dos limites substantivos, especialmente no que se refere aos direitos e garantias individuais.[8]

• • •

6 Essa interpretação é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em algumas decisões relevantes, como a ADI n. 939, julgada em dezembro de 1993, na qual declarou inconstitucional a suspensão da garantia da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*) por considerá-la uma "garantia individual", mesmo que ela esteja fora do catálogo do art. 5º da CR.

7 A inclusão desses novos limites substantivos à reforma constitucional foi aprovada ainda na primeira fase do processo constituinte, pela Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, e permaneceu sem alterações até a votação final do texto.

8 Contiades e Fotiadou (2013, p. 431) também indicam que as fórmulas adotadas para a reforma constitucional podem ser influenciadas pelo grau de desconfiança entre os agentes políticos.

Essa interpretação encontra apoio na análise dos trabalhos constituintes. Durante a fase da Comissão de Sistematização, a fórmula para aprovação de emendas constitucionais foi mantida sem alterações significativas em relação à proposta apresentada no Substitutivo 1 do Relator. Já na fase seguinte, de votação em primeiro turno no Plenário, o grupo autodenominado "Centrão" apresentou uma emenda coletiva que reduziu o quórum de aprovação para três quintos dos votos.

O Centrão havia sido organizado com base nos setores conservadores da Constituinte com o objetivo de alterar, de maneira substancial, o projeto oriundo da Comissão de Sistematização, o que levou à mudança do regimento da Assembleia Constituinte para privilegiar as emendas coletivas que esse grupo iria apresentar àquele projeto. Ao propor a redução do quórum, o Centrão pretendia facilitar a reforma futura daqueles dispositivos do projeto da Comissão de Sistematização que, mesmo contrários a seus interesses, conseguissem sobreviver às votações no Plenário e se incorporassem à Constituição.

Esse objetivo transparece na votação no Plenário, em 18 de março de 1988, de uma proposta que estabelecia o quórum de dois terços, em sessão conjunta do Congresso Nacional, para aprovação de emendas constitucionais, o que representaria uma exigência maior em relação ao quórum de três quintos. Essa proposta foi derrotada por 230 votos a 166, tendo sido rejeitada pelos principais partidos do Centrão (PFL e PDS) e apoiada pelos partidos de esquerda (PDT, PT, PSB, PCdoB e PCB), enquanto o PMDB deixou a questão em aberto para seus parlamentares.[9]

A trajetória do art. 3º do ADCT na Assembleia Constituinte é mais complexa, pois está associada ao plebiscito sobre forma e sistema de governo a ser realizado em 1993, conforme o art. 2º do ADCT. Na origem desse dispositivo, encontra-se a derrota do sistema parlamentarista de governo na votação do Plenário, o que fez com que vários parlamentares, de diferentes orientações ideológicas, buscassem organizar um plebiscito para modificar a decisão da Constituinte em favor do sistema presidencialista. Assim, aproveitou-se a emenda de um deputado monarquista, que previa um plebiscito sobre forma de governo, para incluir, por meio de uma emenda de fusão, a deliberação popular sobre sistema de governo. Essa emenda de fusão deu origem ao art. 2º do ADCT e foi aprovada por 495 votos.[10]

• • •

9 *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, n. 208, p. 243.

10 "Art. 2º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma e o sistema de governo que devem vigorar no País.
§ 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.
§ 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo". Posteriormente, a EC n. 2/92 alterou a data do plebiscito para 21 de abril de 1993.

A decisão sobre o plebiscito contribuiu para a aprovação de outra emenda de fusão, na qual se previu a realização da revisão constitucional em 1993. Seus subscritores defenderam a possibilidade de modificar a Constituição por maioria absoluta do Congresso Nacional com base no argumento de que, após cinco anos de experiência com a nova ordem constitucional, deveria ser facilitada a reforma daqueles dispositivos que não tivessem comprovado sua adequação, especialmente se o plebiscito decidisse pela mudança da forma e do sistema de governo. A proposta foi aprovada por 327 votos a 165, em 2 de junho de 1988, com apoio dos partidos de esquerda e da maioria do PMDB, enquanto PFL e PDS foram contra.[11] Nesse momento, quase três meses após a votação sobre o quórum das emendas constitucionais, é provável que os setores progressistas, depois de sofrerem várias derrotas no Plenário para o Centrão, vislumbrassem a possibilidade de obter novos avanços em um processo de reforma por maioria absoluta.

Apesar dos debates na Assembleia Constituinte sobre essa matéria, a revisão constitucional de 1993 não levou a uma reforma ampla da Constituição. Foram aprovadas somente seis Emendas Constitucionais de Revisão (ECR), entre as quais se destacam a ECR n. 1, que criou o Fundo Social de Emergência, e a ECR n. 5, que alterou para quatro anos o mandato de Presidente da República.[12]

A partir da análise dos trabalhos constituintes e do texto constitucional, é possível sistematizar as características do modelo de reforma constitucional adotado pela Constituição de 1988. Com base em estudos comparados, Contiades e Fotiadou (2013, p. 435-440) identificam os vários mecanismos de reforma constitucional que são utilizados em diferentes países na busca de conciliar a permanência e a mudança da constituição, os quais envolvem os agentes, as fórmulas de emenda e outros arranjos constitucionais que interagem em várias combinações e operam conjuntamente. Entre os mecanismos analisados pelos autores, o mais relevante para o estudo do caso brasileiro é aquele em que a mudança constitucional é conduzida pela elite política de acordo com a fórmula prevista na Constituição. Nesse caso, o êxito do mecanismo na aprovação de reformas constitucionais depende de que os limites processuais e substantivos estabelecidos para sua aprovação favoreçam a obtenção de consenso, produzindo decisões que estabilizam a ordem constitucional.[13]

• • •

11 *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, n. 254, p. 103.

12 As demais emendas constitucionais de revisão aprovadas foram as seguintes: ECR n. 2, que dispõe sobre a convocação de autoridades do executivo pelo Congresso Nacional; ECR n. 3, que altera as normas sobre aquisição da nacionalidade brasileira; ECR n. 4, que estabelece novas hipóteses de inelegibilidade; ECR n. 6, que suspende os efeitos da renúncia de parlamentar. Tendo em vista que o procedimento pelo qual essas emendas foram aprovadas difere da fórmula padrão do art. 60, elas não serão utilizadas na análise apresentada na segunda parte deste artigo.

13 Os mecanismos analisados por esses autores podem coexistir dentro de diferentes modelos, operando em combinação, em paralelo ou de maneira antagônica. Os demais mecanismos são:

Com efeito, o número de emendas constitucionais aprovadas demonstra que os agentes políticos buscaram utilizar os procedimentos previstos na Constituição de 1988 para modificá-la. A identificação desse mecanismo não significa, porém, antecipar o juízo sobre seu êxito. Tal como vimos, a opção do constituinte brasileiro em favor da rigidez constitucional torna necessário um acordo amplo entre os agentes políticos para reformar a Constituição, mas o êxito das reformas deve ser medido não apenas pela obtenção de maiorias qualificadas, como também pela estabilidade desses acordos. Portanto, deve-se analisar o caráter consensual das reformas constitucionais tanto no momento de sua votação quanto nos momentos posteriores em que outras maiorias políticas tenham que decidir se mantêm essas reformas ou se modificam novamente a constituição.

Para desenvolver essa análise, é útil recorrer aos modelos de mudança constitucional propostos por Contiades e Fotiadou (2013, p. 440-458), elaborados a partir da observação do funcionamento dos mecanismos de reforma constitucional em conjunto com os parâmetros que os influenciam, tais como o sistema político, o *ethos* constitucional e a cultura jurídica. Os modelos identificados por esses autores são os seguintes:

a) modelo elástico: caracteriza constituições que podem ser alteradas por meio do processo legislativo padrão, pois não contam com limites processuais e substantivos à sua reforma. O aspecto principal desse modelo é a supremacia do parlamento, o qual responde apenas politicamente por suas decisões de alterar a constituição. Apesar disso, o modelo elástico também pode incluir mudanças informais da constituição promovidas pelo poder judiciário;

b) modelo evolutivo: caracteriza constituições resistentes à mudança formal e que são alteradas por meio de mudanças informais. Além de apresentar limites muito rígidos à reforma constitucional, esse modelo pressupõe a existência de um judiciário bastante forte,

• • •

a) flexibilização da fórmula de emenda conduzida pela elite política;
b) mudança conduzida pelo povo por meio de iniciativa popular e referendo constitucional, de acordo com a fórmula de emenda;
c) mudança de constituições flexíveis conduzida pela elite política, por meio da aprovação de nova legislação;
d) mudança por meio da prática política dos atores (convenções constitucionais);
e) produção de regras quase constitucionais pelo legislador;
f) mudança informal feita pelo legislador por meio do processo legislativo padrão;
g) mudança informal feita pelo poder judiciário por meio do controle de constitucionalidade;
h) mudança conduzida pelos entes infranacionais em estados federais, por meio de mudanças informais da constituição trazidas por alterações das constituições ou leis regionais;
i) mudança informal induzida pelo legislador internacional ou europeu;
j) mudança informal resultante da jurisprudência internacional ou europeia.

o qual será o principal responsável por modificar a constituição, por meio de suas decisões, muitas vezes respondendo a pressões das elites políticas ou do próprio povo;

c) modelo pragmático: caracteriza constituições cujas mudanças são realizadas de modo frequente, conforme as regras estabelecidas para sua reforma. Na base desse modelo, encontra-se uma fórmula de emenda constitucional que favorece a obtenção de acordos para alterar a constituição ou uma cultura política consensual que cumpre esse papel;

d) modelo da desconfiança: caracteriza constituições que estabelecem fórmulas complexas e exigentes para sua reforma, tanto em razão dos procedimentos a serem observados quanto pela existência de limites substantivos. Esse modelo dificulta a aprovação de reformas constitucionais, uma vez que se desenvolve em um ambiente marcado por fortes antagonismos e por uma cultura política conflitiva;

e) modelo de democracia direta: caracteriza constituições em que cabe ao povo tomar a decisão sobre a reforma constitucional, o que inclui iniciar seu processo. Nesse modelo, referendos constitucionais são obrigatórios para aprovação de emendas à constituição e não existem limites substantivos à reforma, o que se combina com um sistema partidário caracterizado pela fragmentação e pela diversidade.

Entre os modelos apresentados, o modelo elástico, o modelo evolutivo e o modelo da democracia direta claramente não se aplicam à Constituição de 1988. Assim, cabe examinar mais detidamente os outros dois modelos para verificar de que maneira eles podem contribuir para a compreensão das reformas constitucionais no Brasil.

Utilizando-se dos exemplos da Alemanha, Áustria, Luxemburgo, Suécia, França e Finlândia, Contiades e Fotiadou (2013, p. 445-450) ressaltam que o modelo pragmático pode se desenvolver mesmo quando a fórmula de emendas é exigente, desde que as elites políticas estejam de acordo sobre a necessidade de adaptar constantemente a constituição. Ao mesmo tempo, o fato de compromissos entre os partidos políticos serem indispensáveis para a reforma dificulta que haja mudanças estruturais na ordem constitucional. Já no modelo da desconfiança, exemplificado pelos casos da Bélgica, Grécia, Portugal, Espanha e Holanda, a dificuldade de obtenção de acordos para reformar a constituição torna rara a aprovação de emendas e pode incentivar mudanças constitucionais informais por meio da legislação ou até mesmo por meio da jurisprudência.[14]

14 A referência a Portugal como exemplo de modelo da desconfiança não parece acurada, uma vez que a Constituição de 1976 tem sido constantemente objeto de revisões constitucionais, a maior parte delas resultante de amplos acordos entre os partidos políticos.

O número de emendas aprovadas à Constituição de 1988, apesar dos limites processuais e substantivos estabelecidos, indica uma proximidade do modelo brasileiro de reforma constitucional com o modelo pragmático. De fato, tendo em vista o grau de fragmentação partidária no Congresso Nacional que caracteriza o atual sistema político brasileiro (NICOLAU, 2017, Capítulo 4), a realização de acordos entre os partidos políticos tem sido indispensável para que as exigências da fórmula de emenda não sejam um obstáculo para a reforma da constituição.

Sob esse aspecto, verificamos novamente que a aprovação de emendas à Constituição de 1988 depende de um alto grau de compromisso constitucional entre os agentes políticos, uma vez que a fórmula de emenda estabelecida poderia aproximar o modelo brasileiro do modelo da desconfiança, caso o ambiente político se caracterizasse por fortes antagonismos. O êxito das reformas constitucionais no Brasil, portanto, pode ser avaliado com base nos parâmetros do modelo pragmático, que indicam que mudanças constitucionais podem ser frequentes desde que estejam baseadas em acordos políticos que não alterem a estrutura da Constituição. Na seção seguinte, examinaremos o conteúdo das emendas à Constituição de 1988 para avaliar se suas constantes reformas têm contribuído para garantir sua estabilidade e funcionalidade.

2. A PRÁTICA DA REFORMA CONSTITUCIONAL

Analisamos as 99 emendas constitucionais aprovadas à Constituição de 1988, de 1992 a 2017, de acordo com a fórmula prevista no art. 60. Dividindo-as por período de governo, apresentamos a Tabela 1, a seguir.

TABELA 1 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS POR PERÍODO DE GOVERNO** (1992-2017)

PERÍODO DE GOVERNO	NÚMERO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS APROVADAS
COLLOR	02
ITAMAR	02
FHC 1	16
FHC 2	19
LULA 1	14

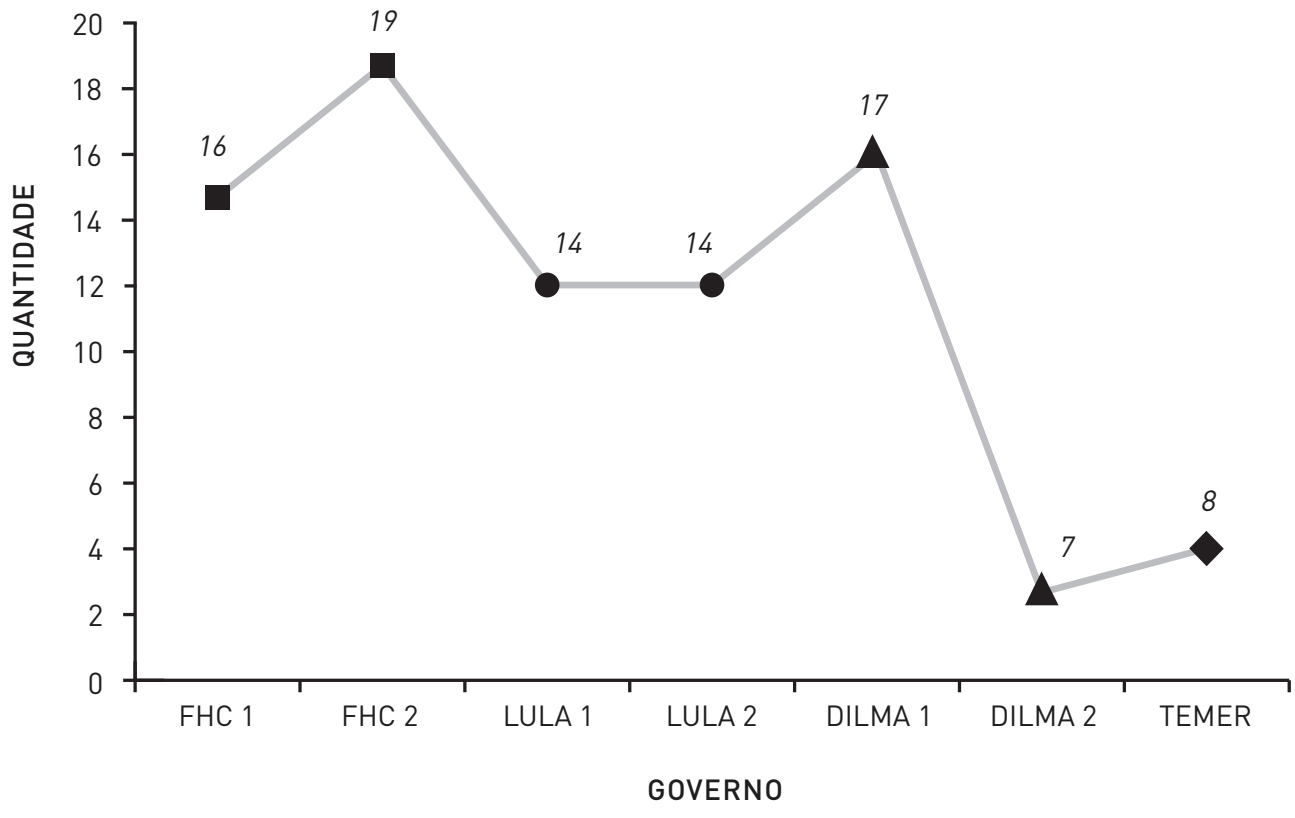
(continua)

PERÍODO DE GOVERNO	NÚMERO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS APROVADAS
LULA 2	14
DILMA 1	17
DILMA 2	07
TEMER	08

Fonte: Elaboração própria.

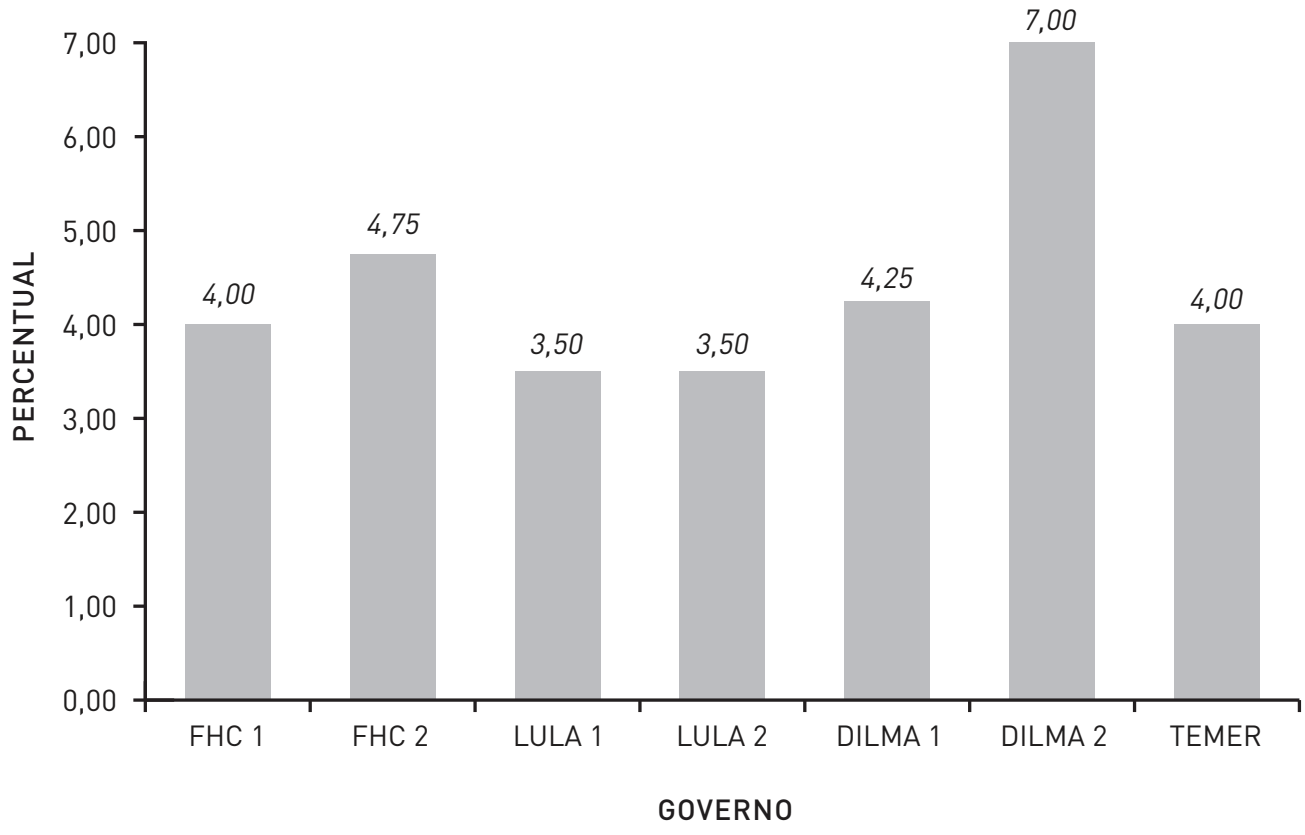
Considerando as emendas constitucionais aprovadas a partir do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (FHC 1), período em que a Constituição passou a ser objeto de reformas frequentes, os dados são os apresentados no Gráfico 1 e no Gráfico 2, a seguir.

GRÁFICO 1 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS POR PERÍODO DE GOVERNO** (1995-2017)



Fonte: Elaboração própria.

GRÁFICO 2 – **MÉDIA ANUAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS POR PERÍODO DE GOVERNO (1995-2017)**[15]



Fonte: Elaboração própria.

Os números indicam que houve um aumento na média anual de emendas constitucionais aprovadas nos Governos Dilma e Temer, destacando-se que, no curto segundo mandato de Dilma Rousseff, dobrou-se a média observada durante os Governos Lula e que o mandato de Michel Temer também ultrapassou as médias do Governo Lula.[16] Embora esses dados sejam relevantes para identificar os mandatos presidenciais em que a Constituição mais vezes foi reformada, somente a análise do conteúdo das emendas constitucionais pode lançar luzes sobre as características dessas reformas.

Neste estudo, adotamos como critério de classificação das emendas constitucionais a divisão de matérias que corresponde aos títulos da Constituição de 1988. Assim, as emendas foram

15 Tendo em vista que Michel Temer passou a exercer a presidência em maio de 2016, consideramos nesse cálculo somente o primeiro ano de exercício do segundo mandato de Dilma Rousseff (Dilma 2), embora a última emenda desse mandato tenha sido aprovada em fevereiro de 2016.

16 Cabe observar que somente parte das emendas constitucionais foi proposta pelo Poder Executivo ou por seus líderes no Congresso Nacional, porém a aprovação de qualquer emenda exige, no mínimo, que o Presidente da República oriente sua base parlamentar para não se opor à reforma.

classificadas nos seguintes temas, de acordo com a localização dos dispositivos por elas alterados nos títulos da Constituição: direitos fundamentais (Título II), organização e defesa do Estado (Títulos III e V), organização dos poderes (Título IV), tributação e orçamento (Título VI), ordem econômica (Título VII) e ordem social (Título VIII).

Quando uma emenda constitucional continha disposições relativas a diferentes títulos, optou-se por classificá-la de acordo com seu tema dominante, do mesmo modo que as emendas que alteravam o ADCT. Em algumas situações, consideramos necessário ajustar as classificações quando o conteúdo da emenda dizia respeito a matéria cuja regulação é objeto de título da Constituição distinto daquele cujos dispositivos foram alterados pela emenda. Assim, buscamos ter um instrumento mais apurado para comparar as diferentes categorias de emendas segundo seu conteúdo. Esses ajustes e suas justificativas são apresentados em conjunto com os Quadros 1 a 6, apresentados a seguir.

QUADRO 1 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

EC N. 26/00	INCLUI O DIREITO À MORADIA ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS.
EC N. 28/00	ALTERA AS REGRAS DE CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA.
EC N. 54/07	GARANTE O REGISTRO CONSULAR AOS BRASILEIROS NASCIDOS NO ESTRANGEIRO.
EC N. 64/10	INCLUI O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS.
EC N. 72/13	IGUALA OS DIREITOS TRABALHISTAS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS.
EC N. 90/15	INCLUI O TRANSPORTE ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE ORGANIZAÇÃO E DEFESA DO ESTADO**[17]

EC N. 11/96	PERMITE A ADMISSÃO DE PROFESSORES, TÉCNICOS E CIENTISTAS ESTRANGEIROS PELAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS E INSTITUIÇÕES DE PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA.
EC N. 15/96	DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS.
EC N. 18/98	DISPÕE SOBRE O REGIME CONSTITUCIONAL DOS MILITARES.
EC N. 19/98	DISPÕE SOBRE A REFORMA ADMINISTRATIVA.
EC N. 34/01	DISPÕE SOBRE A ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE.
EC N. 38/02	DISPÕE SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES DO EXTINTO TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA AOS QUADROS DA UNIÃO.
EC N. 46/05	ALTERA A PROPRIEDADE DA UNIÃO SOBRE ILHAS COSTEIRAS.
EC N. 51/06	DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS.
EC N. 57/08	CONVALIDA ATOS DE CRIAÇÃO, FUSÃO, INCORPORAÇÃO E DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIOS.
EC N. 60/09	DISPÕE SOBRE O QUADRO DE SERVIDORES DO EXTINTO TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA.
EC N. 63/10	DISPÕE SOBRE O PISO SALARIAL E AS DIRETRIZES DOS PLANOS DE CARREIRA DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DE COMBATE A ENDEMIAS.
EC N. 69/12	TRANSFERE PARA O DISTRITO FEDERAL A COMPETÊNCIA SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA.
EC N. 77/14	DISPÕE SOBRE A ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE DAS FORÇAS ARMADAS.
EC N. 79/14	INCLUI SERVIDORES PÚBLICOS DOS ESTADOS DO AMAPÁ E RORAIMA NO QUADRO EM EXTINÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL.

(continua)

17 Todas as emendas constitucionais que tratam do regime dos servidores públicos foram incluídas nessa categoria mesmo que constassem em outros títulos, tendo em vista que o tema da administração pública integra a organização do Estado.

EC N. 82/14	DISPÕE SOBRE A SEGURANÇA VIÁRIA.
EC N. 88/15	ALTERA O LIMITE DE IDADE PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DO SERVIDOR PÚBLICO.
EC N. 98/17	DISPÕE SOBRE A INCLUSÃO DE SERVIDORES DOS EXTINTOS TERRITÓRIOS OU DOS ESTADOS DO AMAPÁ E RORAIMA EM QUADRO EM EXTINÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 3 – EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE ORGANIZAÇÃO DOS PODERES[18]

EC N. 2/92	ALTERA A DATA DO PLEBISCITO SOBRE FORMA E SISTEMA DE GOVERNO.
EC N. 4/93	DISPÕE SOBRE O PRINCÍPIO DA ANUALIDADE DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL.
EC N. 16/97	ESTABELECE A REELEIÇÃO PARA A CHEFIA DO PODER EXECUTIVO.
EC N. 22/99	DISPÕE SOBRE A COMPETÊNCIA EM *HABEAS CORPUS* DO STF E DO STJ.
EC N. 23/99	ALTERA DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DA CRIAÇÃO DO MINISTÉRIO DA DEFESA.
EC N. 24/99	EXTINGUE A REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO.
EC N. 32/01	DISPÕE SOBRE O REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.
EC N. 35/01	DISPÕE SOBRE AS IMUNIDADES PARLAMENTARES.
EC N. 45/04	DISPÕE SOBRE A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.
EC N. 50/06	DISPÕE SOBRE AS REUNIÕES DO CONGRESSO NACIONAL.
EC N. 52/06	GARANTE AOS PARTIDOS POLÍTICOS AUTONOMIA PARA REALIZAR COLIGAÇÕES ELEITORAIS.

(continua)

18 As emendas constitucionais aos arts. 16 e 17 (EC ns. 4/93, 52/06 e 97/17) foram incluídas nessa categoria tendo em vista que dispõem sobre o sistema eleitoral e, portanto, sobre o modo de investidura do Poder Legislativo.

EC N. 61/09	ALTERA A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.
EC N. 73/13	CRIA OS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS DA 6ª, 7ª, 8ª E 9ª REGIÕES.
EC N. 74/13	GARANTE AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL.
EC N. 76/13	EXTINGUE A VOTAÇÃO SECRETA NOS CASOS DE PERDA DE MANDATO DE DEPUTADO OU SENADOR E DE APRECIAÇÃO DE VETO.
EC N. 80/14	DISPÕE SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA.
EC N. 91/16	ESTABELECE, POR PERÍODO DETERMINADO, A POSSIBILIDADE DE DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM PREJUÍZO DO MANDATO.
EC N. 92/16	DISPÕE SOBRE A COMPOSIÇÃO E AS COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.
EC N. 97/17	PROÍBE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS E ESTABELECE NORMAS SOBRE FUNDO PARTIDÁRIO E TEMPO DE PROPAGANDA GRATUITA.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 4 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO**[19]

EC N. 1/92	ESTABELECE LIMITES À REMUNERAÇÃO DE DEPUTADOS ESTADUAIS E VEREADORES.
EC N. 3/93	CRIA O IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (IPMF) E DISPÕE SOBRE A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E FINANCEIRA DOS ENTES FEDERATIVOS.
EC N. 10/96	CRIA O FUNDO DE ESTABILIZAÇÃO FISCAL (FEF).
EC N. 12/96	CRIA A CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (CPMF).

(continua)

19 Além das emendas que alteraram dispositivos do Título VI da Constituição de 1988, foram incluídas nessa categoria as emendas que tratam do financiamento das políticas sociais e do controle dos gastos públicos.

EC N. 14/96	CRIA O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO (FUNDEF).
EC N. 17/97	PRORROGA E MODIFICA O FEF.
EC N. 20/98	REFORMA DA PREVIDÊNCIA.
EC N. 21/99	PRORROGA E MODIFICA A CPMF.
EC N. 25/00	ESTABELECE LIMITES DE DESPESAS DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL.
EC N. 27/00	CRIA A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU).
EC N. 29/00	ESTABELECE RECURSOS MÍNIMOS PARA AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE.
EC N. 30/00	DISPÕE SOBRE O REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS.
EC N. 31/00	CRIA O FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FCEP).
EC N. 33/01	DISPÕE SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE).
EC N. 37/02	PRORROGA E MODIFICA A CPMF E DISPÕE SOBRE O REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS.
EC N. 39/02	CRIA A CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.
EC N. 40/03	REVOGA DISPOSIÇÕES SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.
EC N. 41/03	REFORMA DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS.
EC N. 42/03	PRORROGA E MODIFICA A DRU E A CPMF E ALTERA OUTRAS DISPOSIÇÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL.
EC N. 43/04	PRORROGA A APLICAÇÃO DE RECURSOS DESTINADOS À IRRIGAÇÃO NAS REGIÕES CENTRO-OESTE E NORDESTE.
EC N. 44/04	ALTERA O PERCENTUAL DA CIDE DESTINADA AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL.
EC N. 47/05	ALTERA DISPOSIÇÕES SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL.
EC N. 53/06	CRIA O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA (FUNDEB).

(continua)

EC N. 55/07	AUMENTA OS RECURSOS DESTINADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.
EC N. 56/07	PRORROGA A DRU.
EC N. 58/09	ALTERA O LIMITE DE DESPESAS DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL E SUA COMPOSIÇÃO.
EC N. 59/09	DISPÕE SOBRE OS RECURSOS DESTINADOS AO ENSINO.
EC N. 62/09	DISPÕE SOBRE O REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS.
EC N. 67/10	PRORROGA O FCEP.
EC N. 68/11	PRORROGA E MODIFICA A DRU.
EC N. 70/12	ESTABELECE CRITÉRIOS PARA CÁLCULO E CORREÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DOS SERVIDORES PÚBLICOS.
EC N. 75/13	INSTITUI IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE OS FONOGRAMAS E VIDEOFONOGRAMAS MUSICAIS.
EC N. 83/14	PRORROGA O PRAZO DE FUNCIONAMENTO DA ZONA FRANCA DE MANAUS.
EC N. 84/14	AUMENTA OS RECURSOS DESTINADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.
EC N. 86/15	TORNA OBRIGATÓRIA A EXECUÇÃO DE EMENDAS INDIVIDUAIS AO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA E DESTINA RECURSOS PARA AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE.
EC N. 87/15	ALTERA DISPOSIÇÕES REFERENTES AO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS).
EC N. 89/15	PRORROGA A APLICAÇÃO DE RECURSOS DESTINADOS À IRRIGAÇÃO NAS REGIÕES CENTRO-OESTE E NORDESTE.
EC N. 93/16	PRORROGA E MODIFICA A DRU E CRIA A DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DE ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.
EC N. 94/16	DISPÕE SOBRE O REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS.
EC N. 95/16	INSTITUI O NOVO REGIME FISCAL.
EC N. 99/17	DISPÕE SOBRE O REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 5 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE ORDEM ECONÔMICA**[20]

EC N. 5/95	PERMITE A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO A EMPRESAS PRIVADAS.
EC N. 6/95	SUPRIME O CONCEITO DE EMPRESA BRASILEIRA DE CAPITAL NACIONAL.
EC N. 7/95	PERMITE A NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM E A NAVEGAÇÃO INTERIOR POR EMBARCAÇÕES ESTRANGEIRAS.
EC N. 8/95	PERMITE A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES POR EMPRESAS PRIVADAS.
EC N. 9/95	PERMITE A EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL POR EMPRESAS PRIVADAS.
EC N. 13/96	EXTINGUE O MONOPÓLIO ESTATAL DO RESSEGURO.
EC N. 36/02	PERMITE A PARTICIPAÇÃO DE CAPITAL ESTRANGEIRO NAS EMPRESAS JORNALÍSTICAS E DE RADIODIFUSÃO.
EC N. 49/06	EXTINGUE O MONOPÓLIO ESTATAL SOBRE A PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE RADIOISÓTOPOS.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 6 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE ORDEM SOCIAL**

EC N. 48/05	INSTITUI O PLANO NACIONAL DE CULTURA.
EC N. 65/10	DISPÕE SOBRE OS DIREITOS DOS JOVENS.
EC N. 66/10	FACILITA A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO CIVIL PELO DIVÓRCIO.
EC N. 71/12	INSTITUI O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA.

(continua)

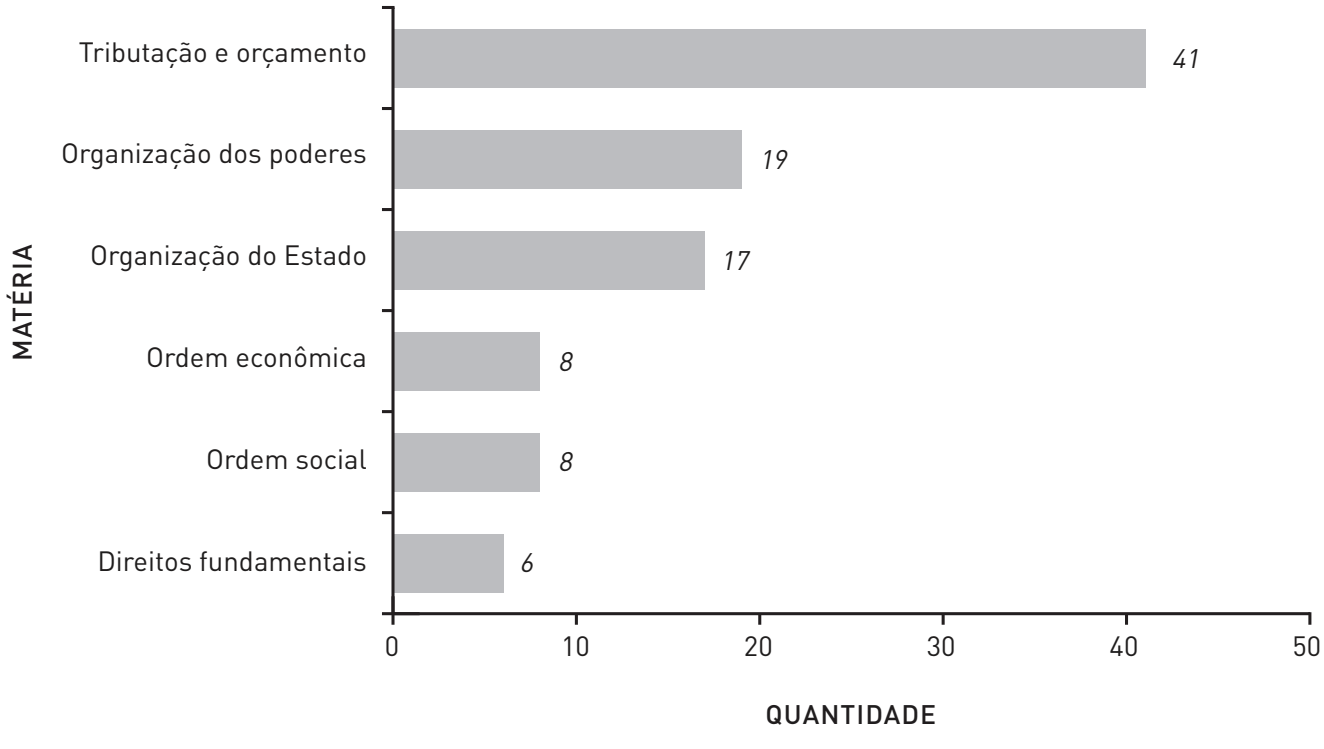
20 As emendas constitucionais ns. 5/95, 8/95 e 36/02 foram incluídas nessa categoria por tratarem da participação do Estado e de empresas privadas na ordem econômica.

EC N. 78/14	DISPÕE SOBRE A INDENIZAÇÃO AOS SERINGUEIROS CONHECIDOS COMO "SOLDADOS DA BORRACHA".
EC N. 81/14	CRIA A MODALIDADE DE EXPROPRIAÇÃO DE PROPRIEDADE POR EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO.
EC N. 85/15	DISPÕE SOBRE ATIVIDADES DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO.
EC N. 96/17	DISPÕE SOBRE A UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM PRÁTICAS DESPORTIVAS.

Fonte: Elaboração própria.

Com base nessa classificação, podemos observar o domínio significativo das emendas constitucionais sobre tributação e orçamento, em contraste com a relativa estabilidade das demais áreas da Constituição. Mesmo em duas matérias nas quais o número de emendas se destaca – organização e defesa do Estado e organização dos poderes –, várias das emendas aprovadas tiveram como objeto temas de alcance limitado, cujo impacto sobre a ordem constitucional é bastante reduzido. O Gráfico 3, a seguir, apresenta as emendas constitucionais organizadas por matéria de 1992 a 2017.

GRÁFICO 3 – **EMENDAS CONSTITUCIONAIS POR MATÉRIA** (1992-2017)



Fonte: Elaboração própria.

A partir desses resultados, cabe-nos aprofundar a análise das emendas constitucionais sobre tributação e orçamento como elemento-chave para compreender os conflitos que se manifestam nas constantes reformas da Constituição de 1988 e dificultam a estabilidade de suas normas. Tais emendas comprovam que os conflitos distributivos da sociedade brasileira são constantemente processados pela Constituição, o que nos oferece um caminho para compreender a instabilidade do compromisso constitucional no Brasil.

Apesar de seu grande número, é possível identificar dois temas recorrentes nesse conjunto de emendas, os quais dizem respeito ao financiamento das políticas sociais e ao controle dos gastos públicos, ao qual também podem ser relacionadas as várias emendas que tratam do pagamento de precatórios judiciais. O restante das emendas que não se enquadram nesses dois temas diz respeito a mudanças pontuais na ordem tributária e à repartição de receitas entre os entes federativos.

No campo do controle dos gastos públicos, temos o conjunto de emendas que, a partir da EC n. 10/96, que criou o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF),[21] buscou desvincular receitas e reduzir os gastos públicos. O FEF foi prorrogado pela EC n. 17/97 e, posteriormente, sucedido pela Desvinculação das Receitas da União (DRU), aprovada pela EC n. 27/00 e continuamente prorrogada pelas EC ns. 42/03, 56/07, 68/11 e 93/16. Mais recentemente, a EC n. 95/16 promoveu mudanças significativas no regime fiscal. Ao lado dessas emendas, também visam controlar os gastos públicos as EC ns. 1/92 e 25/00, que tratam dos limites de gastos do Poder Legislativo.

No campo do financiamento das políticas sociais, encontram-se as emendas que destinam recursos para educação (EC ns. 14/96, 53/06 e 59/09), saúde (EC ns. 29/00 e 86/15) e erradicação da pobreza (EC ns. 31/00 e 67/10), além das emendas referentes à criação e às prorrogações da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) (EC ns. 12/96, 21/99, 37/02 e 42/03), cuja arrecadação destinava-se ao financiamento das políticas de saúde, previdência social e erradicação da pobreza. As várias emendas referentes ao regime previdenciário (EC ns. 20/98, 41/03, 47/05 e 70/12) tratam tanto de seu financiamento quanto objetivam reduzir os gastos públicos nessa área.

Portanto, esses dois conjuntos de emendas indicam um conflito central entre os objetivos de redução dos gastos públicos e aumento de recursos para as políticas sociais. Ao analisarmos essas emendas sob a perspectiva dos períodos de governo, identificamos um ciclo de reformas constitucionais no Brasil que se estende de 1995 a 2006, período correspondente aos dois primeiros mandatos de FHC e ao primeiro mandato de Lula. Esse período corresponde ao maior número de emendas aprovadas em matéria de tributação e orçamento e representa várias tentativas de estabilizar acordos constitucionais nesse campo.[22]

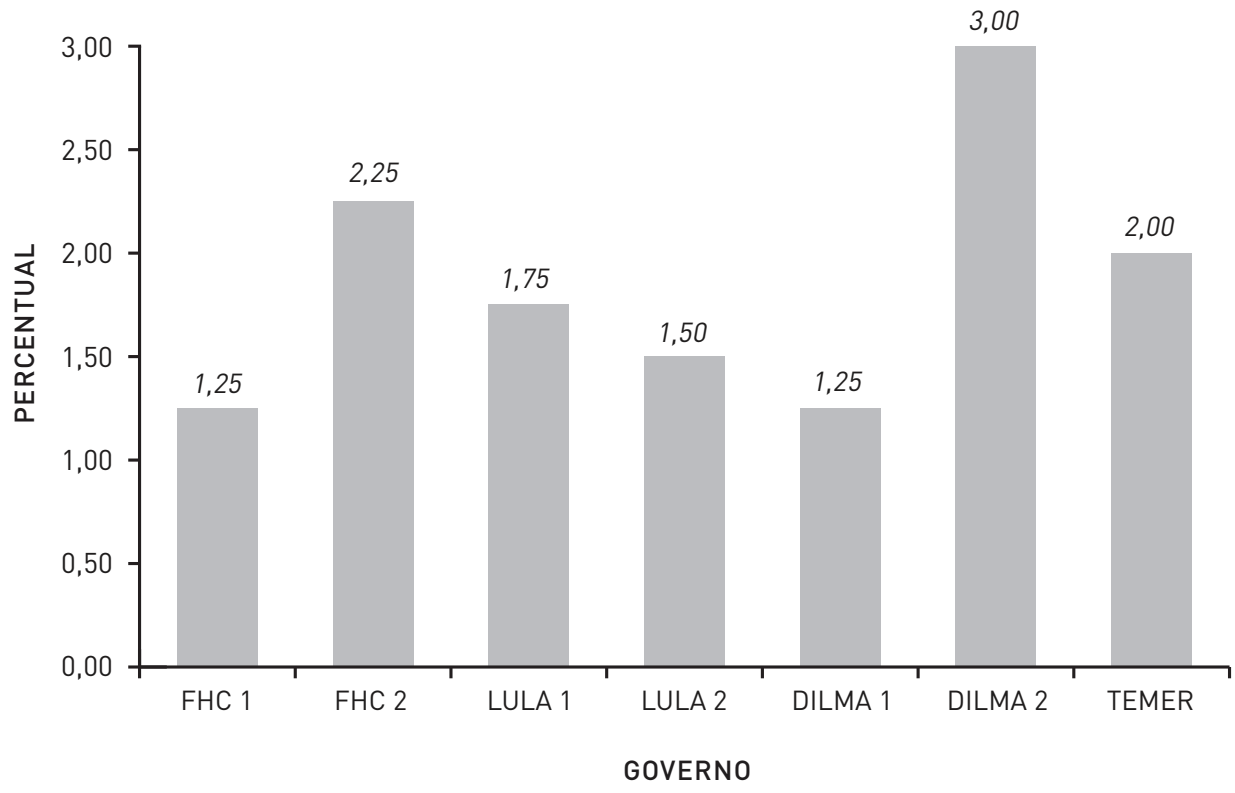
• • •

21 O FEF, por sua vez, sucedia o Fundo Social de Emergência, aprovado pela ECR n. 1/94.

22 Com base em outro referencial de análise, Melo (2013, p. 200-201) afirma que as alterações ocorridas nos Governos Lula e Dilma incidiram sobre aspectos triviais da Constituição, tendo ocorrido mudança

O Gráfico 4, a seguir, apresenta a média anual de emendas constitucionais (tributação e orçamento) por período de governo (1995-2017).

GRÁFICO 4 – **MÉDIA ANUAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS** (TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO) **POR PERÍODO DE GOVERNO** (1995-2017)



Fonte: Elaboração própria.

A diminuição no ritmo de reformas constitucionais nessa área durante o segundo mandato de Lula (Lula 2) e o primeiro mandato de Dilma (Dilma 1) demonstra que um compromisso fora alcançado nesse período, o qual manteve os instrumentos de equilíbrio fiscal implementados no Governo FHC, ao mesmo tempo que permitiu a ampliação dos gastos sociais defendida pelos governos do PT.

Não cabe dúvida de que a boa situação econômica vivida pelo país no período 2007-2014, no qual o Produto Interno Bruto (PIB) cresceu 27,95%, contribuiu para a relativa estabilidade das normas sobre tributação e orçamento, após o ciclo de reformas constitucionais de 1995-2006. Porém, cabe examinar de que modo elementos opostos puderam sustentar os acordos constitucionais sobre a matéria.

• • •

constitucional expressiva por meio de emendas somente no período 1995-1997, durante o primeiro mandato de FHC, quando se modificou a constituição econômica.

Segundo a análise de Dias (2011), a DRU não impediu o aumento dos gastos sociais. Isso decorreu do fato de que: a) a maior parte dos recursos oriundos de contribuições sociais que foram objeto de desvinculação retornou ao orçamento da seguridade social; e b) a diminuição dos recursos vinculados da educação foi compensada por recursos de outras fontes, além de que, a partir da EC n. 59/09, houve a diminuição progressiva do percentual de desvinculação.[23] Segundo esse estudo, em 2010, somente o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) conhecia perda de recursos com a DRU.

Essa análise é corroborada por outros dois estudos específicos sobre o gasto social no Brasil. No período 1995-2010, houve um crescimento real do gasto social federal de 176%, com uma aceleração de sua trajetória a partir de 2004: o gasto social federal *per capita* cresceu 32% em termos reais entre 1995 e 2002 e 70% em termos reais entre 2003 e 2010. Esse crescimento não envolveu um grande aumento da parcela do PIB destinada aos gastos sociais, que passou de 11,24% a 15,54% no período, mas manteve sua trajetória de expansão mesmo após a crise de 2008-2009 (CASTRO *et al.*, 2012).[24]

Já no período de 2002 a 2015, identifica-se um aumento dos gastos sociais de 12,6% a 15,7% em relação ao PIB, no qual se destacam os dispêndios com educação e cultura, assistência social e previdência. O impacto desse aumento contribuiu para a redução em 10 pontos percentuais da população classificada como pobre e a diminuição do Coeficiente de Gini de 0,5942, em 2002, para 0,5227, em 2014 (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2016).

Os dados apresentados anteriormente são consistentes com as emendas constitucionais sobre tributação e orçamento que, em menor número do que aquelas aprovadas nos governos FHC e no primeiro mandato de Lula (Lula 1), foram aprovadas no segundo mandato de Lula (Lula 2) e no primeiro mandato de Dilma (Dilma 1). A prorrogação da DRU pela EC n. 56/07 não impediu o aumento dos recursos da educação pela EC n. 59/09, nem a prorrogação do Fundo de Combate à Pobreza pela EC n. 67/10. Sobre essa base, a única emenda de maior significado sobre tributação e orçamento aprovada no primeiro mandato de Dilma (Dilma 1) tratou da nova prorrogação da DRU (EC n. 70/12), sem que isso afetasse a continuidade das políticas sociais.

Os resultados positivos desse aumento dos gastos sociais nas condições de vida da população podem ser constatados. Arretche (2015, p. 426-427) destaca que, sob a democracia, houve uma sensível diminuição na desigualdade de renda entre os mais ricos e os extremamente

23 De acordo com essa EC, o percentual de desvinculação passou de 20% em 2008 para 12,5% em 2009 e 5,0% em 2010, tornando-se nulo a partir de 2011.

24 Para os autores, a resposta conjuntural à crise e à recessão pode explicar essa expansão, porém o novo patamar de recursos destinados ao gasto social federal também pode ter decorrido da própria expansão das políticas sociais implementadas antes da crise, tais como a valorização do salário mínimo e os programas da área de educação.

pobres, embora ela ainda permaneça em um grau elevado, e atribui essa redução principalmente aos gastos sociais e à política do salário mínimo, o que demonstra o impacto das decisões sobre o destino do gasto público.[25]

A autora observa ainda que "os ganhos de renda nos governos petistas foram muito mais expressivos do que nos períodos anteriores" (ARRETCHE, 2015, p. 435), o que resultou da combinação de políticas que afetaram categorias sociais distintas: os programas de transferência condicionada de renda, que tiveram a ampliação do número de seus destinatários; a política do salário mínimo, que possibilitou aumentos de seus valores reais e incorporou a seu universo uma parte das pessoas mais vulneráveis; e a queda de desigualdade no mercado de trabalho, decorrente da trajetória expansiva da política educacional.[26]

Pode-se afirmar, assim, que o contexto econômico favorável e os acordos em torno da manutenção do equilíbrio fiscal com ampliação dos gastos sociais resultaram em um período de estabilidade constitucional de 2007 a 2014, no qual as reformas aprovadas significavam a continuidade de políticas que contavam com grande adesão e fizeram com que as normas constitucionais mantivessem sua capacidade de regular o conflito distributivo. Nesse período, a prática das reformas constitucionais no Brasil mostrou-se coerente com o modelo pragmático e reforçou o compromisso constitucional dos agentes.

Esse cenário modificou-se a partir do segundo mandato de Dilma. Em 2014, a Dívida Bruta do Governo Geral alcançou o patamar de 57,2% do PIB, trajetória de crescimento que se acelerou em 2015, quando atingiu 65,5%. Nesse ano, o PIB foi calculado em -3,7% (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2017, p. 59).

O consequente acirramento dos conflitos distributivos levou a uma crise política que significou a quebra desse compromisso constitucional. Embora o próprio Governo Dilma apresentasse propostas para reduzir o déficit público, o PMDB lançou, no final de 2015, o documento "Ponte para o Futuro", em que apresentava um programa de governo que implicava uma drástica redução do gasto público, o que afetaria as políticas sociais desenvolvidas sob os Governos Lula e Dilma.

• • •

25 Apesar dessa trajetória geral, a autora aponta que "a desigualdade de renda por cor e gênero não apenas revelou-se persistente como vem diminuindo a velocidades muitos distintas" (ARRETCHE, 2015, p. 427).

26 Um dos formuladores dessa estratégia econômico-social destaca a importância do ajuste macroeconômico realizado pelo Governo Lula no período de 2003 a 2005 para o êxito das políticas sociais que foram adotadas, ajuste para o qual foram decisivas duas reformas constitucionais do período: a reforma da previdência do servidor público (EC n. 41/03) e a prorrogação da CPMF (EC n. 42/03). Segundo esse estudo, no período de 2003 a 2012, "Os números indicam que o aumento da receita primária do governo federal foi totalmente canalizado para elevar as transferências de renda às famílias em relação ao PIB. Os números também indicam um aumento no investimento federal, puxado pelo PAC e pelo programa MCMV, bem como um aumento do gasto com educação. No sentido contrário, nos últimos dez anos houve redução dos gastos federais com funcionalismo e custeio exclusive educação, quando medidos em relação ao PIB" (BARBOSA, 2013, p. 95).

Essa posição do PMDB representava, também, a adesão de seus principais líderes e do Vice-Presidente da República à aliança para aprovar o *impeachment* de Dilma, mesmo que as acusações de crime de responsabilidade dirigidas contra ela não contivessem motivos suficientes para sua destituição. Essa ausência de motivação e os fatos ocorridos posteriormente, em que a mesma Câmara dos Deputados negou a abertura do processo de *impeachment* contra Michel Temer em duas ocasiões, embora as denúncias apresentadas pela Procuradoria-Geral da República fossem muito mais graves, demonstram que o afastamento de Dilma teve o caráter de um golpe parlamentar.[27]

A associação entre a interrupção ilegítima do mandato de Dilma e a quebra do compromisso constitucional envolvendo equilíbrio fiscal e ampliação dos gastos sociais é demonstrada pela aprovação da EC n. 95/16, que representa a mais importante reforma constitucional ocorrida no Governo Temer.[28]

A principal medida adotada por essa emenda diz respeito à criação do "teto dos gastos", por meio do qual as despesas primárias do setor público federal serão limitadas aos gastos do exercício anterior corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Em termos globais, isso implica que os gastos públicos primários não poderão ter aumento real, devendo ser reajustados somente de acordo com a inflação anual calculada até junho do exercício anterior. Esse novo regime fiscal estará em vigor por vinte anos, permitindo-se alteração do método de correção dos limites após o décimo ano de sua vigência.

Considerando-se os dados apresentados anteriormente, é forçoso reconhecer que a EC n. 95/16 representa a superação dos acordos que levaram à estabilidade da ordem constitucional no período de 2007 a 2014, uma vez que a priorização absoluta da redução do déficit público, por meio da contenção de gastos, tende a impedir a continuidade da expansão das políticas sociais.[29] Essa conclusão é sustentada por estudos específicos elaborados para a área da saúde e da assistência social.[30]

• • •

27 O conceito de golpe parlamentar é desenvolvido por Santos (2017, Capítulo 5). Para uma análise que critica essa visão e destaca a natureza predominantemente política do processo de *impeachment*, ver Vieira (2018, p. 52-60).

28 As outras três emendas constitucionais sobre essa matéria aprovadas no Governo Temer também tiveram como objeto o controle dos gastos públicos, prorrogando mais uma vez a DRU (EC n. 93/16) e dispondo sobre o pagamento de precatórios judiciais (EC ns. 94/16 e 99/17).

29 Embora a EC n. 95/16, em seu art. 110, tenha previsto que os recursos para saúde e educação no exercício de 2017 respeitariam o patamar mínimo estabelecido pela Constituição, a partir do exercício seguinte esses gastos passaram a seguir o critério de reajuste pelo índice de inflação. Além disso, foi revogado o art. 2º da EC n. 86/15, que dispunha sobre o aumento de recursos mínimos na área da saúde.

30 Na área da saúde, estima-se que "o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará

O impacto dessa mudança pode significar ainda que a prática das reformas constitucionais no Brasil venha a se afastar do modelo pragmático. Além da firme oposição à criação do teto dos gastos de parte do PT e seus partidos aliados, a EC n. 95/16 lançou mão de um instrumento que se ajusta mais ao modelo da desconfiança, ao estabelecer o prazo de vinte anos para sua vigência, o que dificulta sua alteração. Esse dispositivo denota a presença de uma cultura política conflitiva, que tende a prejudicar a obtenção de acordos constitucionais estáveis. A discussão atual sobre uma nova reforma da previdência também demonstra que, desde 2016, entramos em um período em que a aprovação de emendas constitucionais será mais difícil.

Tal como vimos, o período em que as emendas forneceram à Constituição de 1988 maior estabilidade e funcionalidade correspondeu ao momento em que foi possível um acordo que ofereceu respostas aos conflitos distributivos da sociedade brasileira. O acirramento desses conflitos provoca a instabilidade da ordem constitucional e corrói o compromisso que lhe dá sustentação, o que exige novos acordos entre os agentes políticos para que a Constituição retome sua capacidade regulatória.

Conclusão

Desenvolvemos neste artigo uma análise do conteúdo das emendas aprovadas à Constituição de 1988 para conhecer os conflitos que elas buscam solucionar e analisar seu êxito ou fracasso na consecução dos objetivos de garantir a estabilidade e a funcionalidade da ordem constitucional. Com esse fim, examinamos o caráter rígido da Constituição de 1988, desde sua formulação na Assembleia Constituinte, e classificamos o modelo de reforma constitucional nela presente como um modelo pragmático, em que as mudanças na Constituição são realizadas de modo frequente conforme as regras estabelecidas para sua reforma, o que demanda a obtenção de acordos entre os agentes políticos.

A análise da prática desse modelo demonstrou que os conflitos distributivos da sociedade brasileira respondem por boa parte das emendas constitucionais aprovadas. Esses conflitos se expressam na ordem constitucional por meio das emendas que tratam sobre controle dos gastos públicos e financiamento das políticas sociais, as quais podem ser divididas em dois períodos.

• • •

e envelhecerá de forma acelerada" (VIEIRA e BENEVIDES, 2016, p. 21). Na área da assistência social, "a restrição no financiamento será crescente, ano a ano, impondo, por conseguinte, o encolhimento da cobertura e a redução da efetividade da política de assistência social. Isso significa, de um lado, desproteger segmentos sociais antes protegidos e, por outro, dificultar novos acessos ao PBF e ao BPC" (PAIVA *et al.*, 2016, p. 26). As siglas referem-se ao Programa Bolsa Família e ao Benefício de Prestação Continuada. No campo da educação, cabe observar que o Plano Nacional de Educação (Lei n. 13.005/14) estabeleceu como meta a ampliação do investimento público em educação pública para o patamar mínimo de 10% do PIB após dez anos de vigência da lei, meta cujo cumprimento torna-se inviável por causa da EC n. 95/16.

De 1995 a 2006, período que corresponde aos dois mandatos de FHC e ao primeiro mandato de Lula, há um número acentuado de emendas sobre essas matérias, que demonstram as dificuldades de obter acordos estáveis sobre elas. No segundo período, de 2007 a 2014, que corresponde ao segundo mandato de Lula e ao primeiro mandato de Dilma, ocorre uma diminuição no número dessas emendas, o que indica que foi alcançado um compromisso que envolveu a manutenção do equilíbrio fiscal e a ampliação dos gastos sociais, o qual conferiu estabilidade e funcionalidade à Constituição. Finalmente, observamos que, no contexto da crise econômica e política que levou ao *impeachment* de Dilma, esse compromisso foi desfeito com a aprovação da EC n. 95/16, que priorizou de forma absoluta a redução do déficit público por meio da contenção de gastos, indicando um novo período de instabilidade constitucional.

AGRADECIMENTOS

O autor agradece ao apoio financeiro do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (ed.). *Cambio constitucional informal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

ARRETCHE, Marta. Conclusões. *In*: ARRETCHE, Marta (org.). *Trajetórias das desigualdades*: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: UNESP, 2015.

BARBOSA, Nelson. Dez anos de política econômica. *In*: SADER, Emir (org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil*: Lula e Dilma. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio M. Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Direito & Práxis*, *ahead of print*, 2018.

CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos; CHAVES, José Valente; DUARTE, Bruno Carvalho. *Gasto social federal*: prioridade macroeconômica no período 1995-2010. Brasília: IPEA, 2012. (Nota Técnica n. 9).

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Models of constitutional change. *In*: CONTIADES, Xenophon (ed.). *Engineering constitutional change*: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA. London and New York: Routledge, 2013. p. 417-468.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. The emergence of comparative constitutional amendment as a new discipline. Towards a paradigm shift. *In*: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). *The foundations and traditions of constitutional amendment*. Oxford and Portland: Hart, 2017. p. 369-388.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.

DIAS, Fernando Álvares Correia. *Desvinculação de receitas da União, ainda necessária?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011 (Textos para Discussão 103).

DOYLE, Oran. Constraints on constitutional powers. *In*: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). *The foundations and traditions of constitutional amendment*. Oxford and Portland: Hart, 2017. p. 73-95.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Brasil pós-constituinte*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

MAUÉS, Antonio Moreira; SANTOS, Élida Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 349-387, jul./dez. 2008.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil. *Novos Estudos*, n. 97, p. 187-206, nov. 2013.

NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem?* Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. *O novo regime fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil*. Brasília: IPEA, 2016 (Nota Técnica n. 27).

SANTOS, Wanderley Guilherme. *A democracia impedida*: o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Gasto social do Governo Central*: 2002 a 2015. 2016. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/. Acesso em: 14 nov. 2019.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Dívida pública federal*: Relatório anual 2016. 2017. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RAD_2016_pt-br.pdf/ec1dfc42-8088-49ad-9bb7-535a220307e6. Acesso em: 14 nov. 2019.

SINGER, André. *O lulismo em crise*: um quebra-cabeça do período Dilma (2011-2016). São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Brasília: IPEA, 2016 (Nota Técnica n. 28).

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Como citar este artigo:

MAUÉS, Antonio Moreira. 30 Anos de Constituição, 30 Anos de Reforma Constitucional. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1941. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201941.

Antonio Moreira Maués

Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador Nível 1C do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

ammaues@uol.com.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 22.02.2019
Aprovado: 24.10.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201942

O direito constitucional sob o olhar dos caciques da Terra Indígena Mãe Maria (Pará), povo indígena Gavião

CONSTITUTIONAL RIGHT UNDER THE VIEW OF CACIQUES OF MÃE MARIA INDIGENOUS LAND (PARÁ), GAVIÃO INDIGENOUS PEOPLE

Messias Furtado da Silva[1] e *Milene Moraes Moreira*[2]

Resumo
Este artigo é resultado de pesquisa de campo que utiliza no tratamento dos dados recursos da análise de conteúdo propostos por Bardin (2016) para compreender o pensamento dos caciques da Terra Indígena (TI) Mãe Maria, povo indígena Gavião, sobre os direitos dos povos indígenas esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1998), o que os caciques entendem pela palavra direito e como percebem os direitos que lhes são atribuídos na Carta Constitucional. Os dados foram constituídos a partir de entrevista semiestruturada com caciques de 12 aldeias da TI Mãe Maria a partir de duas questões geradoras sobre o que os caciques entendem por direito e o que pensam sobre os direitos dos povos indígenas assegurados na Carta da República. Os resultados mostram que os caciques enxergam com desconfiança os direitos indígenas previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, pois percebem grande lacuna entre o que está escrito na constituição e os direitos a que realmente têm acesso, associando a palavra direito à luta por melhorias para o seu povo.

Palavras-chave
Constituição; povos indígenas; lei do branco; reconhecimento de direitos; preservação da cultura.

Abstract
This article is a result of field research, in which we use in processing of data content analysis resources proposed by Bardin (2016) to understand the thought of caciques of Mãe Maria indigenous land, Gavião Indigenous People, about the rights of the indigenous peoples carved in the Brazilian Constitution of 1988 (BC/1998), what the caciques understand by the word right and how they perceive the rights that are attributed to him in the Constitutional Charter. The data were constituted from a semi-structured interview with caciques from 12 villages of Mãe Maria Indigenous Land, based on two generators questions about what the caciques understand by right and what they think about the rights of the indigenous peoples assured in the Charter of the Republic. The results show that the caciques sighted with suspicion the indigenous rights provided for in the Brazilian Federal Constitution of 1988, because they perceive a large chasm between what is written in the Constitution and the rights that it really have access, associating the word right with the fight for improvements for your people.

Keywords
Constitution; indigenous people; White's Law; recognition of rights; preservation of culture.

1 Universidade do Estado do Pará, Núcleo de Formação Indígena, Belém, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6744-2055

2 Faculdade Ideal, FACI, Belém, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9905-5658

CC BY-NC

Introdução

Neste artigo, descrevemos o pensamento dos caciques[1] da Terra Indígena (TI) Mãe Maria, localizada na região sudeste do estado do Pará, sobre os direitos dos povos indígenas que estão descritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Problematizar a relação entre os direitos dos indígenas positivados na Carta Constitucional Brasileira de 1988 e os direitos que realmente lhes são assegurados é de grande relevância, em virtude de os indígenas brasileiros gozarem de proteção especial no ordenamento jurídico, ação afirmativa compensatória diante das diversas tentativas de aniquilamento que sofreram desde a chegada do colonizador português, quer pela violência física, quer pela tentativa de subjugar sua cultura para colocá-lo a serviço do dominador. Para Cunha (1998), o desaparecimento de povos indígenas por morticínio pode ser reduzido a dois vocábulos: ganância e ambição por parte do capitalismo mercantil. Essa mesma linha de raciocínio é defendida por Ribeiro (1995), quando afirma que a chegada do colonizador muda bastante o modo de vida dos indígenas, introduzindo uma espécie de presença local avançada da civilização urbana e classista, inserindo o protagonismo europeu, capaz de destruir os indígenas de diversos modos.

A lógica de integração e dominação é quebrada com o advento da Carta Constitucional de 1988, tomada como referência no debate sobre direito indígena, visto que o artigo 231 reconhece aos indígenas o direito de manter organização social própria, costumes, línguas, crenças e tradições e, especialmente, direito sobre as terras tradicionalmente habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, além de obrigar o Estado a proteger as manifestações culturais dos indígenas, assim restituindo ao indígena o direito de permanecer indígena. Para Silva (2018), a CRFB/1988 é o último elo de reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos indígenas sobre suas terras. A CRFB/1988, portanto, especialmente no artigo 231, funda-se na concepção de direitos poliétnicos,[2] em razão de assegurar o direito dos indígenas a processos de organização social e de relações de parentesco próprios de sua cultura. Souza Filho (2018) avalia que os povos indígenas são sujeitos de direito coletivo com direito à organização social própria, de existir como grupo diferenciado, que inclui usar o seu idioma, cultura e religião:

1 Cacique é o líder da aldeia, escolhido porque liderou a criação de uma aldeia, por sucessão hereditária ou por escolha da comunidade.

2 Para Villares (2013), os direitos poliétnicos são os que garantem a expressão e o orgulho da diferença e procuram preservar e proteger a riqueza e diversidade cultural. Barth (2011) classifica sociedade poliétnica como aquela que, mesmo dominada por um sistema estatal, garante amplo espaço de diversidade cultural.

> O primeiro é o direito a existir, que corresponde o direito à vida. Nesse caso, não se trata da vida individual de cada pessoa (é claro que cada indivíduo tem direito à vida), mas do direito a existência como grupo, isto é, a viver segundo seus usos, costumes e tradições, a viver segundo sua própria ordem. (SOUZA FILHO, 2018, p. 89)

Outro instrumento que fundamenta as lutas dos povos indígenas é a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais, da qual o Brasil é signatário. O artigo 2º dessa Convenção estatui que os governos dos países signatários tenham a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos indígenas interessados, ações coordenadas e sistemáticas para proteger seus direitos e garantir respeito à sua integridade, bem como promover a plena realização de seus direitos, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes e tradições e suas instituições.

A Convenção n. 169 da OIT alerta para o fato de os direitos dos povos indígenas serem cumulativos. O indígena é detentor de direitos especificamente indígenas, como o uso exclusivo de recursos naturais da superfície das terras que tradicionalmente ocupam e a condução da organização social de cada comunidade, cumulativamente, o acesso aos direitos sociais e individuais garantidos ao kupẽ[3] na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais.

Mesmo com direitos previstos constitucionalmente, os indígenas se veem obrigados a lutar em várias frentes, pelo reconhecimento de seus direitos, lutas nem sempre pacíficas, vez que enfrentam grupos econômicos poderosos e, em alguns casos, a própria União Federal, por conta dos empreendimentos que atingem diretamente terras e povos indígenas.

Nos últimos anos, o Congresso Nacional Brasileiro tornou-se frente de luta por conta da tramitação de propostas de emenda constitucional e projetos de lei que afetam os indígenas, como no caso da Proposta de Emenda Constitucional n. 215 (PEC 215), que tenta retirar do executivo federal a prerrogativa de demarcar as terras indígenas passando-a para o Congresso Nacional. Também o Supremo Tribunal Federal (STF) se tornou motivo de preocupação aos indígenas por conta da interpretação dada pela 2ª Turma no julgamento do ARE n. 803.462-AgR/MS, sobre o direito de indígenas Kaiowá do Mato Grosso[4] reaverem suas terras, que gerou, tanto no Congresso Nacional como no meio jurídico, o debate sobre o chamado marco temporal.[5]

• • •

3 Não indígena para o povo Gavião.

4 Nessa decisão, apareceram as expressões jurídicas "renitente esbulho" e "marco temporal", que deram margem a questionamentos sobre a extensão do direito esculpido no artigo 231 da Carta Constitucional às terras originalmente ocupadas pelos indígenas. Para Gediel (2018), essas expressões resultam da negação ou em restrições à efetivação dos direitos dos povos indígenas sobre as terras que habitam ou habitaram.

5 O marco temporal é uma tese segundo a qual as terras indígenas só poderiam ser demarcadas se comprovado que estavam ocupadas na data da promulgação da CRFB/1988. Essa tese surgiu no meio jurídico na

O direito de uso exclusivo das terras que originalmente ocupam também, na prática, não está garantido. As terras indígenas são alvo de todo tipo de ataque, principalmente por parte de fazendeiros, madeireiros e mineradoras. A resistência a esses ataques tem sido sangrenta para os indígenas, e não são raros os casos de assassinatos de lideranças que lutam contra o poder de grupos econômicos. Em alguns casos, as terras indígenas se transformaram em espécie de prisão domiciliar para grupos indígenas, pois, em razão da violência a que são submetidos, se veem impedidos de usar o direito constitucional à livre locomoção.

Outra constante ameaça aos povos indígenas provém do avanço da fronteira agrícola. Os desmatamentos, as queimadas e o uso de agrotóxicos têm se intensificado no entorno das aldeias e provocado grandes danos ambientais às terras indígenas. A carta-imagem da Figura 1 é exemplificativa desse processo, no qual é fácil perceber que a TI Mãe Maria é onde ainda existe natureza preservada, e a floresta em seu entorno já foi totalmente retirada para dar lugar a fazendas e construções. O modo de ser e viver do indígena, de contato permanente com a floresta, desenvolve neles um sentido de proteção, o que explica o fato de serem as terras indígenas, junto com as florestas e parques nacionais, os locais onde a natureza é mais bem preservada, levando à interpretação de que o direito ao uso exclusivo dos recursos naturais das terras indígenas, exarado no artigo 231 da CRFB/1988, deva ser combinado com o artigo 225 da Carta Constitucional, que estatui o direito da atual e futuras gerações de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado.

O equilíbrio ecológico das terras indígenas vem sendo afetado pelas práticas de manejo nas fazendas em seu entorno. Na TI Mãe Maria, além dos problemas acima mencionados, dois elementos complementam a saga do povo indígena Gavião: o primeiro, relacionado a projetos da União que passam pela TI e impactam diretamente na vida dos indígenas, como os linhões de transmissão de energia elétrica, a Rodovia BR-222 e, mais recentemente, o Projeto da Usina Hidroelétrica de Marabá; o segundo, pela ação da empresa mineradora Vale, pois os trens que transportam minério até o Porto de Itaqui, no Maranhão, passam por dentro da TI em um trecho de aproximadamente 11 quilômetros, poluindo o ar, afugentando animais e influenciando no modo de vida dos indígenas.

A realidade enfrentada pelo indígena, com tentativa de extermínio, subjugação, etnocentrismo cultural, discriminação e preconceito, tem forjado um movimento de resistência diária destes pela reafirmação de seus direitos, e esse movimento de defesa dos direitos têm sido a marca dos indígenas na atualidade. Mesmo alguns povos que em passado recente decidiram

• • •

Ação Popular n.3.388, conhecida como o Caso Raposa Serra do Sol, no tópico 11 do voto do ministro relator, interpretando que o legislador constitucional fixou a data de 5 de outubro de 1988 como "insubstituível referencial" para a ocupação de determinado espaço geográfico por algum grupo indígena e o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

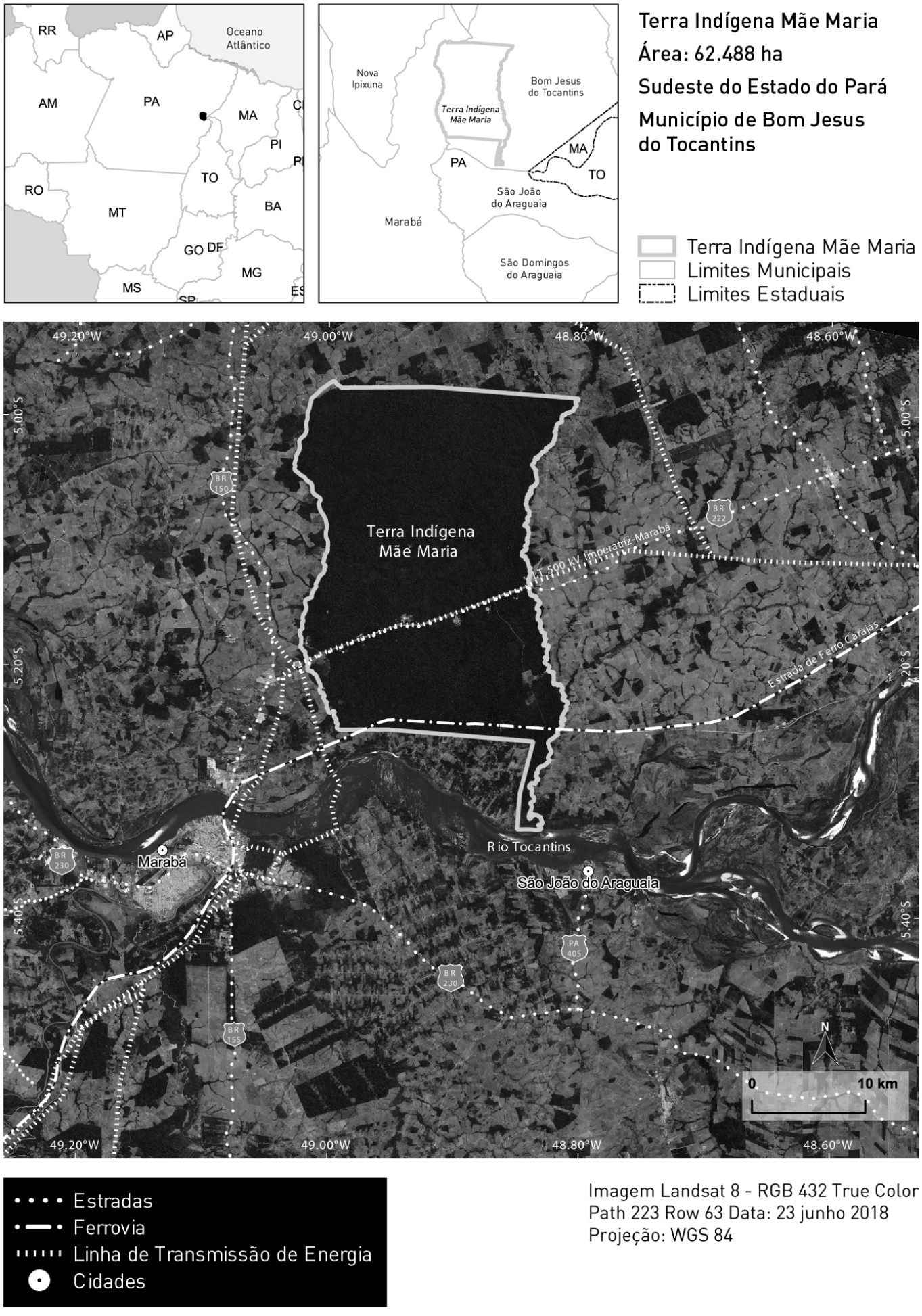
pelo seu autoextermínio mudaram de direção nas últimas décadas, passando a lutar por seus direitos, enviando seus filhos para as universidades com o intuito de lutar na esfera jurídica e educacional pela sua sobrevivência como povos indígenas.

O cenário de contradições entre o disposto na Carta Constitucional, normas supralegais e legais *versus* realidade vivida pelos povos indígenas levou-nos a perguntar aos indígenas o que eles entendem por direito e qual o seu entendimento sobre os direitos constitucionalmente assegurados, com objetivo de discutir esse conceito à luz dos direitos expressos na Carta Magna de 1988, que lhes assegura o direito de permanecer indígena e garante tratamento diferenciado quanto à preservação de sua cultura e identidade étnica.

1. Local e contexto da pesquisa

A Figura 1, a seguir, apresenta a carta-imagem de localização da TI Mãe Maria.

FIGURA 1 – **CARTA-IMAGEM DE LOCALIZAÇÃO DA TERRA INDÍGENA MÃE MARIA**



Fonte: Gentilmente cedida por Jandessa Silva de Jesus, em 2019.

A pesquisa foi realizada com 12 caciques na TI Mãe Maria, localizada na região sudeste do estado do Pará. A TI é cortada pela BR-222, pela Estrada de Ferro Carajás (EFC) da Companhia Vale e pelo linhão de transmissão da Eletronorte. A terra foi declarada como TI pelo Decreto n. 4.503, de 30 de dezembro de 1943, publicado no *Diário Oficial do Estado do Pará* n. 14.540, de mesma data. A demarcação da TI Mãe Maria foi homologada pelo Decreto Presidencial n. 93.148, de 20 de agosto de 1986.

Os indígenas Gavião da TI Mãe Maria são falantes da língua jê-timbira, do tronco macrojê, mas hoje, dado o frequente contato com o kupẽ, o número de falantes da língua materna tem diminuído consideravelmente em detrimento da língua portuguesa. A denominação Gavião foi dada pelos kupẽ, em razão das penas de Gavião na ponta das flechas que usavam para se defender. Os primeiros contatos com o kupẽ ocorreram em 1895. Ferraz (1984) salienta que os Gavião[6] foram atraídos na década de 1960 para a área da TI Mãe Maria com a promessa pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) de que iriam explorar a colheita de castanha-do-pará, estratégia bem-sucedida quanto à atração dos indígenas para a região, mas perversa quanto à deformação de alguns valores culturais e morais dos indígenas Gavião.

O contato frequente com o kupẽ provocou um forte processo de hibridização, com sensíveis alterações no aspecto cultural do grupo, que hoje convive pacificamente com a cultura do kupẽ, inclusive dentro das aldeias. Na TI Mãe Maria, vivem três grupos, os Parkatêjê, Kỳikatêjê e Akrãtikatêjê. A denominação de cada grupo deriva da localização das aldeias em relação ao rio Tocantins. Atualmente, a TI Mãe Maria é formada por 16 aldeias.

2. Metodologia

Este estudo, de abordagem qualitativa, foi desenvolvido por meio de entrevistas semiestruturadas, utilizando duas questões norteadoras: Qual o seu entendimento sobre o que é direito? O que pensa sobre os direitos dos povos indígenas assegurados na Constituição brasileira?

O protocolo de investigação foi submetido e aprovado por Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS). Participaram do estudo 12 caciques das aldeias que compõem a TI Mãe Maria: 10 do sexo masculino e 2 do sexo feminino, com idades variadas.

Todos os participantes assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e Carta de Cessão de Direitos sobre o teor de sua entrevista. Foram retiradas dos registros as menções que pudessem levar à identificação dos participantes, que receberam siglas de acordo com a ordem das entrevistas, de C1 a C12.

6 Conforme disposição da Convenção para grafia dos nomes tribais da 1ª Reunião Brasileira de Antropologia promovida pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), realizada em 1953, o nome de um povo indígena é adjetivo pátrio grafado sempre no singular e em maiúscula.

Após a transcrição das falas, utilizamos para analisar os dados a técnica de análise de conteúdo proposta por Bardin (2016). Nessa técnica, a análise dos dados ocorre em três fases. Na fase 1, pré-análise, cujo objetivo é tornar operacionais e sistematizar as ideias iniciais, de maneira a conduzir a um esquema preciso do desenvolvimento das operações sucessivas em um plano de análise, transcrevemos as entrevistas para compor o *corpus* e elegemos indicadores. Na fase 2, exploração do material, que consiste em operações de codificação, decomposição ou enumeração, em função de regras previamente formuladas, o *corpus* foi dividido em cinco categorias de análise, obedecendo ao critério nomotético de agrupamento dos depoimentos por proximidade de sentido ou oposição a este, assim denominadas:

(1) Lei do branco não nos representa.
(2) Direito é resultado de luta.
(3) Preservar a cultura é manter direitos.
(4) Conhecimento das leis que protegem os indígenas.
(5) Diminuição de direitos.

Na fase 3, tratamento dos dados, cujo objetivo é a síntese e seleção dos resultados, inferências e interpretações, utilizando os resultados de análise com fins teóricos ou pragmáticos, distribuímos as falas dos participantes pelas categorias citadas anteriormente, a fim de interpretar e fazer inferências. Nessa fase, optamos por interpretar os dados após a apresentação de cada categoria de análise, o que nos possibilitou maior alcance do sentido das falas.

3. Resultados e discussão

3.1. Categoria 1: Lei do branco não nos representa

A Carta Constitucional de 1998 é recheada de artigos que albergam direitos aos povos indígenas. Além de um capítulo exclusivo para eles na ordem social, outros direitos aparecem espaçados na Carta Magna, o que faz com que a CRFB seja tomada por diversos autores como referência em matéria de direitos dos povos indígenas, pois é demarcatória da cidadania indígena, não sem luta do movimento indígena, que desde a década de 1970 se organizou a ponto de interferir na tessitura do texto constitucional. Pode-se afirmar que aconteceu a constitucionalização do direito[7] dos povos indígenas em 1988.

No entanto, entre o dever ser e o ser há um grande fosso, e os depoimentos a seguir nos mostram a avaliação dos caciques da TI Mãe Maria:

7 Termo usado por Barroso (2005) para designar o fato de a Constituição incorporar em seu texto temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito.

C1. "Estes direitos não estão assim muito nos ajudando".

C2. "Eles falam direito, mas mesmo assim nós temos muitas coisas que é traduzido por lá, e tá na Constituição, e não tá valendo, não vale pro povo indígena essa palavra direito".
C2. "Parece que governo faz essa coisa de brincadeira, porque se for pra dizer o direito, o direito do povo indígena, nós não tem direito".
C2. "Tá na Constituição, essas palavras tudo que está escrito, mas só que não funciona, e hoje nós pergunta, os meninos daqui, que mesmo assim estão estudando também, tem duas pessoas que estão na faculdade até agora, eu digo, hoje, você está na faculdade, se você entendeu o que é direito, você deve explicar pro povo, porque você que está estudando, você que vai saber o que é, mas no entender do índio, diz que não tá valendo nada esse direito, esse direito que está escrito lá não funciona".

C3. "O Estado, o Governo, eles inventaram lei, lei para eles, não para nós indígenas é uma lei que eu falo que o branco inventou não foi nós indígenas que participamos da lei, então a lei que o branco inventou é uma lei pra nos acabar, para nós indígenas sumir do Estado".
C3. "É uma lei que você vê que não lhe assegura, quando eles inventaram lei, que tá no papel, de 88 pra cá, é uma lei que ela nunca sai do papel, é uma lei pro branco, mas pra nós indígenas essa lei, ela não serve".
C3. "Tá faltando nós indígenas criar uma lei nossa, uma lei que ela assegura a nossa terra, que ela assegura o nosso direito de falar, de ser ouvido, de dizer 'eu sou indígena', uma lei que ela venha nos amparar em qualquer momento, em qualquer necessidade, principalmente quando nós falamos da educação e de saúde".
C3. "É uma lei que ela é dobrada, é uma lei que ela não tá de acordo com nosso pensamento, é a lei do branco, a lei do branco que assegura pra eles pra tirar os direitos dos indígenas".
C3. "Nós temos nosso conhecimento, de sabedoria, de visão, de como nós proteger o nosso território, nós somos indígenas que não andamos vendendo madeira, não exploramos nossa terra sob ouro e minério, quem explora são os brancos, os grandes empresários, então, cadê a lei que nos assegura, aonde tá essa lei do branco que serve pra nós?".
C3. "Quem que vai fazer essas leis ser cumprida que tá escrito na Constituição? A 169, a OIT fala tão bonito, só boniteza, tudo escrito bonito mas não é exercida como é pra ser, e nós tamos sendo esquecido, nós somos carta fora desse baralho e as coisas cada vez mais piorando, as leis se renovam, mas não entra a nossa voz, não entra nosso pensamento, não entra um direito nosso de opinar, é o branco que inventa que nossa fala entra, mas não entra não, então eu vejo assim, nós somos esquecidos, nós não tem o direito".
C3. "A maneira que eu falo de nós criar uma lei é de nós ser autônomo, é de nós trilhar um caminho novo, é de nós tá construindo tudo novo, é uma maneira que eu achei de mostrar e dizer, é assim que nós queremos ser, então tem que ser uma lei nova construída".

C4. "A melhor forma que o indígena procurou a justiça pra resolver suas situações, eu acredito, na minha opinião, não, o que a gente fez foi fraquejar o nosso direito como indígena e fomos procurar a justiça pra que a justiça fosse tomar nossas decisões, que ela que dá a posição, que ela tem que fazer".
C4. "Essas decisões, primeiras decisões, dentro da nossa comunidade, ela começou a vim trazer os grandes impactos em nossa sociedade como indígena, e aonde foram procurar a justiça que até hoje eu digo assim, que eu acredito que a justiça tem que ter o respeito dos nossos direitos, como, porque se a lei nos garante que nós temos os nosso direitos de nós se organizar, buscar nosso meio econômico, de nós fazer nossos próprio projeto, nós tomar nossas decisões, até mesmo dentro da nossa comunidade".

C5. "Nós somos tratados na Constituição como povos diferenciados, porque somos povos tradicionais, mas se nós olhamos na conjuntura política, nós sofremos as mazelas do próprio Estado".
C5. "Eu penso que os direitos que estão explícitos na Constituição, eles são direitos, uma representação não indígena, ele foi criado não foi pelo indígena, é um direito que parte dele na escritura".
C5. "A nossa força está ali na Constituição porque nós fomos lembrados em dois artigos 231 e 232, e que prevalece hoje até no momento, como eu acredito assim, uma grande superficialidade, porque se ele realmente fosse levado ao pé da letra, nós não teríamos percas de território, não teria tantas barragens construídas dentro do nosso território, essa reserva indígena Mãe Maria não seria tão impactada pelos grandes projetos do governo e nós não teríamos tantos problemas sociais hoje como nós estamos tendo, principalmente na questão de fragmentação e divisão de território".
C5. "O Estado, ele trata as populações indígenas, fragmentadas hoje em dia, mas no espaço territorial que ele habita, às vezes demarcada, fora de rumo, sem garantias nenhuma de direito".
C5. "Se o direito existe e tá colocado lá de forma explícita, que nós se sentimos realmente pleiteados com o que tá escrito, por que que hoje as questões são divergentes?".

C6. "A gente vê que dentro da Constituição, ali a gente conseguiu um amparo, porque, quando os empreendimentos vêm a gente não tinha nenhuma lei, mas ali a gente conseguiu e a gente tá muito amparado dentro da Constituição".

C8. "Muita gente fala assim ah o direito do índio é diferenciado, lá no ambiental, assim, mas lá em cima, lá em Brasília, tá pensando que do jeito que eles sabe lá, mas não é, aqui embaixo não é, é muito diferente".

C10. "Eu vejo assim, de modo geral também, fica muito nas letras mesmo, porque pra

gente adquirir ou ter esse comando desse direito da Constituição fazer de fato valer, ele requer outras situações, então ele fica difícil até de ser efetivado no 100 % dele em cada território indígena, em cada povo indígena".
C10. "É em cima dela, a Constituição, que nós alimentamos também essa busca desse direito, essa busca desse nosso direito, porque ele abrange muito o direito que a gente tá falando hoje".

C11. "É uma coisa que vem de cima pra baixo, as pessoas vêm criando a lei e todos os problemas vêm pra cima da gente, e no nosso caso, que nós tamos no anterior, ninguém entendia o que era lei, e hoje nós tamos aqui, e junto com os brancos, nós conhecemos o que é ruim, o que é bom, o que é uma coisa negativa, o que não é negativo, então no meu entender, hoje eu tô aqui praticamente sobre a questão da nossa população e da nossa vivência".
C11. "Os governos quando criam a lei, aí já começa o impedimento, começa impacto aqui dentro da aldeia, aí nossos pessoal aí começa, esquece que é o direito nosso que é cultura, que é a nossa vivência e ele vai pra parte negativa, ele já vai começar a confrontar um com o outro, que não tem nada a ver".

Os depoimentos nos revelam que os caciques da TI Mãe Maria são conhecedores, pelo menos em parte, dos direitos dos povos indígenas que constam na CRFB/1988, no entanto, como nos mostram os dados, acreditam que esses direitos estão somente no papel, que não se efetivaram na prática, compreensão muito próxima ao que Barroso (2012) e outros autores chamam de estado legislativo de direito, em que a constituição é compreendida como documento político, cuja aplicabilidade está sujeita ao desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Os indígenas não se reconhecem na Carta Constitucional porque a sociedade do kupẽ não reconhece seus direitos; assim, usando o magistério de Honneth (2003, p. 213), "na autodescrição dos que se veem maltratados por outros, desempenham até hoje um papel dominante de categorias morais que, como as de 'ofensa' ou de 'rebaixamento', se referem a formas de desrespeito, ou seja, as formas do reconhecimento recusado".

Os indígenas em questão têm suas terras atravessadas pelo linhão da Eletronorte, pela Rodovia BR-222 e pela EFC da Companhia Vale, que inclusive está sendo duplicada, além de terem suas terras frequentemente invadidas por caçadores, extrativistas e madeireiras ilegais. O impacto desses elementos sobre a cultura e formas de vida dos aldeados é muito forte, a ponto de ser uma preocupação dos caciques, como veremos na categoria 3, não deixar a cultura tradicional Gavião ser substituída pela forma de ser e viver do kupẽ. Outro fator de inconformismo são as políticas de Estado que não chegam ou demoram a chegar, ou são incompletas, ou são ineficientes nas aldeias da TI, C2 chega a dizer que o governo brinca com os habitantes da TI.

O depoimento de C3 lança luz sobre os processos organizativos próprios dos indígenas albergados pelo artigo 231 da Carta Constitucional. Essa questão já foi objeto de análise do STF no julgamento da Ação Popular n. 3.388, julgado em 19 de março de 2009, fixando o entendimento de que nenhuma TI se eleva ao patamar de território político e que cada etnia cuida tão somente da realidade sociocultural e que terra indígena se distingue de território como categoria jurídico-política, evitando o risco de criar um estado dentro do Estado. A decisão do STF se assenta no fato de, como nos lembra Souza Filho (1998), na cultura constitucional, o território ser entendido como um dos elementos formadores do Estado e delimitador dos limites de seu poder.

Segundo a interpretação do STF, a despeito de cada povo indígena possuir formas de organização social, relações de parentesco e regime econômico próprios, esses elementos devem ser interpretados como bens culturais e não como legislação própria.

A interpretação acima descrita está longe de ser consenso. Para Araújo (2006), é uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal.

3.2. Categoria 2: Direito é resultado de luta

Os indígenas da TI Mãe Maria têm um histórico de luta pela própria sobrevivência enquanto povo indígena. Em livro-documentário, o lendário cacique Toprãmkre Krôhôkrenhũm Jõpaipaire (2011), grande líder do povo Gavião, relata as guerras que enfrentou contra os kupẽ, as doenças que quase aniquilaram seu povo e as lutas internas que deram contornos à atual organização da TI Mãe Maria. A luta do Capitão não era de um homem e sim de um povo, como afirma Honneth (2003), uma luta só pode ser caracterizada de "social" na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo. A luta do Capitão se transformou na saga de um povo pelo reconhecimento de seus direitos.

Os caciques não creditam os benefícios disponíveis na TI a nenhuma benesse do Estado e sim a resultado das lutas que eles travam no dia a dia. Os depoimentos a seguir revelam essa premissa:

> C1. "518 anos atrás, os portugueses vieram com tudo pra tirar nossos direitos e hoje a gente tem o privilégio, antes nós não tinha esse privilégio de lutar pelo nosso direito, onde o nosso porta-voz era a Funai, que era no tempo da tutela".

> C2. "Eu estou falando com os meninos, vocês que estudam, vocês vão brigar, vocês vão lá na Constituição e vê realmente o que está escrito lá e com isso vamos começar a falar, vocês têm que falar, porque vocês estão estudando para essas coisas aí, hoje não é coisa

boa pra nós não, aqui nós não tivemos, nada foi feito pelo governo, esse direito que nós procura, nós não tem, o governo nunca fez nada por aqui pelo Gavião".

C3. "Cadê a lei que me amparou quando eu fiz manifestação sobre a minha energia que eu sou de um povo atingido por uma barragem, dizimado, um povo que foi quase todo dizimado, a gente é sobrevivente e a polícia federal me caçou dizendo que eu era a cabeça, sim eu sou a cabeça, eu tive a ideia de fazer manifestação, 'ah mas vocês não pode', eu não posso fazer? pelos meus direitos, então eu tô brigando assim pelos meus direitos, eu posso ir lá pra estrada, na minha cabeça, na minha percepção de eu brigar sim pelos meus direitos, não só meus mas do povo".
C3. "Não existe lei, então quem faz a lei somos nós indígenas, é nós que tem que fazer uma nova lei, é nós que tem que construir essa lei, que o cacique, a fala dele é válida, mesmo dum delegado de um juiz, porque nós somos juiz, nós somos autoridade, e nós muitas vezes não somos reconhecidos lá pro branco".

C4. "Quando nós vamos fazer nossos protesto nós achamos que não temos direitos e onde a justiça manda a força nacional pra parar o protesto, aonde os índio tão fazendo não pode fazer, mas a gente muitos protestos não indígenas fazer, e um protesto muito violento que eles fazem, mas se um indígena fizer um protesto e tiver uma situação dessa de vandalismo, aí é onde eles começam a trabalhar pra tirar os direitos dos indígenas. Nós temos direito também de fazer nosso protesto, nós temos o direito de nós fazer a nossa reivindicação".

C5. "O direito pra mim é uma conquista, uma conquista porque somos povos originais, conquista porque, tiraram as nossas terras, tiraram o direito de usufruir de um bem que era nosso, a partir do momento dos primeiros contatos".
C5. "Hoje a luta dos indígenas, são lutas por algo que já era nossa, mas que nós queremos reaver esses direitos as terras, pra nós hoje termos terras, nós temos que lutar pra demarcar terras, então o Estado de Direito hoje é um Estado que ao invés de beneficiar os povos indígenas ele tá desbeneficiando, tirando os direitos".
C5. "Na verdade o direito se torna perca de direito, e a conquista do direito que nós corremos atrás hoje, na verdade, são lutas constantes pra que essas percas territorial, cultural, e principalmente hoje, social, que nos deixa hoje numa sociedade desigual porque somos diferenciados e muita gente vê que, observa que, hoje índio tem que tá morando na mata, hoje em dia, índio que é verdadeiro índio, ele tem que ter sua língua, o seu nome indígena, a sua característica, não considera que o índio não pode acompanhar a globalização".

C6. "Nós povos indígenas do nosso Brasil, a gente luta e a gente só consegue com movimento, muitas coisas eram violadas, violada a questão da saúde, em questão da

educação, que hoje não só os povos indígenas mas em toda a população do nosso Brasil lutam por isso".
C6. "Nós pensa que o nosso direito nós temos que buscar, correr atrás".

C7. "A gente tem de reivindicar o nosso direito, porque muitas coisas aí pra fora, mundo afora, a gente tá perdendo direito, então as pessoas não enxergam esse lado".

C9. "A gente vai em busca dos nossos direitos dentro da lei do kupẽ aqui fora, porque a gente sabe que tem a lei cultural, que ampara a nossa cultura, que não está sendo mais respeitada, nós tem a nossa lei também da aldeia, que se fosse pra gente resolver a gente resolvia por aqui conversando, sem briga".
C9. "Eu penso que direito são regras que devem ser respeitadas, por exemplo, a Vale fala pra nós que ela não tem o direito de dar nada pra nós, ela só dá, ela repassa esse dinheiro porque ela quer, mas nós sabemos que não é verdade, ela tem obrigação de nos atender".

C10. "Adentrando dentro da academia eu vi que são muitas coisas que falam o que é o direito, como normas, como princípios fundamentais, com decretos, leis, muitas coisas que envolvem o direito e que envolve em si todo esse contexto do que é o direito".

O depoimento de C6 é representativo, de fato os indígenas brasileiros, a partir da segunda metade do século XX, em especial a partir da década de 1970, ao tomarem consciência de que o tutelamento só lhes trazia prejuízos, começam a se organizar e lutar por seus direitos. Para Cunha (2012), a percepção de uma política e de uma consciência histórica em que os índios são sujeitos e não apenas vítimas só é nova eventualmente para nós. Para os índios, ela parece ser costumeira. A organização indígena em associações é um marco nessa história de luta; como explica Weffort (1967), a conscientização abre caminho à expressão das insatisfações sociais, porque são componentes reais de uma situação de opressão.

Na TI Mãe Maria, a organização em associações indígenas é constante. Criando processos de gestão paralelos, o cacique fica responsável pela organização interna da aldeia e a associação indígena cuida dos contatos com os organismos estatais e não estatais nas solicitações de melhoria de infraestrutura para a aldeia, atuando como mediadora das relações entre os indígenas e os não indígenas. Esse tipo de organização não deixa de trazer prejuízos; Ferraz (1998) infere que a institucionalização de determinadas relações sociais e de atividades econômicas por meio das associações, de acordo com padrões do kupẽ, opera sensíveis transformações na perspectiva de futuro do povo, despertando um sentimento, ainda que coletivo, da acumulação e da produtividade econômica.

A organização tem sido fator decisivo na conquista de direitos. Além das associações de aldeados, os indígenas têm se organizado em associações por povo, por região e nacionalmente, o que garante visibilidade às lutas desses povos. A partir da década de 1970, os indígenas

também começam a se organizar para ocupar o espaço acadêmico do kupẽ, sob o argumento de que era preciso empoderar os indígenas dos conhecimentos científicos para poder lutar em melhores condições; é quando se nota uma corrida dos povos indígenas aos cursos superiores, que hoje se traduz em ter no interior das aldeias um corpo de pensadores que detêm o saber tradicional e o saber científico, qualificando suas lutas. O depoimento de C10 é representativo dessa perspectiva, é um dos caciques acadêmicos do curso de Direito.

Destaca-se que, fruto das lutas, os indígenas da TI Mãe Maria conquistaram relativa qualidade de vida. As conquistas não foram a um só tempo, são paulatinas, mas importantes para a afirmação da identidade indígena; por isso os caciques da TI não baixam a guarda, estão sempre dispostos a defender seus direitos e sabem que nenhum direito é dádiva, é sempre fruto de luta.

3.3. Categoria 3: Preservar a cultura é manter direitos

Os povos indígenas do Brasil sofreram, desde a chegada do colonizador português, diversas tentativas de exterminar a sua cultura. Luciano (2006, p. 17) infere que a história é testemunha das várias tragédias ocasionadas pelos colonizadores que aconteceram na vida dos povos originários dessas terras, tais como escravidão, guerras, doenças, massacres, genocídios, etnocídios e outros males que por pouco não eliminaram por completo os seus habitantes. Ribeiro (1995) é certeiro ao afirmar que, embora minúsculo, o grupelho recém-chegado de além-mar era superagressivo e capaz de atuar destrutivamente de múltiplas formas. Assim, no plano étnico-cultural, essa transfiguração se dá pela gestação de uma etnia nova, que foi unificando, na língua e nos costumes, os índios desengajados de seu viver gentílico, os negros trazidos de África e o europeu colonizador. O resultado desse trágico processo foi a redução drástica das populações indígenas, a modificação de muitos dos seus hábitos seculares e o desaparecimento de diversas línguas e povos.

Desde a segunda metade do século XX, os povos indígenas têm vivido um processo de reavivamento de reafirmação de suas identidades éticas e têm buscado reforçar os laços entre o indígena e sua cultura, de modo a não só se manter como povo indígena, mas, no plano jurídico, evitar que seus direitos sejam negados sob a alegação de que estes não se diferenciam dos demais brasileiros. Os caciques acreditam que o direito diferenciado dos povos indígenas só vai perdurar se eles próprios preservarem suas tradições culturais. Os depoimentos a seguir revelam essa premissa:

> C1. "É o reconhecimento indígena, da nossa cultura".
> C1. "A gente tem que se integrar mas não deixar desintegrar aqui dentro da aldeia, e sim afirmar cada vez mais a nossa cultura, porque a nossa cultura é a nossa identidade".
> C1. "A nossa língua também, que ela está meio adormecida, é um dos pontos-chave também, que eu vejo como um direito nosso".

C2. "Aqui mesmo eu tô brigando, eu não quero mais que fale civilizado, eu quero que comece a nascer e falar a língua, porque assim parece que nós estamos perdendo o direito, é por aí que eu entendi que nós estamos perdendo o direito, por causa disso, porque não tem mais ninguém que fala a língua, são poucas pessoas que fala".

C3. "Quando você sabe que ele é um cacique, que fulano, o senhor é um cacique, ele é um cacique, tem um respeito, é diferenciado, esse pensamento que o branco não consegue entender nós, se um branco, a lei do branco, ela parasse pra ouvir, hoje nós teria um Brasil diferente, um Brasil com mais respeito, com mais construção e crescimento, e os indígenas estaria mais amparado de dizer 'eu sou indígena'".

C4. "Hoje nós temos, que o direito nos garante, da forma de nós se organizar, dos nossos direitos nosso de organizar, de como trabalhar nossa própria organização e de resolver nossos problemas".
C4. "Quando a gente fala assim de direito, porque nós temos direito, que nenhuma sociedade tem que mexer conosco, que deixe que a gente viver livre pra que a gente não seja interrompido ou ser impedido, pra que nós possamos caminhar".
C4. "O Ministério Público também, que ele é que faz o defensor da nossa área como terra indígena, mas quando há um problema dentro da comunidade, que deixe que seus caciques, em conjunto com seu povo, resolvam seus problemas dentro da comunidade".

C5. "Quando eu saio daqui e vou procurar a justiça pra mim entrar com ação contra o meu cacique ou a minha diretoria, ou a minha própria comunidade, de que parte dessa comunidade eu estou fazendo? Aonde é que está o meu direito? O meu direito está pra mim chegar junto com meu cacique pra que nós possamos resolver a nossa situação".
C5. "A nossa sociedade, a sociedade indígena, ela tem que ser vista não apenas como um povo que vai se transformar em museu, onde as pessoas vêm de fora e olha que 'isso aqui é índio, eles andam nus, eles falam a língua deles' mas não percebe que essa evolução já aconteceu, nós vivemos numa sociedade onde os indígenas têm carteira de trabalho, têm título de eleitor, têm carteira de motorista, atua dentro da sociedade, coloca representantes na política, nós vivemos numa sociedade globalizada".

C6. "O governo ele vê a gente como uma só língua, independente do que somos realmente, nós somos conhecidos, e nós somos indígenas, mas indígenas, ele é visto no modo geral como povo indígena, mas quando se fala em povos indígenas, vamos dizer assim, cada um tem sua língua, cada um tem seus costumes, cada um tem a sua fala".

C11. "O direito nosso que eu quero buscar lá no fundo é a questão, é a nossa cultura, que principalmente desde quando começou, isso é nosso direito, porque isso não pode acabar, as

> pessoa não pode acabar com a nossa tradição que é um direito nosso, a nossa vivência, tudo pra não deixar, que nem como foi falado, a questão da cultura pra não acabar".
>
> C12. "A nossa própria tradição, a nossa própria comunidade já vinha trabalhando essa questão do direito, o que que é direito, a questão do direito familiar, a questão do direito cultural, a questão do direito da preservação da natureza".
> C12. "A contribuição dos indígenas para o Brasil foi tentando mostrar para os invasores ou quem descobriu, que pra poder sobreviver eles dependeram dos indígenas, então assim, os indígenas já tinha a organização, de direito deles, e isso foi feito de uma forma que jamais o nosso povo pensava".

O discurso de C2 é representativo desta categoria, os caciques relacionam a preservação de sua cultura, sua memória histórica à manutenção dos direitos já adquiridos e à conquista de novos direitos.

Nos discursos de C4 e C5, percebe-se uma preocupação em retirar do âmbito dos povos indígenas suas reivindicações e transpô-las para a justiça do kupẽ. De fato, muitas das questões indígenas têm sido judicializadas. Quando se trata de afronta ao povo indígena, é o Ministério Público, por força do artigo 129, inciso V, da Constituição Federal, que tem a responsabilidade de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

No entanto, muitas questões de direito indígena têm sido levadas à justiça pelos próprios indígenas, que se veem amparados pelo exposto no artigo 232 da CRFB/88, que reconheceu os indígenas, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e, nesse campo, muitos revezes têm acontecido sob o argumento de que eles não são mais indígenas por terem formas de ser e viver iguais aos do kupẽ.

Vê-se, então, que a pretensão dos caciques da TI Mãe Maria, exarada em seus discursos, tem dupla funcionalidade: evitar que os povos indígenas percam o caráter de cultura diferenciada, que traria implicações no plano jurídico, e reafirmar sua memória histórica, marcada por traços culturais distintos.

Essa pretensão é albergada pela Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Direitos dos Povos Indígenas, que reconhece, no artigo 11, que os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, incluindo o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas.

Quando C4 se manifesta dizendo que a lei lhe garante o direito de organização e de resolver eles mesmos os problemas da comunidade, tal manifestação está amparada no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que reconhece o direito de os indígenas terem sua própria organização social, bem como nos artigos 3º e 4º da Declaração dos Direitos Indígenas da ONU, quando afirma que os povos indígenas têm direito à autodeterminação e, em virtude desse direito, podem determinar livremente sua condição política, e ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos. Villares (2013) acrescenta que essa autodeterminação

inclui o direito de o indígena participar da política brasileira de maneira ampla e de ser consultado toda vez que políticas estatais o afetem; portanto, a autodeterminação é transversal a todas as questões indígenas.

3.4. Categoria 4: Conhecimento das leis que protegem os indígenas

A educação escolar indígena passou por distintas fases, que tinham em comum o objetivo de integrar os indígenas à sociedade nacional, levando-os a um gradativo processo de assimilação e substituição de sua cultura pela cultura do kupẽ. Essa avaliação decorre da análise dos processos escolares oferecidos aos indígenas desde a chegada do colonizador português até o advento da Constituição Federal de 1988.

A partir da década de 1970, os povos indígenas percebem a força dos processos educativos escolares tanto para destruir quanto para reconstruir sua cultura e começam a defender o acesso dos indígenas, inicialmente às escolas do kupẽ e, com o advento da Carta Constitucional de 1988, à educação intercultural.

Os povos indígenas querem seus filhos na escola para aprender a lei e os conhecimentos do kupẽ e, assim, se empoderarem dos instrumentos técnico-científicos que lhes possibilitem lutar em melhores condições por seus direitos.

As falas a seguir são exemplificativas desse movimento:

C2. "Já tem muita gente formada e eles sabem dessa lei, já tem muita gente que sabe e talvez hoje todo mundo vai aprender, e aonde é que nós queremos".
C2. "Se nós preparar esses meninos tudinho, o que que vai acontecer? Eles vão tá brigando lá por esse direito que tá escrito lá, eles vão estar brigando por nós lá, talvez até lá".

C3. "É por isso que eu falo, que ainda precisa nós indígenas, sentar, pensar pra nós construir nossa própria lei, fortalecer os nossos direitos, um direito de nós ser ouvido, um direito de eu poder andar da maneira que eu me sinta bem".

C4. "Eu falo, eu tenho que falar de direito de você ter o acesso livre, que você possa saber o que você pode fazer e onde você pode estar sendo amparado".
C4. "Quais são os pensamentos, quais são as preocupações com seu povo, qual o direito que você tem pra que você possa ter a segurança, e hoje nós já temos muito assim, trabalhamos assim com receio, se você pode ou não trabalhar em cima daquilo que você quer fazer pra sua comunidade".

C5. "Futuramente, quando todos tiver sua formação como cidadão, como nós estamos crescendo como cidadão, que tão fazendo a faculdade, uns se formou pra fazer medicina, pra trabalhar direito, que hoje nós temos muitos os indígenas fazendo o direito, e uns tão estudando, terminaram de fazer a formação, fizeram a faculdade, hoje se formaram e

estão dando aula dentro da sua própria comunidade, daqui a um tempo vão fazer pra biólogo, historiador, pra você contar sua própria história como indígena mesmo, o próprio índio da aldeia Gavião vindo contar sua própria história, da história vivida desde o princípio até hoje".

C6. "Nós temos que procurar mais informação sobre o nosso direito indígena, então nós temos que procurar, procurar entender mais".
C6. Nós temos que começar a aprender realmente com cada pessoa que vem conversar com nós, dar um entendimento melhor, e explicar melhor que nós possamos buscar melhor o nosso direito, eu sei que são muitas coisas, muitas coisas no Brasil que a gente vê que nós tamos ficando pra trás".

C11. "Até agora nenhuma pessoa levantou pra dizer 'o índio tem direito'. Por quê? Eu não vou dizer que o índio não entende, não sabe nem o que é direito, então acabou o direito dele".
C11. "Porque, pra isso, pra nós, pra pessoa reconhecer o nosso direito eu tinha que chamar alguém pra fazer o estudo aqui dentro, por que eu quero? Pra voltar como era antes, pra nós ter direito pra ter aquele respeito".

C12. "Então assim, essa visão de direito, de conhecimento de direito, ela é muito crua ainda, tamo tentando caçar uma forma, quem faz direito, quem faz biologia, geografia, ciências sociais, pra tentar entender a importância do direito, porque o direito ele é um arcabouço de vários direitos, de conhecimento também, que ele vai ajudar o povo".
C12. "É tentar buscar o conhecimento para tentar trabalhar, junto com os caciques e lideranças, e a comunidade a respeito do direito que nos propõe a Constituição Federal, só que esses direitos são violados, hoje por exemplo, não tem mais assim a Funai como intervia antes, não tem mais o Ministério Público Federal como intervia antes, que tá lá na Constituição, uma obrigação, a obrigação é do Estado de dar a assistência à população indígena".

Os indígenas da TI Mãe Maria têm apostado na escolarização como instrumento de desvelamento dos seus direitos, e o depoimento de C2 é exemplificativo desse movimento. Outro exemplo é que, entre os 12 caciques pesquisados, 2 são estudantes de Direito e 2 são graduados em Licenciatura Intercultural; outros estão fazendo cursos superiores diversos. Os caciques têm buscado na formação superior dos aldeados o empoderamento necessário a discutir seus direitos em condições de igualdade com o kupẽ. Eles não querem mais ser tutelados por órgãos como o SPI ou a Fundação Nacional do Índio (Funai), no entanto, têm claro que a dinâmica das relações com o kupẽ exige deles buscar conhecer as leis para assim poder debater os seus direitos com o não indígena.

A pretensão dos caciques é amparada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que estatui que os programas destinados aos indígenas devem proporcionar a estes recuperação de suas memórias históricas; reafirmação de suas identidades étnicas; valorização de suas línguas e ciências; acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não indígenas.

3.5. Categoria 5: Diminuição de direitos

Conforme já descrito na introdução deste artigo, os Gavião foram atraídos para a área da TI Mãe Maria com a promessa do SPI de explorar a colheita de castanha-do-pará. Com a descoberta das reservas de minério de ferro na região de Carajás, o Governo brasileiro, por meio da Companhia Vale do Rio Doce, estatal da área de exploração mineral, fixou uma série de entendimentos com os indígenas para que o minério fosse transportado por via férrea até o Porto de Itaqui, no estado do Maranhão, passando a EFC por dentro da TI Mãe Maria, que incluía diversos benefícios aos indígenas, dentre os mais relevantes, a assistência à saúde.

No ano de 1997, a Companhia foi privatizada e seu controle acionário passou às mãos de um consórcio que inclui bancos e investidores internacionais. A partir da privatização, os entendimentos entre indígenas e a Vale do Rio Doce[8] se tornaram mais difíceis e conflituosos e provocam diversas formas de manifestação, a mais usual é a obstrução da EFC.

Atualmente, o acordo de repasse de compensação financeira pelos danos ambientais e sociais decorrentes da passagem dos trens carregados de minério por dentro da TI inclui, por exemplo, proibição dos indígenas de fazer manifestação que resulte em interrupção da passagem dos trens, ao passo que mais benefícios vão sendo retirados dos indígenas. Nos depoimentos a seguir, vemos como os indígenas se posicionam a esse respeito:

> C2. "Através da eleição, eles queriam o documento pra gente votar pra aquela pessoa, foi que inventaram o documento para nós, aonde nós, parece que foi ali que nós perdemos o direito, nós não tem mais aquele direito que nós tinha antes".

> C3. "Eles criaram uma forma de como parar nós, de como imobilizar nós, e se nós indígenas nunca parar pra crescer e enxergar, nós vamos ser sempre subordinados, sempre nós vamos ser do jeito que nós tamos sendo, nós não somos ouvidos, nós não tem o direito de gritar, tipo assim, a lei que eles criaram, 'ó para, é até aqui que você pode ir'; 'você não pode mais fazer isso'; 'você não pode mais andar nu'; 'você não pode muitas vezes andar pintado em certos lugares'. Por quê? Nós somos o quê?".

8 No ano de 2007, a Vale do Rio Doce passou a se chamar Companhia Vale.

C4. "Inclusive nossos direitos estão indo por água abaixo por não ter respeito dos nossos direitos como humano, como ser humano mesmo, porque nós não somos diferentes da sociedade não indígena, hoje nós somos todos iguais, eu sei que os não indígenas têm os próprios direitos deles e esse direito dos não indígenas também entraram e nós filtramos dentro dela também".

C5. "O que eu entendo como direito na verdade, são todas as questões bem peculiares dos povos indígenas, que vêm com uma trajetória bem desgastante com relação ao etnocentrismo, com relação as percas de identidade, percas de território".
C5. "Nós estamos aqui para cuidar do ambiente, nós não podemos desmatar, nós não podemos devastar, mas outras pessoas quando tem o interesse político, por exemplo da Vale, ele destrói, como é o caso do grande projeto Carajás, que é dentro do território indígena, e eles não estão nem aí porque hoje o que rege o mundo é o capitalismo, e não interessa se é o território indígena ou não, só faz o translado pra outra área".

C6. "A nossa lei de 88, a Constituição de 88, ela tá muito violada, a gente é amparado, a gente se discute, a gente viu que ali foram construídos pelos nossos indígenas, ali lutaram, apesar de eles não saberem e não entenderem bem mesmo o que é uma lei, mas ali e hoje a gente vê nós jovens, hoje a gente vê que ali nós fomos amparado, que ali a gente tá sendo ainda amparado, apesar de ter vários retrocessos de leis, retrocesso político mesmo, retrocesso principalmente dos ruralistas que avançam, que quebram e que querem nos atingir".
C6. "Vamo dizer assim, no modo geral, tanto branco, como indígenas, negro, ribeirinho, quilombola, então, eles estão fazendo de tudo pra que, vamo dizer assim, nós população do Brasil seja mesmo, praticamente devastado, e no meu modo de ver eles tão também querendo fazer com que a gente volte como era ser antes, voltar a ditadura".

C7. "A nossa Terra Indígena Mãe Maria é demarcada, homologada, mas tem alguns governos que tá tentando acabar com isso e tá querendo tirar todos os nossos direitos e diminuir a nossa terra indígena".

C8. "A gente tá à mercê de tudo, tá acabando o direito nosso, o governo tá atropelando a gente e a gente tá cada vez mais enfraquecendo".

C11. "Hoje esse pessoal vê nós, a partir de hoje em diante, nós não temos mais direito, porque os próprios empreendimento está acabando com a nossa cultura".
C11. "A pessoa se preocupa, vai acabar com o nosso direito, vai acabar com a natureza, e aí como é que vai ficar?".

C12. "Eu tenho direito a constituir a minha família, eu tenho o direito que foi me dado por Deus que meu de fazer a caça, matar a hora que eu quiser, eu tenho direito de fazer a minha roça, eu tenho direito a progredir mais o meu povo, só que hoje muda é que nós ficamos numa ilha, delimitada".
C12. "O nosso povo não tinha limite na época, era ilimitado, não tinha uma demarcação aonde ele não podia andar, então, a questão do direito do nosso povo, eles vias que todos os espações deles, pertencia a eles, era o direito que eles tinham que foi dado por Deus, por isso que não tinha limite, com a entrada de Portugal ao Brasil, foram trabalhando essa limitação, tentando fazer o Estado, tentando regularizar".
C12. "Como é que vai ser a minha liberdade, alguém veio e tomou essa liberdade e começou a limitar, então assim, e na realidade, hoje se repete, por exemplo se a gente for olhar pra Vale do Rio Doce, pra Eletronorte, pra essas outras empresas que entraram na reserva, eles começaram a limitar, os indígenas não podem atravessar esse lado aqui que eles têm uma punição, eles são multados, a Vale entra na justiça e pede pra multar cada um dos indígenas".
C12. "Muitas vezes são violados esses direitos devido à falta de conscientização entre os kupẽ, que é os brancos, os não índios, com relação a população indígena, os povos indígenas no modo geral, então tudo que nós temos hoje faz parte dos nossos direitos adquiridos, é hoje regularizado pelo ordenamento jurídico".
C12. "Tiraram o nosso direito, na realidade a nossa liberdade, antes nós ia pegar o kiré, o tamuatá, pegar traíra, pegar toda espécie de peixe, hoje não tem mais".

No depoimento de C12, percebe-se uma preocupação com as limitações impostas aos indígenas nos processos demarcatórios. Antes da chegada do colonizador, os indígenas viviam em estado de natureza, andavam livremente e consumiam os recursos naturais de qualquer lugar. A chegada do colonizador modifica essa estrutura e os indígenas passam a ter espaços mais limitados. Esse processo se aprofunda com a criação do SPI, que conduziu os indígenas para as chamadas reservas indígenas, com o propósito de ali os domesticar e integrá-los à sociedade nacional.

Além das limitações do deslocamento, os indígenas sofrem com a diminuição gradativa dos recursos naturais disponíveis a sua sobrevivência. A TI Mãe Maria, conforme se observa na carta-imagem da Figura 1, é circundada por empreendimentos imobiliários e agropecuários, o que dificulta o trânsito e a reprodução dos animais que antes eram abundantes para os indígenas. A redução de direitos também está relacionada ao atendimento à saúde, antes facilitado pelo acordo com a Companhia Vale.

Considerações finais

É justo que iniciemos as considerações finais deste artigo invocando a intuição de Alighieri (1941), segundo a qual o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que,

servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe. Se assim o fazemos é por acreditar que todos os direitos dos povos indígenas dispostos na Carta Constitucional da República e nas leis infraconstitucionais não são dádiva dos kupẽ para com os indígenas, mas, antes de tudo, são proporcionais à importância destes na construção do Brasil.

Quando o colonizador português aportou em terras brasileiras, os indígenas que aqui habitavam possuíam cultura, tradições e organização própria. Aos poucos os indígenas foram sendo aniquilados, tanto no sentido mais perverso do termo quanto pela consideração de sua cultura e tradições como inferiores e selvagens. Para o colonizador português, o indígena, com suas formas de viver, estava distante dos hábitos os quais julgava necessários ao homem civilizado. Era preciso, então, em nome da civilização, embranquecer os indígenas e, caso não conseguisse, exterminá-los, e isso explica, em parte, a drástica redução da população de indígenas até a segunda metade do século XX. No entanto, os indígenas resistiram, insistiram, se organizaram e lutaram a ponto de ver descritas no texto constitucional as suas aspirações.

Paralelamente a isso, em um virtuoso processo de resiliência, os indígenas, não sem hibridismos, mantiveram parte de suas tradições e costumes próprios, e hoje, graças a suas lutas, vivem um movimento de reetnização, em que muitos dos que procuravam esconder sua identidade indígena, por conta de pressões e preconceitos, têm voltado a assumi-la.

Nossa primeira conclusão é que caciques da TI Mãe Maria, com certo grau de variabilidade, têm clareza dos direitos que lhes são atribuídos na Carta Constitucional, mas têm clareza de que tais direitos se relacionam à luta. O direito é de quem luta, e os caciques compreendem que, se ficarem parados esperando que o governo e a sociedade reconheçam esses direitos, o dever-ser não irá se transformar em ser. Os indígenas da TI conquistaram relativa qualidade de vida graças às suas lutas.

Outra conclusão é que os indígenas veem com desconfiança a lei dos brancos. Essa desconfiança pode ser explicada pelo fato de que dois dos maiores empreendimentos que impactam em sua forma de ser e viver – a Rodovia BR-222 e o linhão de transmissão de energia da Eletronorte – são obras do governo. Mais recentemente, o governo lançou o plano de construção da hidroelétrica de Marabá, no rio Tocantins, que causará mais impacto social e ambiental, o que leva C3 a concluir que é uma "lei dobrada", que, em vez de garantir direitos, os retira.

Importante perceber que entre os caciques há clareza da necessidade de reafirmar a identidade cultural Gavião, volvendo o olhar para as manifestações próprias de sua cultura. Essa reflexão é profunda, pois muitos dos direitos conquistados por eles são resultantes do reconhecimento da sociedade da importância de manter as línguas e tradições indígenas como patrimônio cultural e identitário do povo brasileiro, daí que o artigo 231 da Carta Constitucional de 1988 não ter se limitado a definir o direito à terra, ampliando para o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas.

A pesquisa revelou elevado nível de consciência dos caciques quanto aos seus direitos, mas também revelou a preocupação com a diminuição de direitos e com os rumos que esse povo

indígena está tomando em função do contato com o kupẽ. Outro ponto relevante diz respeito ao incentivo dado pelos caciques para que os jovens aldeados estudem para conhecer as leis e, assim, poder lutar em melhores condições por seus direitos.

Lutar por seus direitos, especialmente por melhores condições de vida, não significa perder a identidade de indígena, ao contrário, os indígenas da TI Mãe Maria vivem um virtuoso movimento de reetnização, pois percebem que quanto mais preservarem sua cultura, mais profícuas serão suas lutas por direitos.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *De monarchia*. Tradução de Juan Llambas Azevedo. Buenos Aires: Editorial Losado, 1941.

ARAÚJO, Ana Valéria (org.). *Povos indígenas e a Lei dos "Brancos"*: o direito à diferença. Brasília: MEC/SECADI; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3. reimp. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARTH, Fredrick. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In*: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF- FERNAT, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011. p. 185-227.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito,* UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: *Vade Mecum Saraiva*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Senado Federal. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Popular n. 3.388.* Julgado em 19 de março de 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura, 1998.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FERRAZ, Iara. *De "Gaviões" à "Comunidade Parkatejê"*: uma reflexão sobre processos de reorganização social. 1998. 222 p. Tese (Doutorado) – Museu Nacional, Rio de Janeiro, 1998.

FERRAZ, Iara. *Os Parkatêjê das Matas do Tocantins*: a epopeia de um líder Timbira. 1984. 151 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciências Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.

GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, 2018.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

JÕPAIPAIRE, Toprãmkre Krôhôkrenhũm. *MÊ IKWÝ TEKJÊ RI:* isto pertence ao meu povo. Marabá, PA: GKNORONHA, 2011.

LUCIANO, Gersen dos Santos. *O índio brasileiro*: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: MEC, 2006. (Coleção Educação para todos. Série Vias dos saberes n. 1).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas*. Brasília: ONU, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais*. Brasília: OIT, 2011.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, José Afonso da. Parecer. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Marco Temporal e direitos coletivos. *In:* CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora da UNESP, 2018.

VILLARES, Luiz Fernando. *Estado pluralista?* O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. 460 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

WEFFORT, Francisco C. Educação e política: reflexões sociológicas sobre uma pedagogia da liberdade. *In*: FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

Como citar este artigo:

SILVA, Messias Furtado da; MOREIRA, Milene Moraes. O direito constitucional sob o olhar dos caciques da Terra Indígena Mãe Maria (Pará), povo indígena Gavião. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1942. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201942.

Messias Furtado da Silva

Doutor em Educação para a Ciência pela UNESP/FC/Bauru.

messiasfurtado@uepa.br

Milene Moraes Moreira

Mestre em Direito, área de concentração Direito do Estado, pela Universidade da Amazônia (UNAMA).

milene.moreira@faculdadeideal.edu.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 22.11.2018
Aprovado: 22.11.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201943

Contraditório e ampla defesa: direitos? O que dizem os processos de apuração de ato infracional entre os anos 2014 e 2017 em Goiânia, Goiás

ADVERSARIAL SYSTEM AND FULL DEFENSE: RIGHTS? WHAT SAY THE INFRATIONAL ACTION CLEARANCE PROCESS BETWEEN 2014 AND 2017 IN GOIÂNIA, GOIÁS

Lélia Moreira Borges[1], *Telma Ferreira do Nascimento Durães*[2], *Gustavo de Faria Lopes*[3] e *Ricardo Barbosa de Lima*[4]

Resumo

Este artigo apresenta resultados parciais da pesquisa realizada em Goiânia, no estado de Goiás, entre 2014 e 2017, sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa do adolescente em conflito com a lei. A investigação partiu do pressuposto de que os adolescentes submetidos à medida de internação em Goiânia não tiveram garantidos seus direitos ao contraditório e à ampla defesa em seus julgamentos. Para responder a essa hipótese, utilizamos diferentes metodologias, buscando compreender a dinâmica da apuração do ato infracional, desde seu início, com a atuação do sistema de segurança, até a fase final no âmbito da justiça especializada. Confirmamos nosso argumento ao observar duas situações: o recrudescimento de um processo seletivo que orienta o sistema de segurança a exercer maior controle e punição das camadas mais pobres da população; e a atuação do sistema de justiça especial, que conjuga paradoxalmente uma racionalidade própria da justiça penal na condução do processo com um julgamento subjetivo, permeado por valores morais, não rompendo, dessa maneira, com o paradigma da situação irregular.

Palavras-chave

Adolescente em conflito com a lei; apuração de ato infracional; contraditório e ampla defesa; justiça juvenil; sistema socioeducativo.

Abstract

This article presents partial results of the research carried out in Goiânia, Goiás, between 2014 and 2017, on the adversarial system and the full defense of the adolescent in conflict with the law. The investigation was based on the assumption that the adolescents submitted to the hospitalization measure in Goiânia were not guaranteed their rights on the adversarial system and the full defense right in their judgments. To answer this hypothesis, we used different methodologies to understand the dynamics of the determination of the infraction, from the beginning, with the performance of the security system, until the final stage in the scope of specialized justice. We confirm our argument by observing two situations: the resurgence of a selective process that guides the security system to exercise greater control and punishment of the poorest sections of the population; and the performance of the special justice system, which paradoxically combines a rationality of criminal justice in the conduct of the process with a subjective judgment permeated by moral values, thus not breaking with the paradigm of the irregular situation.

Keywords

Adolescent in conflict with the law; investigation of an infraction; full defense and adversarial system; juvenile justice; socio-educational system.

1 Universidade Federal de Goiás (UFG), Faculdade de Ciências Sociais, Goiânia, Goiás, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1659-9778

2 Universidade Federal de Goiás (UFG), Faculdade de Ciências Sociais, Goiânia, Goiás, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9628-0710

3 Universidade Federal de Goiás (UFG), Faculdade de Ciências Sociais, Goiânia, Goiás, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-3195-358X

4 Universidade Federal de Goiás (UFG), Faculdade de Ciências Sociais, Goiânia, Goiás, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-0819-620X

CC BY-NC

Introdução

Este artigo visa publicar parte dos resultados alcançados com a pesquisa realizada sobre o sistema de justiça especialmente dirigido aos adolescentes em conflito com a lei em Goiânia, no estado de Goiás. O objetivo principal do trabalho foi averiguar se os adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação tiveram garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa[1] em seus julgamentos. Apesar da negação desses direitos fundamentais aos adolescentes submetidos à justiça juvenil brasileira não se revelar como novidade, a intenção dos autores foi de compreender as dinâmicas da apuração do ato infracional em Goiás, lançando um olhar para a *práxis* do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia (JIJ de Goiânia/GO). Nesse sentido, o campo empírico desta investigação consistiu da análise de processos de conhecimento[2] em fase de arquivamento, em que foi constatada a aplicação de medida de internação; da observação direta de audiências realizadas na Vara de Atos Infracionais[3] do JIJ de Goiânia/GO e da realização de entrevistas com agentes da Defensoria Pública.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), os Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 9.069/1990), os Códigos Penal, de Processo Penal e de Processo Civil foram referência para este estudo. Ainda, como suporte teórico, foram utilizados autores de diferentes

1 O contraditório e a ampla defesa são princípios norteados pelo princípio maior do devido processo legal previsto no art. 5º, LV da CRFB/88: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]". O contraditório e a ampla defesa são princípios do direito segundo os quais o Estado deve assegurar às partes do processo judicial e administrativo os direitos à citação (comunicação eficiente acerca dos fundamentos da instauração do processo do qual é uma das partes) para oportunizar a contra-argumentação face às argumentações e provas apresentadas pela outra parte; à defesa pessoal oral; à apresentação de provas na defesa de seus interesses; e ao acesso a um defensor legalmente habilitado (advogado) e ao duplo grau de jurisdição (direito ao recurso). É nesse aspecto processual que se insere o contraditório, que, de maneira conjunta com o direito à ampla defesa, constitui a participação em igualdade de condições entre acusação e defesa.

2 O processo de conhecimento é a fase judicial da persecução infracional/criminal em que ocorre toda a produção de provas, para além dos documentos apresentados pelo promotor na propositura da ação e pelo defensor na contestação, como a oitiva dos adolescentes, das vítimas e das testemunhas e as alegações finais, a fim de formar o convencimento do juiz quanto aos fatos alegados e para que ele profira a sentença.

3 Ato infracional é, conforme o art. 103 do ECA, a conduta de criança ou adolescente caracterizada como crime ou contravenção, prevista em leis penais aplicáveis para adultos. Neste trabalho, foram analisados apenas casos de prática de ato infracional por adolescentes, uma vez que não se aplicam medidas socioeducativas às crianças, que são penalmente irresponsáveis no caso de cometimento de atos que infrinjam as leis penais, situação em que poderão ser aplicadas as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA.

matizes e tempos históricos, que oferecem um arcabouço de perspectivas úteis para a reflexão do fenômeno estudado, entre eles, Emilio G. Méndez e Pierre Bourdieu. Também foram utilizados estudos jurídicos e sociológicos já realizados sobre a realidade do sistema socioeducativo brasileiro e em Goiânia, além de dados estatísticos informados pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Partimos do pressuposto de que os adolescentes submetidos à medida de internação em Goiânia não tiveram garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa em seus julgamentos.

Este artigo está estruturado em três partes. Na primeira parte, apresentamos a metodologia adotada para a realização da pesquisa e descrevemos o campo; em seguida, à luz da teoria do campo jurídico de Pierre Bourdieu (1989), descrevemos a maneira como o sistema de segurança e de justiça estão estruturados e o modo como se articulam no âmbito do que denominamos de *subcampo do direito da criança e do adolescente*; na última parte, detalhamos a análise dos dados produzidos empiricamente no campo da pesquisa, sob o ponto de vista da gestão de provas aplicáveis às distintas fases que compõem a persecução infracional.

1. Técnicas e abordagens no campo empírico da pesquisa

Foram consultados 178 processos que tramitaram no período de 2014 a 2016. Foram assistidas, no ano de 2017, 15 audiências, sendo elas 7 de apresentação e 8 de continuação. Dos 178 processos, analisaram-se 59 de conhecimento para coletas de dados, em razão da existência da medida de internação provisória e/ou definitiva aplicada na audiência de apresentação ou na sentença. Esse número correspondeu a 33,1% do total do universo consultado. O restante foi descartado, porque se tratava de processos de conhecimento de aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto ou de autos processuais de execução de medidas aplicadas aos adolescentes, contendo apenas algumas peças processuais extraídas do respectivo processo de conhecimento. É por meio desse tipo de processo que se apura a suposta prática de ato infracional. Inicia-se com representação pelo Ministério Público (MP), a partir do protocolo da petição de acusação, podendo culminar na aplicação de medidas protetivas e/ou socioeducativas,[4]

4 Importante apresentar a existência de duas modalidades distintas de medidas aplicáveis ao subcampo do direito da criança e do adolescente. A primeira delas é a medida de proteção, que deverá ser aplicada sempre que verificada ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou do responsável e em razão da própria conduta da criança ou do adolescente. São oito as medidas definidas no ECA, em seu art. 101: I) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II) orientação, apoio e acompanhamento temporários; III) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV) inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI) inclusão em programa oficial ou comunitário

em meio aberto ou fechado; absolvição ou remissão[5] (com ou sem aplicação de medida em meio aberto); ou extinção do processo sem decisão de mérito, por exemplo, quando o acusado morre ou atinge a maioridade penal (18 anos).

Desse modo, os documentos produzidos ao longo da persecução infracional,[6] que vai desde o inquérito policial até a sentença definitiva, permitiram obter informações relevantes, a partir das quais foram definidas as variáveis e as categorias de análise[7] úteis à compreensão de nosso objeto de pesquisa, como o perfil socioeconômico dos adolescentes; a apreensão em flagrante; o ato infracional imputado pelo MP; a aplicação da medida de internação provisória e sua duração; a presença ou não de advogado particular ou defensor público na audiência informal com o MP; o tempo de duração do processo; a produção de provas; a confissão do adolescente e a proporcionalidade da medida adotada em relação ao ato infracional atribuído.

Outra técnica de investigação utilizada foi presenciar, em 2017, as audiências de apresentação e de continuação.[8] Nelas, observou-se como os atores do processo posicionam-se tanto geograficamente no espaço físico da sala quanto nas manifestações orais que, em razão das regras do procedimento, são gravadas em mídia de áudio e vídeo. Nessas ocasiões, utilizou-se o diário de campo, pois não foi permitido aos pesquisadores gravar as falas. Foi possível assistir

de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII) abrigo em entidade; VIII) colocação em família substituta. As outras modalidades são as medidas socioeducativas, as quais são aplicáveis apenas ao adolescente entre 12 e 17 anos, que, depois do devido processo, foi considerado responsável pelo cometimento de um ato infracional. Essas medidas são as dispostas no artigo 112, incisos I a VI: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional. Além dessas medidas, poderão ser aplicadas ao adolescente (ECA, art. 112, inciso VII) as medidas protetivas previstas no artigo 101, incisos I a VI.

5 A remissão consiste no perdão e é uma forma de excluir, extinguir ou suspender o processo de apuração do ato infracional. Encontra-se regulada nos artigos 126 a 128 do ECA. Têm-se duas espécies de remissão: a ministerial e a judicial.

6 Trata-se da atividade estatal destinada à aplicação de medida socioeducativa por meio do procedimento para apuração de ato infracional. Semelhante à persecução criminal, é composta por duas fases: a investigação, de competência da polícia judiciária, inaugurada, na maioria dos casos, por meio da apreensão em flagrante delito pela Polícia Militar; e a fase judicial, iniciada por meio da representação infracional de responsabilidade do MP.

7 No desenvolvimento da pesquisa, foram analisadas todas essas variáveis em 59 processos, totalizando 90 casos de adolescentes processados e julgados por ato ilícito e que, em algum momento (no início e/ou no final do processo), foram internados. Para este artigo, selecionamos apenas informações obtidas a partir dessas categorias analisadas, que nos permitiram compreender como o exercício do contraditório e da ampla defesa é conduzido nas fases da persecução infracional – do inquérito à decisão judicial de primeiro grau e do duplo grau jurisdicional da justiça juvenil, quando existente.

8 Foram ao todo 15 audiências (7 de apresentação e 8 de continuação).

a dois tipos de audiências, a de apresentação e a de continuação; na primeira, o juiz interroga o acusado, podendo ou não aplicar a internação provisória, definindo se o adolescente responderá ao processo em liberdade ou não. Na segunda, em audiência de continuação, o juiz deve instruir o processo, ou seja, oportunizar a produção de provas pelas partes e, ao final, proferir a sentença, definindo a aplicação ou não da internação definitiva.

Além da coleta de informações nos processos no diário de campo, foram realizadas duas entrevistas semiestruturadas com dois defensores públicos atuantes naquele juizado, com a finalidade de melhor compreender a estrutura da instituição que representam e, também, como são elaboradas as estratégias de defesa de adolescentes acusados de ato infracional. As entrevistas ocorreram em salas da Defensoria Pública, o que contribuiu, junto com as respostas dos profissionais, para perceber as limitações existentes tanto da estrutura material quanto do reduzido número de profissionais disponíveis.

2. O SUBCAMPO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Para compreender os mecanismos de atribuição de responsabilidade aos menores de 18 anos no Brasil, é necessário, em primeiro lugar, conhecer como se organizam e como atuam os órgãos de segurança e de justiça do sistema socioeducativo, para logo após apresentar uma análise da atuação desses órgãos e sua correlação com o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa dos adolescentes em conflito com a lei em Goiânia, elementos que compõem o subcampo do direito da criança e do adolescente, quais sejam: Polícias Militar e Civil, MP, Defensoria Pública, JIJ e técnicos do sistema socioeducativo.

As Polícias Civil e Militar, o MP, o JIJ e a Defensoria Pública são os principais órgãos estatais competentes a atuar no âmbito da persecução infracional, segundo as regras fixadas por um conjunto de normas de direito processual penal previstas no ECA, no Código de Processo Penal e Civil e na lei do Sinase que, a partir da lógica constitucional vigente, devem ser aplicadas e interpretadas conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa do investigado/acusado.

A definição de campo jurídico de Bourdieu (1989, p. 212) serviu como ponto de partida para entender como se organizam o sistema socioeducativo e suas dinâmicas:

> O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição *(nomos)* ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.

A partir desse conceito é que foi estabelecida a metodologia de pesquisa de campo, não só para traçar a estrutura desse subcampo do direito da criança e do adolescente no Brasil, mas,

sobretudo, para perceber as correlações de forças internas entre os agentes do campo e externas a ele, e com isso entender como este tem sido o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, nos casos concretos levados à justiça especializada para julgamento de adolescentes em conflito com a lei.

Dessa maneira, veremos que a concorrência entre os intérpretes é limitada, na medida em que se apresenta como resultado de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos. Além disso, é preciso compreender que não só as normas e as interpretações conferem a autoridade de suas decisões, mas também a organização da Justiça de maneira hierárquica, no que diz respeito às instâncias e aos espaços de poder (BOURDIEU, 1989).

A persecução de atos infracionais praticados por adolescentes é composta por dois sistemas processuais distintos: o inquisitivo e o acusatório, de maneira análoga à persecução penal voltada a apurar crimes praticados por adultos.[9] O sistema inquisitivo é aplicado na fase de investigação,[10] realizada pelos órgãos de segurança, marcada pelo sigilo de seus atos, sem a participação ativa do acusado e sem a observância do exercício do contraditório e da ampla defesa. Essa fase, que não é obrigatória, inicia-se, por regra, com a apreensão do adolescente pelos agentes da Polícia Militar, que por sua vez o direcionam à Polícia Civil,[11] dando início ao inquérito policial e posterior encaminhamento do caso ao MP,[12] que decidirá pela judicialização ou não do caso, após a oitiva informal.[13]

Uma vez iniciada a fase acusatória da persecução, por meio da Representação do Ato Infracional dirigida ao Poder Judiciário, distintamente da fase inquisitiva, há o dever, por parte dos agentes do Estado, de observar de maneira rigorosa os princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de prevenir erros e excessos tanto na condução do julgamento quanto na decisão proferida, ao final, pela autoridade judiciária, que poderá culminar com a aplicação de medidas socioeducativas.[14]

• • •

9 Como estabelecido nos arts. 152 a 154; arts. 191 a 197, todos do ECA.

10 Conforme previsto no art. 20 do Código de Processo Penal, que dispõe: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

11 O art. 172 do ECA prevê que o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

12 Conforme o art. 175 do ECA, em caso de não liberação, o adolescente será encaminhado, desde logo, ao representante do MP com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

13 Procedimento no qual o adolescente é inquirido pelo membro do MP, para que este forme sua convicção sobre o cometimento do ato infracional.

14 O art. 98 do ECA prevê aplicação cumulativa de medidas socioeducativas e de proteção aos adolescentes em conflito com a lei. Contudo, o que pode ser observado e descrito adiante é o predomínio, no JIJ de Goiânia, da aplicação de medidas socioeducativas, deixando de aplicar as medidas protetivas previstas no

Dessa feita, as normativas que dispõem sobre as relações jurídico-processuais, e que preveem direitos e impõem deveres e obrigações aos sujeitos do processo, adotam, pelo menos teoricamente, como princípios balizadores, o exercício do contraditório e da ampla defesa do acusado, próprio de um Estado democrático de direito, que pressupõe sua observância como instrumento jurídico e político necessário para legitimar as decisões judiciais relativas aos adolescentes no sistema socioeducativo.

Tem-se que, no julgamento do ato infracional, estão em jogo dois interesses distintos. Um refere-se à efetividade da tutela jurisdicional, por suposta ofensa a direito protegido pela lei penal, e o outro, à efetividade do direito de defesa dos acusados. Segundo lição da teoria geral do processo: "Cada um desses interesses incide num plano distinto, sem que se produza qualquer espécie de antinomia" (MARINONI, 2008, p. 88). O primeiro, *jus puniendi,* exige seleção de um meio idôneo para proteção do direito reivindicado; e o segundo, *jus libertatis,* exige o uso do meio idôneo menos lesivo ao cidadão afetado pela decisão. Sendo assim, em termos legais, o "Estado se submete diretamente ao direito fundamental à tutela jurisdicional – em um teste de necessidade ou lesividade mínima, vez que essa eficácia pode se refletir ou repercutir sobre a parte, e por isso, a sua legitimidade está condicionada à análise do direito de defesa" (MARINONI, 2008, p. 89).

Uma das garantias processuais na esfera penal, considerada uma conquista histórica, é a jurisdicionalidade, que corresponde ao monopólio do Estado na aplicação da pena, evitando-se, com isso, a vingança privada. O Estado intervém na vida das pessoas, absolvendo-as ou aplicando-lhes sanções penais por meio do processo, que deve ser, ao mesmo tempo, instrumento para aplicação de penalidade e protetor dos direitos e garantias. E, se de um lado, as regras de processo e procedimento são instrumentos do exercício da jurisdição, esta, em si, entendida como o ato de dizer o direito do caso concreto, é realizada por meio de juízo interpretativo da norma de direito material, que, historicamente, no âmbito do sistema juvenil brasileiro, tem sido orientada por diferentes paradigmas nesse subcampo.

O paradigma da situação irregular[15] estabelecida pelo Código de Menores[16] e o paradigma

art. 101, mesmo quando constatados os parâmetros indicados no art. 100 do ECA: a) necessidade pedagógica e b) preferência por medidas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.

15 A doutrina da situação irregular é o modelo sociojurídico da legislação infantojuvenil que orienta a ação estatal dirigida a crianças e adolescentes em condições definidas como irregulares. Possui como principal foco a atuação assistencial, a proteção e a vigilância aos menores de dezoito anos. Essa doutrina foi encampada expressamente pelo Código de Menores (BRASIL, 1927; BRASIL, 1979). O termo "situação irregular" era utilizado para definir situações que fugiam ao padrão normal da sociedade. Assim, por exemplo, consideravam-se em situação irregular os menores abandonados, vítimas de maus-tratos, miseráveis, além dos infratores. O pressuposto de aplicação da lei seria o não enquadramento do menor na sociedade regular.

16 Lei n. 6.697/1979.

da proteção integral[17] apresentaram-se como as bases jurídicas e filosóficas do subcampo do direito da criança e do adolescente. O fundamento da proteção integral intencionou promover uma ruptura com o antigo paradigma; todavia, pelo que indicam os resultados deste trabalho, essa ruptura ainda não ocorreu integralmente, uma vez que a concepção do novo paradigma ainda não se encontra devidamente sedimentada, sem os dogmatismos jurídicos que informavam o julgamento de adolescente antes da CRFB/88 e do ECA. O paradigma da proteção integral define a observância obrigatória pelo Estado dos princípios jurídicos processuais, antes ausentes na legislação menorista, os quais reconhecem que tanto a criança como o adolescente são sujeitos, e não objetos de direitos.

O paradigma da proteção integral, em que pese não se encontrar efetivamente consolidado, é a categoria jurídica que inova o sistema de garantias processuais do direito ao contraditório e à ampla defesa dos adolescentes em conflito com a lei. Os arts. 110 e 111 do ECA, em sintonia com a CRFB/88, preveem que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal e que deverá ser-lhe assegurado, entre outros, o pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, mediante citação ou meio equivalente. A igualdade na relação processual consiste, portanto, na oportunidade de confrontação de vítimas e testemunhas, incluindo a defesa técnica por advogado; a assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados; o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; e o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento, entre outros direitos fundados no princípio do contraditório e da ampla defesa, que forma a base do devido processo legal.

O termo *proteção integral* popularizou-se e vem sendo objeto de interpretações equivocadas por parte da sociedade, estimulada especialmente pela grande mídia que, de maneira ideológica,[18] apresenta as garantias estabelecidas na lei como privilégios, desconsiderando o fato de que, com os direitos, vieram também os deveres e as responsabilidades correspondentes,

17 O paradigma da proteção integral é o modelo sociojurídico introduzido no ordenamento jurídico pelo art. 227 da CRFB/88, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Adotada pelo ECA, assenta-se na concepção de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, deixando de ser tratados como objetos passivos para se tornarem titulares de direitos; destinatários de absoluta prioridade, respeitando-lhes a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Segundo esse entendimento, o ECA não deve dirigir-se apenas a um tipo de jovem, mas sim a toda a juventude e a toda a infância.

18 Termo utilizado no sentido apresentado por Karl Marx. De acordo com Löwy (1985): "O conceito de ideologia aparece em Marx como equivalente de ilusão, falsa consciência, concepção idealista, na qual a realidade é invertida e as ideias aparecem como motor da vida real". No marxismo posterior a Marx, sobretudo na obra

inclusive a de responder pelos atos ilícitos por meio do cumprimento de medidas socioeducativas.[19] A percepção de que o sistema socioeducativo não cumpre o papel de responsabilizar o adolescente que comete ato infracional afeta a estabilidade de garantias constitucionais, em um momento histórico de crescente clamor pela redução da maioridade penal.

As bases constitucionais do Estado democrático são "liberdade, igualdade e participação, em clima de legalidade e responsabilidade" (COSTA, 2005, p. 97). O contrário disso seria um processo penal/infracional autoritário, típico de um Estado antidemocrático. A presente pesquisa aponta que a ação inquisitorial tem peso preponderante na persecução infracional, o que revela, como veremos à frente, um sistema de segurança e de justiça juvenil de baixíssimo nível democrático, se entendermos que "violações às garantias constitucionais da criança e do adolescente servem de termômetro para aferir o grau de democracia de um país" (MÉNDEZ e BELOFF, 2001, p. 21-24).

2.1 Perfil socioeconômico dos(as) adolescentes apreendidos(as) e a seletividade do sistema socioeducativo

Para compreender o subcampo do direito da criança e do adolescente, não basta conhecer sua estrutura e a dinâmica de atuação de seus agentes; é necessário, também, conhecer aqueles sobre os quais incidem tais ações: os(as) adolescentes submetidos(as) ao sistema socioeducativo. Uma análise do perfil de adolescentes apreendidos revela a existência de critérios socioeconômicos que definem um grupo social a ser institucionalizado.

Os dados informam que a maioria é de meninos de 16 e 17 anos, negros, fora da escola, com ensino fundamental incompleto, desempregados e moradores de bairros periféricos de Goiânia; assistidos, na maioria dos casos, pela Defensoria Pública, como veremos logo a seguir de maneira mais detalhada. Esses resultados são compatíveis com os dados oficiais registrados no Plano Estadual do Socioeducativo de Goiás, publicado em 2015, referentes ao ano de 2013, no qual consta que 94% dos jovens são homens, 86% têm entre 15 e 17 anos e 86% são não brancos.

Essas informações apontam a existência da seletividade relacionada às questões sociais, marcada pela desigualdade de oportunidades oferecidas aos adolescentes negros e pardos das classes populares. Estes são selecionados para compor um tipo social "propenso a cometer crime", expostos, quando inseridos no sistema socioeducativo, em particular no sistema fechado, a situações aviltantes e degradantes.

• • •

de Lênin, ganha outro sentido, bastante diferente: ideologia é qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais particulares (LÖWY, 1985, p. 12).

19 Com essas modificações, o conceito de inimputabilidade sofreu alterações, como já tratado.

> De acordo com o relatório, os constantes entupimentos nos encanamentos dos banheiros espalham um odor semelhante a esgoto, que reforça o aspecto insalubre do lugar. O ambiente "sombrio", por sua vez, pode estar ligado a outros fatores que não a iluminação. Essa expressão ganha ainda mais sentido se considerarmos que um dos questionamentos dos adolescentes é acerca da agressão sofrida por policiais militares. Cogito que a violência ali presente pode ter feito o ambiente "sombrio" até para quem não é vítima dela. (SANTIBANEZ, 2016, p. 43)

O tratamento conferido aos adolescentes pelo sistema de segurança e de justiça é pautado pelas representações construídas acerca de suas trajetórias de vida e do grupo social a que pertencem. O modo como é determinado o não acesso desses adolescentes a bens materiais e imateriais da sociedade define o trato dado a eles no trâmite da persecução infracional. Exemplos disso são os pareceres emitidos pelos assistentes sociais que atendem os adolescentes apreendidos na delegacia, que privilegiam aspectos relacionados ao ato infracional e às passagens anteriores por delegacias. As informações de conteúdo pessoal são, na maioria das vezes, depreciativas. Essa situação foi verificada também nas petições do MP e dos juízes, assim como nas abordagens em audiência, na fase judicial.

De outro lado, a leitura quantitativa dos dados produzidos a partir dos 90 casos analisados nos permite verificar o modo como as instituições se posicionam na persecução infracional e como usualmente atuam seus agentes. A começar pelo perfil dos adolescentes, 85,6% são do sexo masculino e 14,4%, do feminino; 51% têm 17 anos, 33,3% têm 16 anos, 13,3% têm 15 anos. Segundo a cor informada nos inquéritos policiais, 63% são pardos,[20] 13,3% são negros, 15,6% são brancos e 7% são das demais cores; quanto à escolaridade, 76,7% têm o fundamental incompleto, 3,3% têm fundamental completo e 18%, o ensino médio incompleto (não foi encontrado nenhum caso de adolescente cursando o ensino superior e, ainda, 76,7% estavam fora da escola e 91,1%, desempregados.

A relação entre os índices de homicídios praticados contra adolescentes no Brasil e o perfil dessas vítimas é um dado importante para demonstrar a mencionada seletividade do sistema. De acordo com o Mapa da Violência de 2015, foi registrado, em 2013, um total de 8.153 mortes de adolescentes de 16 e 17 anos de idade, "73,2% por causas externas e 26,8% por

20 Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nessa categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nessa categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nessa categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia). Definição encontrada no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad99/metodologia99.shtm. Acesso em: 20 jul. 2017.

causas naturais. Entre as mortes por causas externas, apresentam especial incidência os homicídios, que ceifaram a vida de 3.749 jovens. Isso representa 46% do total de mortes acontecidas nesta faixa, quase a metade do total de mortes" (WAISELFISZ, 2015, p. 25). Ainda nessa publicação, os números mostram que a região Centro-Oeste assume especial destaque pelas elevadas taxas de homicídio que ostenta: 65,3 por 100 mil adolescentes.

No quesito raça/cor, em que só duas categorias foram usadas, branco e negro,[21] esta última resultante do somatório de pretos e pardos, verificou-se, pela análise de tabelas e gráficos, que, em 2013, na faixa etária de 0 a 17 anos de idade, morreram, vítimas de homicídio, 1.127 crianças e adolescentes brancos e 4.064 negros; 703 dos brancos (62,4%) e 2.737 dos negros (67,3%) tinham 16 e 17 anos de idade. "Proporcionalmente, morreram quase três vezes mais negros que brancos" (WAISELFISZ, 2015, p. 28).

A seletividade, portanto, é um aspecto importante para a compreensão da ação do sistema de segurança e de justiça que está voltado para dar respostas punitivas aos adolescentes de classe social popular, marginalizados ainda na fase inquisitorial, os quais compõem a maioria das vítimas de mortes violentas, levando-nos a entender que:

> A despeito do discurso de conquistas de direitos de um lado e de outro a marginalização crescente em razão do desemprego crônico, de crise econômica e política, a análise do discurso de educação/reeducação, a despeito da magnanimidade de muitos dos nossos reformadores, longe de constituir apenas um gesto de humanidade, na verdade, serviu de obstáculo à formação de uma consciência mais ampla de cidadania no país. (RIZZINI, 1997, p. 35)

Apesar das transformações econômicas e políticas pelas quais o Brasil passou, sua história revela que o pressuposto da desigualdade que fundou o país ainda persiste, e a discriminação racial continua impondo obstáculos aos negros, que, apesar de libertos da escravidão, encontram-se marginalizados.

> [...] a manutenção de critérios racialmente discriminatórios que, obstaculizando sua ascensão à simples condição de gente comum, igual a todos os demais, tornou mais difícil para ele obter educação e incorporar-se na forma de trabalho dos setores modernizados. As taxas de analfabetismo, de criminalidade e de mortalidade dos negros são, por isso, as mais elevadas, refletindo o fracasso da sociedade brasileira. (RIBEIRO, 1995, p. 220)

21 O SIM, do Ministério da Saúde, que centraliza as informações das declarações de óbito, acompanha a classificação proposta pelo IBGE, com as cinco categorias mencionadas.

O direito penal pode ser considerado uma conquista histórica diante das arbitrariedades do Estado absolutista, uma vez que se apresentou como instrumento de defesa da sociedade civil e do indivíduo face à ação do próprio Estado. Contudo, apesar de anunciar a garantia de direitos do cidadão, por outro lado estabeleceu a proteção da propriedade privada pelo controle penal para quem infringir as regras sociais. Nesse passo, o delito contra o patrimônio constituiu a base político-legislativa para a criação de normas penais. Para tanto, utilizam os pressupostos da imputabilidade, da culpa e da punição. Essa mesma lógica preside os procedimentos de apuração de ato infracional no subcampo do direito da criança e do adolescente, dada a ancoragem do ECA ao código penal para adultos.

Os instrumentos formais para limitar a ação do controle penal do Estado foram um avanço, pois asseguram direitos ao cidadão, uma vez que o Estado só poderá condenar se a conduta estiver prevista em lei. No entanto, isso não resolve as contradições da origem do direito penal. O que corresponde, na prática, como meio "justificado" para preservação do patrimônio particular. "A ideologia transforma fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar na linha de fins da lei" (BATISTA, 2002, p. 112). O roubo, crime contra o patrimônio, foi o tipo de ato infracional mais verificado nesta pesquisa, e a Tabela 1 indica a similitude dessa situação com dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),[22] o qual demonstra que o roubo qualificado encabeça a segunda posição no *ranking* de atos infracionais mais cometidos por adolescentes entre 12 e 17 anos de idade, somando o total de 51,4 mil ocorrências.

TABELA 1 – **PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL POR TIPO PENAL, APONTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL VÁLIDO	PERCENTUAL CUMULATIVO
TENTATIVA DE ROUBO	15	16,7	16,7	16,7
FURTO	4	4,4	4,4	21,1

(continua)

22 Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/os-crimes-mais-cometidos-por-adolescentes-no-brasil/. Acesso em: 19 nov. 2018.

	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL VÁLIDO	PERCENTUAL CUMULATIVO
TENTATIVA DE FURTO	1	1,1	1,1	22,2
TRÁFICO	9	10,0	10,0	32,2
HOMICÍDIO	2	2,2	2,2	34,4
TENTATIVA DE HOMICÍDIO	4	4,4	4,4	38,9
ROUBO	50	55,6	55,6	94,4
PORTE ILEGAL DE ARMAS	1	1,1	1,1	95,6
LESÃO CORPORAL	4	4,4	4,4	100,0
TOTAL	90	100,0	100,0	

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados produzidos dos processos de conhecimento, consultados no JIJ Goiânia/GO.

O código penal, portanto, em grande medida, é direcionado às pessoas de baixo poder aquisitivo e orientado para punir delitos praticados contra o patrimônio. É evidente que pessoas de nível econômico elevado também praticam crimes, contudo, possuem bons advogados e contam com a benevolência da sociedade e do Poder Judiciário. A legislação penal, ainda que apresente um discurso pautado pela igualdade entre a punição dos crimes de "colarinho branco" e a dos crimes contra o patrimônio, em uma leitura mais apurada, deixa transparecer que o tratamento dos crimes em questão é desigual. O art. 34 da Lei n. 9.249/1995 exemplifica essa situação, quando diz: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia" (BRASIL, 1995).

O controle penal dos adolescentes em conflito com a lei responde aos anseios da sociedade que reclama por mais "rigor" da legislação penal para resolver o problema da "delinquência juvenil". Contudo, os dados sobre práticas criminais revelam a falácia dos argumentos difundidos pela grande mídia de que o problema da violência é, em parte considerável, causado pelo crescente número de "menores infratores".

Conforme a Tabela 2, a comparação entre a quantidade de delitos praticados por adultos e aquela por adolescentes demonstra que os atos infracionais praticados por jovens de 12 a 18

anos ocorrem em uma frequência bem menor que os delitos praticados por adultos. Os adolescentes são responsáveis por 17% do total de latrocínios, por 1% do total de furtos, por 2,5% do total de roubos e por 3% dos homicídios registrados em Goiânia no ano de 2013,[23] de modo que não procede a ideia de que o adolescente é o principal responsável pela incidência de crimes na cidade. E ainda, se comparado com o número absoluto de adolescentes que praticam atos infracionais em Goiânia,

> [...] apenas 0,5% da população de adolescentes está em conflito com a lei. Tal constatação vai de encontro ao discurso corrente entre os agentes do sistema, que alardeiam um suposto número elevado de adolescentes infratores; enquanto, na verdade, 99,5% dos/as adolescentes não cometeram atos infracionais. (SANTIBANEZ, 2016, p. 36)

TABELA 2 – **AUTORIA DE CRIME POR GRUPO ETÁRIO EM GOIÂNIA NO ANO DE 2013**

	ADULTOS	ADOLESCENTES
FURTO	25.964	243
ROUBO	19.305	490
HOMICÍDIO	589	20
LATROCÍNIO	28	5

Fonte: SANTIBANEZ (2016, p. 35), a partir de dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás e da Delegacia de Apuração de Atos Infracionais.

A proteção dos bens como fundamento à punição, à neutralização ou ao afastamento do "delinquente" como justificativa para a aplicação de medidas socioeducativas é estratégia para alcançar a confiança coletiva de que o Estado é capaz de restabelecer a paz por meio do sistema jurídico penal. Com isso, os adolescentes são punidos pelo que poderão vir a fazer, como modo de enquadramento dos adolescentes pobres e negros na sociedade, desconsiderando

23 Santibanez (2016).

sua condição de pessoa em desenvolvimento. E, sob esse aspecto, é notória a influência de forças externas ao subcampo do direito da criança e do adolescente no direcionamento das atuações dos agentes desse subcampo (BOURDIEU, 1989).

A inimputabilidade, por sua vez, prevista no ECA, distancia-se muito pouco da imputabilidade penal dos adultos, uma vez que prestigia a aplicação de medidas socioeducativas, verdadeiras sanções, em detrimento das medidas protetivas que se fazem necessárias ao adolescente na garantia de sua liberdade, para seu desenvolvimento físico e mental. O que se passa é que o ato infracional constitui o passaporte para a entrada, na maioria das vezes conduzida pelas mãos da polícia, do adolescente no sistema de segurança e de justiça juvenil, que prestigia a punição em lugar do paradigma da proteção integral introduzida no estatuto.

Além disso, a ação seletiva do sistema de segurança e de justiça juvenil corrobora para uma identificação estereotipada do jovem acusado de prática de ato infracional, ainda chamado de "menor delinquente". Esse estereótipo é reforçado pelos meios de comunicação e pela ação dos agentes de segurança, pelo conformismo e pela aceitação da sociedade de que essas circunstâncias são normais.

Goffman (1988), em sua obra *Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, oferece um argumento teórico importante para a compreensão da situação do adolescente em conflito com a lei. Para ele, a normalidade é uma construção social mantenedora de uma ordem estável, construída pelas interações sociais reiteradas e reconhecidas como familiares. Nessa linha de raciocínio, a construção de atributos que categorizam as pessoas, de tão reiterados, acaba por torná-los comuns e naturais.

Essas categorias, por sua vez, permitem classificar pessoas desconhecidas sem que haja um processo de julgamento mais profundo. A associação dos atributos pré-constituídos, quando visíveis e verificáveis em alguém, serve de referência para orientar as interações pessoais. Essa ferramenta de interação é denominada pelo autor de *identidade social*, na qual as pessoas se apoiam inconscientemente, aplicando-a ao "outro". A identidade social virtual é, ao mesmo tempo, um construto forjado socialmente e os atributos que de fato o indivíduo possui, que são seus valores adiscritivos constitutivos de sua identidade social real. O que ocorre com o estigmatizado é que ele não apresenta os atributos da norma familiar e, por isso, por ser "diferente", é classificado de maneira excludente: "Deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída" (GOFFMAN, 1988, p. 14). A atitude do chamado normal, "nós e os que não se afastam negativamente das expectativas particulares", é considerada pelo autor como resposta discriminatória (GOFFMAN, 1988, p. 14).

> Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado. (GOFFMAN, 1988, p. 15)

O adolescente em conflito com a lei possui uma identidade social marcada pelo desvio, seja pelo conhecimento de sua trajetória, seja por seus atributos pessoais, como a forma de vestir, andar e falar, que identificam sua origem social e que são usualmente associados a uma série de estereótipos ligados à marginalidade.

O autor define estigma como uma relação entre atributos e estereótipos que, se assumida pelo estigmatizado como condição já conhecida, o tornam desacreditado, e, nos casos em que essa condição não é conhecida pelos presentes nem imediatamente perceptível, estaremos diante do desacreditável. À medida que o estigma corresponde a um afastamento dos padrões convencionados como socialmente legitimados, as relações entre os normais e os estigmatizados encontram-se ameaçadas.

A seletividade e o estigma no tratamento conferido ao adolescente pela polícia são aspectos importantes para a compreensão da atuação do Estado em relação ao adolescente em conflito com a lei. Isso evidencia o incremento do ciclo de violência perpetrada pela desigualdade social, que está presente desde o início e ao longo de toda a persecução infracional. Essa situação representa o maior entrave para o êxito da defesa do estigmatizado no processo de apuração de ato infracional.

O defensor, diante desse quadro, encontra-se em situação de grande desvantagem em comparação com seu opositor, o promotor de Justiça, que, aprioristicamente, possui legitimidade de suas ações, que se encontram imantadas pela concepção punitivista em vigor no momento histórico em que vivemos. Nessa perspectiva, a noção de campo jurídico de Bourdieu (1989) é adequada para entender como as relações de poder distribuídas de maneira assimétrica entre os agentes no subcampo do direito da criança e do adolescente interferem significativamente no exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. A PRODUÇÃO DE PROVAS E SEUS REFLEXOS NO JULGAMENTO DE ATOS INFRACIONAIS

Para entender a atuação do Estado no sistema de segurança e de justiça juvenil, analisamos como é realizada a gestão de provas ao longo da persecução infracional e seus reflexos no exercício do contraditório e da ampla defesa.

Verificamos nos processos pesquisados que os elementos probatórios, produzidos na fase inquisitiva da persecução infracional, serviram como principal fundamento das decisões judiciais. Foi constatado que em 84,4% dos casos a defesa técnica não produziu qualquer prova para confrontar a acusação, conforme se verifica na Tabela 3, a seguir.

TABELA 3 – **PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL POR PROVAS PRODUZIDAS PELA DEFESA**

PROVAS PRODUZIDAS PELA DEFESA	CASOS	CASOS (%)
NÃO PRODUZIU PROVAS	76	84,4
TESTEMUNHA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ADOLESCENTE	7	7,8
PERÍCIA MÉDICA	1	1,1
MATRÍCULA DA ESCOLA	1	1,1
NÃO HOUVE AUDIÊNCIA/JOVEM NÃO LOCALIZADO	5	5,6
TOTAL	90	100

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados produzidos dos processos de conhecimento, consultados no JIJ Goiânia/GO.

Esse resultado indica que apenas 10% dos adolescentes conseguiram produzir provas na fase judicial. De outro lado, corroborando essa análise, a Tabela 4 apresenta um percentual relevante de que as provas produzidas em fase inquisitiva servem ao juiz como fundamento para sua decisão, confirmando seu valor probatório.

TABELA 4 – **PROCESSO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL POR CORRELAÇÃO ENTRE DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU E INQUÉRITO POLICIAL**

		SE HOUVE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL		
		SIM	NÃO	TOTAL
DECISÃO JUDICIAL EM PRIMEIRO GRAU	INTERNAÇÃO	37	0	37
	LIBERDADE ASSISTIDA	3	0	3
	PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE	1	0	1

(continua)

		SE HOUVE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL		
		SIM	NÃO	TOTAL
	MAIORIDADE PENAL	13	0	13
	IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS	3	4	7
	REMISSÃO	9	0	9
	LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE	20	0	20
TOTAL		86	4	90

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados produzidos dos processos de conhecimento, consultados no JIJ Goiânia/GO.

O interrogatório do(a) adolescente realizado na delegacia e na audiência informal, as oitivas da(s) vítima(s) e da(s) testemunha(s) do fato e do(s) policial(is) que apreendeu(ram) o(a) adolescente, realizadas na delegacia, e as perícias realizadas pela polícia científica são anteriores à existência de processo judicial, ou seja, sem a participação de advogado(a) de defesa.

Ademais do exposto, é importante registrar que, nas audiências de continuação, destinadas à produção de provas na fase judicial, a Defensoria Pública não realizou uma defesa apropriada, em função das próprias dinâmicas relacionadas à rotina estabelecida para o ambiente forense. Um exemplo dessa situação é o fato de os defensores acessarem os autos praticamente no horário das audiências. Portanto, os atos probatórios produzidos em audiência de continuação resumem-se, na maioria das vezes, na confirmação do valor dos elementos probatórios produzidos em fase inquisitorial, não havendo, assim, verdadeiro contraditório na fase judicial.

Em tese, o exercício do contraditório é utilizado como método de investigação da verdade, e a gestão das provas está a cargo das partes. O juiz deve permanecer em uma posição passiva e distante da busca por provas. O processo, nessa perspectiva, desenvolve-se pela disputa entre a acusação e a defesa, em igualdade de condições, para informar o juiz quanto aos fatos. Nesse modelo, há a concepção de uma verdade controlada, obtida por meio das controvérsias entre as partes, em que se estabelece uma situação de oposição em igualdade de direitos, deveres, faculdades e ônus. Assim, as garantias processuais devem ser consideradas em função da liberdade dos inocentes diante do arbítrio do Estado.

A análise da gestão de provas do sistema de segurança e de justiça juvenil em Goiânia aponta que, na prática, dá-se ênfase aos elementos probatórios produzidos na fase inquisitiva

da persecução infracional, não conferindo ao adolescente a oportunidade de exercer efetivamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

3.1. Os elementos probatórios produzidos na fase inquisitiva da persecução infracional

Na análise dos processos de julgamentos de adolescentes em conflito com a lei em Goiânia, foi possível encontrar elementos que ajudam a captar diversos aspectos da fase inquisitorial ao longo da persecução infracional. Podemos citar, como exemplo, o caso do deferimento de internação provisória pelo juiz somente com base nos documentos que acompanham a petição inicial de representação do MP, como: relatório do inquérito policial; parecer técnico de psicólogos; oitiva com o MP; registro de passagens pela delegacia; extrato da Justiça de processos findos e em andamento contra o adolescente.

Encontramos nos processos de ato infracional uma quantidade expressiva de representações fundadas, principalmente, em inquéritos policiais, demonstrando a necessidade de compreender os reflexos da atuação da polícia no exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Dos processos analisados, a maior parte resultou em decisão de internação, como se pode ver na Tabela 5, e, destes, 88,9% iniciaram-se por meio da apreensão do adolescente em ação de ronda da Polícia Militar.

Após a apreensão do adolescente pela Polícia Militar, dá-se início à apuração do ato infracional. Em Goiás, a Delegacia de Apuração de Atos Infracionais (Depai) é a responsável por isso, e é o local destinado à manutenção de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional e de instauração do inquérito policial.

TABELA 5 – **Processo de apuração de ato infracional por internação mediante ação policial**

	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL VÁLIDO
SIM	80	88,9	88,9
NÃO	10	11,1	11,1
TOTAL	90	100,0	100,0

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados produzidos dos processos de conhecimento, consultados no JIJ Goiânia/GO.

Na Depai de Goiânia funciona o programa de atendimento Plantão Interinstitucional (PI), e, pelo artigo 88, inciso V, da Lei n. 8.069/1990 e pelo artigo 4, inciso X, da Lei n. 12.594/2012,

atualmente estão presentes nesse local representantes do Ministério Público, da Segurança Pública e da Assistência Social. É importante destacar que nem a Defensoria Pública nem o Poder Judiciário têm representação nesse local, o que pode implicar prejuízo à defesa dos(as) adolescentes e repercutir desfavoravelmente em seus julgamentos, uma vez que esse é o momento em que se reúnem elementos probatórios relacionados à autoria e à materialidade do suposto ato infracional, os quais constarão no relatório do inquérito e, posteriormente, servirão de subsídio ao MP tanto na oitiva informal quanto na representação, se oferecida. Ou seja, interroga-se o adolescente, escutam-se os(as) policiais militares condutores(as) do(a) adolescente, a(s) vítima(s) e a(s) testemunha(s) do ato infracional, se houver, apreendem-se materiais em posse do(a) adolescente conduzido(a), entre outros procedimentos que forem entendidos como necessários, tudo isso sem a obrigatoriedade da presença de um(a) defensor(a). Ou seja, no momento em que se inaugura a persecução infracional, os agentes responsáveis pela acusação posicionam-se em grande vantagem diante da ausência de representantes da Defesa do(a) adolescente perante o Poder Judiciário.

Outro aspecto relevante foram os conteúdos dos pareceres emitidos pelos assistentes sociais que atendem na Depai. A abordagem ao adolescente, quando este chega conduzido pela Polícia Militar, está pautada em aspectos emocionais e sociais que se sobrepõem às questões relacionadas ao ato infracional. As informações registradas pelos técnicos refletem posicionamentos pessoais, na maioria das vezes, depreciativos. Assim como consta no trecho de um relatório técnico:

> *Nome, idade*, primeira passagem pela Depai. Assume ato de Tentativa de Roubo Qualificado. Afirma que prática dos atos delitivos são decorrentes de ambição (ter celular, moto), "quer crescer rápido e acaba não saindo do lugar" [...]. Nega o uso de drogas. Reside com mãe. Afirma arrependimento e que deseja arranjar outro emprego (?), aparentemente uma tentativa de sensibilizar.

E, quando o adolescente apresenta uma informação positiva sob sua personalidade, essa informação é seguida de ponto de interrogação, como se fosse duvidosa a versão contada por ele. Em outra situação, o parecer elaborado por um assistente social exibe diagnóstico próprio de um especialista em psiquiatria.

> Seu discurso não evidencia arrependimento ou sentimento em relação às vítimas. Em relação à família disse que possui bom relacionamento com a mãe, porém sua fala demonstrou[,] e ele também assumiu[,] que às vezes não acata as orientações recebidas. Verbalizou que a mãe passa por tratamento contra câncer na garganta. Mas pareceu que o enfrentamento da mãe a uma grave doença não o comove, pois não expressou alteração da emotividade durante o relato. Sua postura foi tranquila e [havia] certo ar de superioridade durante a entrevista.

Esses relatórios psicossociais, que acompanham o flagrante, têm servido como prova para a decisão do juiz quanto à decretação ou não da internação. No caso a seguir, o MP requereu a decretação da internação provisória com fundamento no parecer técnico e nos demais documentos do inquérito policial.

> *Nome*, *idade*, segunda passagem pela Depai. Nega o ato de ***Tentativa de Homicídio***. Relata que estava no Setor Garavelo num carro com mais quatro maiores. Afirma que estavam indo para festa no Setor Itaipu (festa de Jonhy). E que[,] ao serem abordados pela polícia[,] empreendeu fuga, pois no carro havia uma arma (revólver 36). Afirma que a polícia atirou, tendo inclusive acertado a orelha de um dos passageiros. Por outro lado, nega que tenha efetuado disparos contra os policiais. O adolescente informa que cursou até [o] 3º ano do Ensino Fundamental. Que trabalha como ajudante de servente. Nega o uso de drogas. Informa que mora com os avós, que não vê a mãe há 10 anos e que tem contato com o pai. (Destaque do original)

Ainda na fase inquisitiva da persecução, após a apreensão do adolescente e seu atendimento na delegacia de polícia, ele será encaminhado ao MP/GO instalado na JIJ de Goiânia, Centro de Apoio Operacional (CAO). Nesse primeiro contato, em oitiva informal com esse adolescente, suposto autor de ato infracional, o juiz poderá, com base em seu convencimento, decidir por medidas protetivas ou socioeducativas sem a presença obrigatória de defensores públicos ou advogados particulares.[24]

Estudos realizados por Santos (2016) confirmam que, nas oitivas informais em Goiânia, prevalece a adoção de medidas socioeducativas em detrimento de medidas protetivas. Das 12 audiências assistidas pela pesquisadora, em nenhuma delas houve aplicação de medidas protetivas, mesmo em ocasiões que demandavam assistência psicológica, situação em que a presença de um advogado ou da Defensoria Pública poderia ter garantido a aplicação de uma medida protetiva em lugar da socioeducativa.

A ausência da defesa não impede o MP de requerer internação provisória do adolescente inquirido nessa etapa da persecução, nem mesmo que se aplique a remissão, já mencionada, cumulada com medida socioeducativa. Nota-se que, de posse do inquérito policial, o MP, em muitos casos, obtém a confissão do adolescente, já realizada anteriormente perante o delegado de polícia. O argumento utilizado, nessas situações, é que se trata de atos de investigação de natureza inquisitiva e que, por lei, não há obrigatoriedade da presença da defesa visando à formação do convencimento ministerial. Um estudo sobre as medidas socioeducativas de

24 A não obrigatoriedade da presença da defesa técnica por advogado revela um aspecto problemático da persecução infracional, uma vez que a omissão do legislador representa uma ofensa ao direito ao contraditório dos adolescentes acusados de prática de ato infracional.

Goiânia, produzido a partir de consultas a prontuários disponibilizados pela Secretaria Municipal de Assistência Social, informa que, em um total de 287 audiências, apenas em dois casos constatou-se a presença da defesa (MARTINS, 2016).

O art. 179 do ECA prevê que haja oitiva informal do adolescente, entretanto, o dispositivo legal é omisso em relação à necessidade da presença da defesa técnica nesse procedimento. Questionam-se a legalidade e a constitucionalidade de tal omissão, especialmente porque ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Projetos de lei têm sido apresentados[25] visando solucionar tal problemática, propondo a alteração do art. 179 do ECA, com vistas a garantir ao adolescente acusado de ato infracional o direito à defesa no momento da oitiva informal junto ao MP, mediante a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado em juízo.

Ocorre que a ausência de defensor em todas as etapas da persecução infracional ofende também princípios previstos no próprio ECA. O art. 111 elenca as garantias asseguradas ao adolescente no curso do processamento do ato infracional, entre elas, o direito à paridade de armas e à defesa técnica. O art. 141 assegura à criança e ao adolescente o acesso à Defensoria Pública, mostrando-se necessária a presença de um defensor em todo o procedimento de apuração do ato infracional. O artigo 206, *caput* e parágrafo único, também do ECA, deixa claro que não é legítimo o procedimento de "oitiva informal" sem a presença da defesa técnica do adolescente em todas as fases procedimentais, sejam elas judiciais, sejam administrativas.

> Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.
> Parágrafo único. Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

Dados da pesquisa de campo em Goiânia informam que a maioria dos processos analisados (95,6%) resultou da apreensão do adolescente pela ação da Polícia Militar e da posterior abertura de inquérito pela Depai, e que os resultados dos inquéritos subsidiaram a atuação tanto do MP, quando da oitiva informal, assim como dos demais agentes na fase judicial da persecução, influenciando mais tarde a decisão judicial, como mencionado.

25 O tema da legalidade da "oitiva informal" sem a presença do defensor já chegou a ser levantado no âmbito do Congresso Nacional, com a apresentação do Projeto de Lei n. 259/1999. Contudo, após aprovação pelo Legislativo, houve veto presidencial no ano de 2000. Projeto de Lei n. 5.876, de 2013, de autoria da deputada Luiza Erundina.

3.2. Judicialização dos elementos probatórios na persecução infracional

O MP, após a oitiva informal, terá que escolher entre três caminhos: a) promover o arquivamento do caso; b) conceder remissão com ou sem medidas socioeducativas em meio aberto; ou c) representar em face do adolescente ao juiz.

No primeiro e no segundo caminhos, o promotor deve homologar a decisão junto ao juiz. Este, não concordando com o promotor, remete os autos ao procurador-geral de Justiça, que oferecerá a representação e designará outro promotor para o caso.

No terceiro caminho, oferece-se a representação combinada com pedido de internação provisória ou não. A internação provisória equipara-se à prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal (CPP). Seu requerimento é feito em peça separada da petição de representação, e em tudo se assemelha a uma denúncia. Utiliza-se da linguagem criminal e da tipificação conforme o CPP. A medida cautelar não pode exceder 45 dias, tempo máximo para a apuração de ato infracional (arts. 108 e 183 do ECA) e para que o julgamento seja concluído.

O que se notou a respeito do tempo para a apuração dos atos infracionais, com aplicação de internação provisória, é que não houve nenhum caso de excesso de prazo. Contudo, na maioria deles, os adolescentes ficaram pelo menos 30 dias internados aguardando a conclusão do processo, o que pode ser considerado como antecipação de pena. Segundo o que foi relatado pelos defensores, é de praxe chamar a internação provisória de internação "susto". Um dos defensores arguidos sobre a internação provisória respondeu:

> É dito abertamente por um promotor de justiça no sentido de que a internação provisória é medida efetiva, uma forma de se dar um susto no adolescente. Então, se essa é a visão do membro do Ministério Público que pede a internação provisória e também é a visão de alguns juízes, está havendo cumprimento de pena sem formação de culpa, sem produção de provas e sem garantia da ampla defesa e do contraditório.

Dos 90 casos em que houve a aplicação da internação provisória, 58,88% não tiveram internação confirmada em decisão final, o que demonstra que esses adolescentes sofreram restrição de liberdade desnecessariamente ou que a internação provisória, por si, representou uma antecipação de pena.

Após o deferimento ou não do pedido de internação provisória, o próximo ato é a audiência de apresentação. Nela é que se encontram os principais envolvidos na segunda fase da persecução infracional (acusação, juiz, defesa e acusado). A atuação desses sujeitos é marcada por um procedimento-padrão, definido por uma formalidade burocrática em que é possível identificar, na postura de cada um, a marca da instituição que representa. A disposição do mobiliário da sala de audiência reforça a ideia de hierarquia nas relações claramente materializadas ali. O juiz fica no centro de uma mesa, disposta na horizontal, paralela a uma parede onde foi afixado um quadro enorme com a figura de Jesus Cristo. Em cada lado da mesa se posicionam o promotor e o defensor. O adolescente é colocado em frente ao juiz.

A impressão que fica é a de que Cristo transmite a ideia da iluminação divina na atuação do juiz e um olhar misericordioso à situação do adolescente ali julgado. Na sala permanece também um policial militar.

É nesse momento que ocorre o primeiro contato visual entre o juiz e o acusado. É também o primeiro contato do adolescente com a Defensoria Pública. Então, o juiz poderá conceder a remissão (suspensiva ou extintiva do processo, com ou sem medidas) ou revogar, manter ou decretar a internação provisória.

Nesse tipo de audiência, foi observado que a atuação do juiz é dirigida para a obtenção da confissão do adolescente. O número de confissões nos processos judiciais é representativo, assim como a relação delas com a decisão final do processo, de acordo com a Tabela 6.

TABELA 6 – **PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL POR CORRELAÇÃO ENTRE DECISÃO JUDICIAL EM PRIMEIRO GRAU E CONFISSÃO**

			CONFISSÃO PERANTE O JUIZ		
DECISÃO	CASOS	CASOS (%)	SIM	NÃO	AUSENTE
INTERNAÇÃO	37	41,1	26	11	0
LIBERDADE ASSISTIDA	3	3,3	2	1	0
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE (PSC)	1	1,1	1	0	0
MAIORIDADE PENAL	13	14,4	7	1	5
FALTA DE PROVAS	7	7,8	0	7	0
REMISSÃO COM MEDIDAS EM MEIO ABERTO	9	10	8	1	0
LIBERDADE ASSISTIDA E PSC	20	22,2	15	5	0
TOTAL	90	100	59	26	5

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados produzidos dos processos de conhecimento, consultados no JIJ Goiânia/GO.

A obtenção da confissão por parte da autoridade judicial alcança um percentual de 71,1%, considerado alto. No modelo processual garantista, o interrogatório deveria ser o principal meio de defesa, sendo vedado qualquer método que viole o direito ao silêncio. A presunção da inocência deveria ser um dos princípios a serem observados nesse momento. No entanto, o que foi possível perceber é que, na prática da apuração do ato infracional, há grande expectativa na obtenção da confissão, seja para uma avaliação moral favorável ao adolescente – o que, em tese, deveria contribuir para amenizar a situação processual do acusado –, seja para fundamentar a sentença condenatória. Por outro lado, a não confissão incide de maneira importante no desfecho do processo, como informado, ainda, pelos dados da Tabela 6. Dos 26 casos em que não houve confissão, sete foram arquivados por falta de provas.

Outra problemática já mencionada é a falta de contato prévio à audiência de apresentação entre o defensor público e o adolescente. A ausência de uma estratégia de defesa prejudica a produção de provas favoráveis. Nas audiências de apresentação assistidas, os defensores tomaram conhecimento das particularidades do caso no ato da audiência. Basicamente, as perguntas da Defensoria abordaram aspectos associados às relações com a família, com a escola e com o trabalho. Também houve questionamento sobre o arrependimento pela prática do ato infracional; sobre a ciência do certo e do errado; e se há um projeto de vida. O que se pode extrair disso é que a Defensoria, impossibilitada de oferecer o contraditório, cuida de acompanhar, dali para a frente, a trajetória do acusado, direcionando a defesa para a aplicação de medidas protetivas e socioeducativas em meio aberto.

Quanto ao duplo grau recursal – direito relacionado à ampla defesa – dos processos analisados, em nenhum houve recurso endereçado aos tribunais de segunda instância, tampouco aos de terceira instância. Nem mesmo foi encontrado pedido de *habeas corpus* (HC) em favor do adolescente internado provisoriamente. Questionados em entrevista, os defensores justificaram esse fato, afirmando que, muitas vezes, as petições de HC interpostas pela Defensoria não eram juntadas nos autos processuais. E que, além disso, as dificuldades materiais e de pessoal da Defensoria para recorrer, os frequentes indeferimentos sem fundamentos jurídicos pelo tribunal e, ainda, a celeridade do julgamento do ato infracional acarretam em perda do objeto, tornando o HC medida inócua.

Nas entrevistas, os defensores registraram que, apesar desses obstáculos, recorrem ao tribunal do Estado sempre que veem a possibilidade de modificar a decisão e que, nos últimos tempos, vêm realizando a sustentação oral dos recursos interpostos, o que já garantiu algumas decisões favoráveis, inclusive em recurso interposto perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Contudo, segundo eles, seriam necessários mais recursos materiais e de pessoal para que a Defensoria efetivamente pudesse exercer o duplo grau jurisdicional.

Na audiência de apresentação, não havendo decisão de remissão suspensiva ou extintiva do processo, o próximo ato processual é a audiência de continuação, a qual deve ocorrer dentro do prazo máximo de 45 dias. Entre a audiência de apresentação e a de continuação, diligências podem ser promovidas no sentido de produzir provas, podendo ser determinadas pelo

juiz e requeridas pelas partes. Quanto a esse aspecto, a pesquisa demonstrou a desproporção existente entre provas produzidas pela defesa em comparação com as produzidas pela acusação, as quais, muitas vezes, eram as mesmas utilizadas na fase inquisitorial, como já demonstrado. Após a (re)produção de provas em audiência, passa-se às alegações finais orais proferidas pelo MP e pela defesa. Nessa etapa, foi possível perceber a desatenção do juiz em relação à fala do defensor público. Houve situações em que, tão logo o MP apresentava suas alegações finais, o juiz saía da sala no momento em que a Defensoria iria registrar oralmente seus argumentos quanto ao caso em julgamento. Isso aconteceu em diversas audiências assistidas. Questionados, os defensores disseram que esse tipo de situação se repetia com frequência, conforme a fala de um deles:

> Uma prática odiosa de alguns juízes e alguns promotores. Um total desrespeito ao adolescente que está tendo seu futuro decidido ali, e é um desrespeito também à defesa e à Defensoria Pública. Em alguns casos, alguns defensores chegam a interromper a fala, outros solicitam a presença de juiz, mas, como nós temos essa relação diária junto aos juízes, ao mesmo tempo em que nós devemos fazer essa defesa intransigente, nós temos essa dificuldade no relacionamento entre as instituições. Houve até uma situação que aconteceu comigo, em que um juiz, o dr. X, saiu da sala de audiência e passou os autos ao promotor, para que ele fizesse a inquirição da testemunha. Pelo que está previsto no art. 212 do CPP, é certo que o juiz passe as perguntas ao promotor, depois para [a] defesa, e só depois se tiver alguma pergunta complementar é que ele faz. Mas o que este juiz fez, na verdade, foi passar a presidência da audiência para o promotor.

Esse tipo de situação reafirma o caráter inquisitivo do sistema de segurança e de justiça juvenil, confirmando a hipótese levantada neste trabalho de que os adolescentes acusados de ato infracional não têm garantidos o exercício do contraditório e o direito à ampla defesa.

Após as alegações finais, passe-se à decisão do juiz, que ocorre no momento final da audiência de continuação. Caso não seja aplicada a remissão extintiva do processo, o juiz poderá decidir pela absolvição ou condenação do adolescente, com a respectiva medida socioeducativa.

De maneira geral, a decisão é seguida de um "sermão" ou "aconselhamento", com apontamentos sobre o "mau" comportamento do acusado, alertando-o sobre a importância do bom desempenho na escola, em casa e no trabalho. O juiz profere algumas palavras que ilustram bem essa observação. Entre elas: "Tem que querer menos. Esse é o segredo da felicidade"; "Tem que andar certo para não sofrer"; "Você pode querer jatinho, carro, mas tem que trabalhar para conseguir"; "Olha, não quero ver você no Natal do ano que vem"; "Não jogue seu futuro na lata do lixo"; "Cace um jeito de trabalhar e de estudar"; "Você tem casa, cama, comida, sua mãe se sacrificando"; "No Brasil de milhões de desempregados, conseguir trabalho sendo fichado é difícil. O preconceito é grande"; "Não dê mais bobeira"; "Aquilo ali não é vida de gente"; "Depende de você evitar isso".

Esse discurso evidencia o entendimento de que os atos infracionais ocorriam em decorrência de características pessoais negativas, presumindo que os adolescentes são preguiçosos e ambiciosos. Nessa perspectiva, o Estado aplica medidas socioeducativas, institucionalizando adolescentes, não só para responsabilizá-los pelo ato infracional praticado, mas também como forma de controlá-los, como indivíduos que estão em condições de vulnerabilidade social e econômica, a partir de julgamentos morais assentados em valores das camadas dominantes da sociedade.

O Judiciário tem como função primordial a solução dos conflitos, de modo a observar o devido processo legal, competindo ao juiz analisar os argumentos e os documentos apresentados pela acusação (MP-Estado) e pela defesa (Defensoria Pública-adolescente), além de presidir as audiências de apresentação e continuação e, ao final, decidir se a acusação é procedente ou improcedente com base na lei e nas provas produzidas. Dentro da dinâmica de julgamento, o juiz deve se ater à análise de cada um dos casos, guiado pelos limites impostos por leis processuais (civil e criminal) do ECA, do Sinase e da CRFB/88.

Atualmente, o paradigma da proteção integral obriga os juízes a observarem o devido processo legal e a fundamentarem suas decisões a partir da interpretação sistemática das leis, aplicando-as ao caso concreto. Contudo, na análise da atuação dos juízes do JIJ de Goiânia/GO, pode-se perceber que os limites introduzidos pelo novo conjunto de normas, por vezes, foram suplantados pela visão fundada pelo paradigma da situação irregular dos adolescentes com ato infracional. Um dos exemplos foi a tomada de decisão da direção do juizado, exercida sem a consulta prévia à Defensoria, de retirá-la do prédio do juizado para colocar, em seu lugar, um atendimento assistencial, denominado Programa Pai Presente. É interessante notar que, na justificativa do programa, constam parcerias com diversas instituições públicas, menos com a Defensoria Pública.

A atuação assistencialista por parte dos representantes do Judiciário repercute a permanência da atuação paternalista da figura do juiz, aquele que aplica medidas socioeducativas com a finalidade de recuperar e minimizar a "vulnerabilidade" a que estão expostos os adolescentes. Ainda é comum familiares procurarem os juízes para pedir ajuda para seus(suas) filhos(as).

Outro aspecto que evidencia a permanência do paradigma da situação irregular é o das justificativas para a internação, ancoradas na situação social do(a) adolescente. A seguir, há um trecho redigido em negrito pelo MP em um dos processos analisados:

> A adolescente é órfã de mãe e o pai vive em Curitiba/PR, o qual presta auxílio em dinheiro e acompanha a filha por contatos telefônicos. A adolescente vive com um irmão de 21 anos, cunhada e sobrinho, sendo sua avó sua responsável. [...] Por tudo que foi exposto acima, percebe-se que a adolescente se encontra em extrema vulnerabilidade social e, apesar de morar com familiares, não possui referenciais sólidos de conduta, tão essenciais para o desenvolvimento, visto que a mãe faleceu há pouco tempo (um ano), o pai vive distante, ela não quer morar com a avó, apesar de ser sua responsável, e vive com um

> irmão também muito jovem. A internação se mostra, neste caso, uma medida extremamente necessária para sua proteção, uma vez que nenhum familiar pode acompanhá-la durante os procedimentos na delegacia e na oitiva informal; liberá-la agora significaria devolvê-la aos criminosos que a aliciaram a cometer um ato infracional tão grave.

Nesse mesmo caso, a Defensoria requereu a desinternação; contudo, o Tribunal de Justiça de Goiás concluiu que: "Logo, tem-se que segregação provisória da adolescente é medida imperiosa que se impõe para a preservação da ordem pública e proteção da própria adolescente".

O paradigma da situação irregular tinha como principal preocupação as condições de "moléstia social" dos "menores infratores". Os maus-tratos, a negligência por parte da família ou da própria sociedade eram fundamentos para a institucionalização. Nesse passo, a judicialização das questões sociais, desde aqueles tempos até os atuais, reforça a discriminação entre "crianças" e "menores". Segundo Silva,

> [...] ter ou não ter cometido infração, ter ou não ter as garantias constitucionais era irrelevante, pois o objetivo central era a prevenção dos "desvios" de crianças, adolescentes e jovens "potencialmente perigosos". O que estava em jogo era um ideal de sociedade a ser construída. (SILVA, 2005, p. 61)

Esse modelo prioriza a institucionalização e a adoção dos "menores" por outras famílias, em detrimento de políticas públicas efetivas no combate às desigualdades sociais. Nesse contexto, a atuação judicial ganha centralidade na figura do juiz, que possui competência ilimitada e discricionária para apresentar solução judicial de questões relacionadas ao empobrecimento de crianças e adolescentes, acarretando, com isso, a criminalização da pobreza (MÉNDEZ, 1996).

Neste ponto, pode-se perceber que, para além de todo o sistema de segurança e de justiça juvenil não estar estruturado de modo a conferir à Defensoria Pública condições materiais e de pessoal necessárias para prestar uma efetiva defesa técnica, a permanência do paradigma da situação irregular orientando, de modo substancial, as ações dos agentes no interior do subcampo do direito da criança e do adolescente em Goiânia prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa, além de outros direitos previstos pelo paradigma da proteção integral.

Considerações finais

No Brasil, o recrudescimento penal é apontado como solução para enfrentar o fenômeno da violência e, nesse sentido, como a alternativa mais viável no tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei. Atualmente, discutem-se propostas legislativas de redução da maioridade penal e de aumento do tempo de internação, em que pesem os dados informados

pelo *Levantamento Anual do Sinase 2014*, publicado em 2017 pelo Ministério dos Direitos Humanos vinculado à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017) sobre, por um lado, a diminuição de atos infracionais praticados entre 2010 e 2014 e, por outro, o aumento do índice de adolescentes internados confirmados.

Em porcentagem, o homicídio, em 2010, representou 14,9% do total de atos infracionais registrados no Brasil e, em 2011, esse valor reduziu para 8,4%. Em 2012, 2013 e 2014, esse total apresentou pequeno aumento e depois uma estabilidade, com, respectivamente: 9,0%, 9,2% e 9,5%. Em contrapartida, os crimes análogos ao roubo, à tentativa de roubo e ao furto, em 2014, representaram, respectivamente, 44%, 1,24% e 3,3%. Por outro lado, segundo a mesma fonte de dados, houve um aumento de adolescentes privados de liberdade. Em 2008, eram 16.868 adolescentes, e em 2009 foram 16.940, representando um aumento de 0,4%. Em 2010, ocorreu um aumento de 4,5%, passando, assim, para 17.703 adolescentes privados de liberdade. Em 2011, o número aumentou para 19.595, período em que houve um aumento significativo de 10,5%. Em 2012, foram registrados 20.532, um aumento de 4,7% em relação ao ano anterior. Em 2013, ocorreu o segundo aumento significativo: o número foi para 23.066, um aumento de 12%. Em 2014, houve um aumento de 6%, totalizando a quantidade de 24.628 adolescentes privados de liberdade. A série histórica de restrição e privação de liberdade indica um aumento constante e regular desde 2010, com predominância para a aplicação da modalidade de internação (66%). Destaca-se, ainda, o significativo número de internações provisórias, representando 22% do total de adolescentes em 2014 (BRASIL, 2017).

A combinação de diferentes técnicas de investigação adotada na realização desta pesquisa permitiu compreender as lutas simbólicas que se desenvolvem quanto à aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa nos conflitos concretos. Foi possível também trazer à superfície o conteúdo dos processos de conhecimento de ato infracional, além de conhecer a prática dos profissionais no embate das audiências. As diversas fases da persecução infracional revelaram um julgamento majoritariamente inquisitivo, marcado por atos de investigação e produção de provas, sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Provas essas que, na maioria das vezes, foram utilizadas como fundamento para a decretação de internação provisória ou definitiva.

As ações do sistema de segurança e de justiça juvenil, dirigidas a um público selecionado por suas características adiscritivas e por sua classe social, contribuem para a permanência da construção imaginária de um tipo estereotipado de adolescente propenso a cometer delitos. Goffman (1988) afirma que a construção do estigma é uma ideologia perigosa, uma vez que essa racionalidade está baseada em animosidades, em diferenças, criando termos como "aleijado", "delinquente" e "retardado". Violências como essas deixam marcas indeléveis na história dos adolescentes.

Esta pesquisa também verificou que a discricionariedade presente nas decisões, por vezes, implicou em arbitrariedades, como a que foi encontrada nos processos das internações provisórias decretadas, em que 44,4% culminaram em aplicação de medidas em meio aberto

e 7,8%, em processo extinto por falta de provas. Com esses dados, deve-se considerar que 95,6% dos casos foram instaurados a partir do inquérito policial, o que indica a seletividade operacionalizada inicialmente pela ação da Polícia Militar. A dinâmica estabelecida no interior do sistema de segurança e de justiça juvenil demonstra os limites para a observação do direito ao contraditório e à ampla defesa em favor dos acusados de ato infracional. A apreensão pela Polícia Militar, a audiência informal com o MP, a decretação da prisão provisória, a ausência de defensor público na fase inquisitiva e na audiência de apresentação, a dificuldade da Defensoria quanto à produção de provas em favor do adolescente, a celeridade do processo, a permanência do paradigma da situação irregular e a ausência de recurso das decisões perante os tribunais superiores foram elementos encontrados nesta pesquisa.

Para além dos agentes do sistema de justiça juvenil, percebeu-se, ainda, a atuação significativa de órgãos do sistema de segurança, que compartilham o poder de influenciar o resultado da persecução infracional, como as Polícias Militar e Civil e os técnicos do sistema de atendimento socioeducativo. Soma-se a esse contexto a pressão exercida pela opinião pública, veiculada pela mídia, demandando o endurecimento das penas.

Considerando a perspectiva de Bourdieu (1989) sobre o campo jurídico constituir-se um espaço marcado por uma distribuição desigual do capital jurídico adquirido pelos agentes ao longo de suas trajetórias, percebeu-se uma nítida hierarquia entre os agentes do subcampo do direito da criança e do adolescente em Goiás. O MP tem uma posição mais vantajosa em relação àquela ocupada pela defesa, porque conta com uma estrutura de capital simbólico maior que o da Defensoria, recentemente implementada no estado. O trabalho de campo evidenciou que a atuação do MP baseia-se muito mais em uma concepção punitiva do que de *custos legis*, em uma sociedade em que o Estado prioriza investimentos em políticas criminais cada vez mais repressivas, em detrimento de políticas sociais que respondam às demandas das populações mais pobres do país.

A não obrigatoriedade de advogado ou defensor público nos procedimentos inquisitivos, a escassa possibilidade de atuação da defesa quanto a influenciar as decisões do juiz, em sua maioria orientada pelo paradigma da situação irregular, e um processo judicial marcado pela celeridade são fatores, entre outros, que também contribuem para que esses adolescentes não tenham acesso a uma defesa satisfatória.

Dessa feita, independentemente da observação dos princípios do contraditório ou da ampla defesa, esse modelo, por si só, não é capaz de superar as contradições presentes na atuação do Estado no interior do subcampo do direito da criança e do adolescente. Este, mesmo diante da presença do advogado e de sua atuação, pune os sujeitos, levando em consideração não o suposto ato infracional atribuído, mas as condições sociais do indivíduo acusado, revelando um sistema inclinado, *a priori,* a condenar e segregar determinado grupo social.

Na prática, as instituições que atuam nesse subcampo do direito da criança e do adolescente permanecem reproduzindo os fundamentos do paradigma da situação irregular combinado com a responsabilização penal dos adolescentes. A relação entre proteção e responsabilização

infracional introduzida pelo ECA tem por base o reconhecimento do adolescente como sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, mas, ao mesmo tempo, sujeito a punição. O que se certifica, na prática, é o predomínio das ações punitivas em detrimento das ações protetivas.

Em uma sociedade marcada pela profunda desigualdade social, em que os bens produzidos socialmente são apropriados de modo desproporcional, o acesso à Justiça também não se encontra, na mesma medida, ao alcance de todos. O sistema de segurança e de justiça juvenil, ao não assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa aos adolescentes que praticam atos infracionais, respalda esse argumento.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem ao apoio financeiro do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio do Processo n. 132.782/2015-4, concedido à autora Lélia Moreira Borges.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil,1989.

BRASIL. *Código de Menores de 1927*. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

BRASIL. Constituição da República do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191-A, 5 out. 1988.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. 2017. *Levantamento anual Sinase 2014*. Brasília, 2017.

BRASIL. Presidência da República. 1979. Lei n. 6.697*, de* 10 de outubro de 1979. Código de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. 1990. Lei n. 9.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. 2012. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Sistema de Atendimento Socioeducativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. 1995. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOFFMAN, Erving. *Estigma* – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

LOWY, Michael. *Ideologias e ciência social* – Elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez,1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Tarihan Chaveiro. *O processo e o Estatuto da Criança e do Adolescente*: uma análise da apuração do ato infracional à luz da doutrina da proteção integral. 2016. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1996.

MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Merry (orgs.). *Infância, lei e democracia na América Latina*. Blumenau: Edifurb, 2001. v. 1.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Petrobrás-BR: Ministério da Cultura: USU Ed. Universitária, 1997.

SANTIBANEZ, Dione Antonio de Carvalho de Souza. *Sujeição criminal e inclusão marginal no sistema socioeducativo*: uma análise qualitativa das percepções de agentes do meio aberto e fechado. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

SANTOS, Liza Franco Busse Reis dos. *Qual é a medida?* Um estudo sobre punição e equidade no julgamento da justiça juvenil. 2016. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

SILVA, Maria Liduina de Oliveira e. *O controle sócio-penal dos adolescentes com processos judiciais em São Paulo*. 2005. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República: Secretaria Nacional de Juventude: Seppir, 2015.

Como citar este artigo:
BORGES, Lélia Moreira; DURÃES, Telma Ferreira do Nascimento; LOPES, Gustavo de Faria; LIMA, Ricardo Barbosa de. Contraditório e ampla defesa: direitos? O que dizem os processos de apuração de ato infracional entre os anos 2014 e 2017 em Goiânia, Goiás. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1943. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201943.

Lélia Moreira Borges

Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (Necrivi) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Membro da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/GO. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da UFG. Advogada.

lelia.moreira@hotmail.com

Telma Ferreira do Nascimento Durães

Docente da Faculdade de Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (Necrivi) da UFG.

telmamujer1@gmail.com

Gustavo de Faria Lopes

Docente do Instituto Federal de Goiás (IFG). Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Sociologia, Educação e Sociedade (Nepses) do IFG.

gflopes.ifg@gmail.com

Ricardo Barbosa de Lima

Docente da Faculdade de Ciências Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) e do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (PPGIDH) da Universidade Federal de Goiás (UFG).
Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (Necrivi) da UFG.

ricardo.ufg@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.12.2018
Aprovado: 22.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201944

A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice

UMA ANÁLISE FEMINISTA DO ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Flavia Portella Püschel[1]

Abstract
This article analyzes the opinions of judges of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in child neglect cases from a feminist perspective by "asking the woman question" to identify implicit male bias in legal concepts and standards that are apparently gender neutral. Several sexist arguments can be found both in opinions against awarding damages for child neglect and in opinions in favor of it. Sexist bias is shown in the disregard of legal doctrine, as well as of the ambivalent character of family relations and their hierarchical structure. This bias is further expressed in the devaluation of women's interests and life experiences, stereotyping, problems of logical reasoning as well as in the disregard of statutory rules. The article concludes that the STJ was unable to take into account the point of view of women and the circumstances in which child neglect actually takes place in Brazilian society today. The court developed a concept of harm that, although apparently gender neutral, is based on discriminatory reasons and has greater negative impact on women than on men.

Keywords
Feminist legal theory; gender bias; child neglect; tort law; precedents of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ).

Resumo
Neste artigo, as posições defendidas pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo são analisadas de uma perspectiva feminista, com emprego de método pelo qual se tornam explícitos vieses machistas implícitos em conceitos e standards *jurídicos aparentemente neutros. Encontram-se nas decisões analisadas diversos argumentos discriminatórios, tanto em votos desfavoráveis quanto em votos favoráveis à reparação por abandono afetivo. Os vieses machistas se mostram pela desconsideração da tradição jurídico-dogmática e da doutrina especializada, bem como pela desconsideração do caráter ambivalente das relações familiares e suas estruturas hierárquicas, passando pela desvalorização expressa de interesses e experiências de vida femininas, pelo uso de estereótipos femininos negativos e por problemas de lógica argumentativa e interpretação sistemática do Direito, chegando até a desconsideração de norma legal expressa. Conclui-se que o STJ não foi capaz de levar em conta o ponto de vista feminino e as circunstâncias concretas em que o abandono afetivo acontece hoje no Brasil, tendo desenvolvido o conceito jurídico de dano indenizável em um sentido que, apesar de aparentemente neutro, é fundado em razões discriminatórias e atinge as mulheres de modo desproporcionalmente negativo em comparação com os homens.*

Palavras-chave
Análise feminista do direito; viés de gênero; abandono afetivo; responsabilidade civil; jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), São Paulo, São Paulo, Brazil
https://orcid.org/0000-0002-6120-4395

CC BY-NC

Introduction*

In 2005 the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) ruled its first case of tort liability for non-pecuniary damages arising from child neglect (BRAZIL, 2005). Child neglect in this context means the absence of the parent and the lack of psychological and moral support on the parent's part during the child's development. Liability for non-pecuniary damages for child neglect is distinguished from liability for lack of material support and can, therefore, be attributed even to parents who have regularly contributed financially to the support of their offspring.

This is a subject that has aroused great controversy in Brazil, both among legal scholars[1] and in the courts. In the STJ itself, as of 2005, different positions were formed, which culminated in a trial to uniformize the positions of the court's Panels on the issue in 2014.

In this article, we will analyze the different positions defended by the STJ justices, from a feminist perspective of law, that is, by applying a method of analysis of law that reflects:

> the status of women as "outsiders," who need ways of challenging and undermining dominant legal conventions and of developing alternative conventions that take better account of women's experiences and needs. (BARTLETT, 1990, p. 831)

The purpose of feminist theories of law, such as the one we use here, is to contribute to harness the power of law in building gender *equality* rather than to perpetuate patriarchal patterns of subordination (CHAMALLAS, 2003, p. 22).[2]

Among the different methods employed in feminist legal research, this work applies one associated with the line of investigation – still little explored in the reflections on private law in Brazil – that seeks to make explicit the male biases implicit in apparently neutral concepts and *standards*[3] (CHAMALLAS, 2003, p. 6).

In this context, bias indicates not only practices intentionally aimed at harming women, but also those whose impacts or negative effects on women are unintended (CHAMALLAS, 2003, p. 7).

* Traslator: Elizabeth Ann Miller.

1 The academic debate is not the object of this work, so we will not deal with the positions found in the literature. For an overview of the discussions, see, among others: Hironaka (2006, p. 131-149), Madaleno (2006, p. 151-169), Moraes (2006, p. 171-201), Pereira (2015, p. 399-410), and Schreiber (2015, p. 32-49).

2 In this sense, a work of critical analysis, such as feminist analysis of law, participates in the broader project of "reflecting on the *effects of doctrine and court rulings on the distribution of power and social resources*" (emphasis in original, our translation), identifying room for arbitrariness and proposing institutional reforms (RODRIGUEZ, 2012a, p. 12-13).

3 This is the method often referred to by the expression "asking the woman question" in English language literature (CHAMALLAS, 2003, p. 7; BARTLETT, 1990, p. 837-849).

Such unintentional practices include discriminatory treatment due to insensitivity, lack of empathy, use of stereotypes or hostility to women. Practices that have a disproportionate negative effect on women as a group without legitimate justification are also included. Finally, the notion of bias also includes the devaluation of interests, activities, harm, etc., socially associated with women (CHAMALLAS; WRIGGINS, 2010, p. 24).

As one can see, in this analysis we are not aligned with any specific school of feminist thinking. We follow Martha Chamallas' proposal to adopt, from various feminist perspectives, a series of criteria for identifying situations of gender-based injustice (CHAMALLAS, 2013, p. 27).

Among these criteria are unjustified differential treatment, the contribution to an increase or maintenance of power differences between men and women in society, and the devaluation of activities socially associated with women (CHAMALLAS, 2013, p. 28-29).

Therefore, to identify implicit male biases one cannot limit the analysis to only formal equality. It is necessary to examine the real effects that law has on women as a group (CHAMALLAS, 2003, p. 6).

In this process, it must be borne in mind that even uncontroversial legal concepts can be detrimental to women, since the structuring of legal institutes reflects the viewpoint of those in power and thus tends to be invisible (CHAMALLAS, 2003, p. 7-8).

This is explained to the extent that law presupposes an idea of a gender neutral person, but in a context in which norms are in fact created by men, from the male point of view, based on the experiences of men's lives, without regard, therefore, to women's experiences from the point of view of women themselves (MacKINNON, 1989, p. 88). As Catharine MacKinnon (1989, p. 88) states, gender is invisible in law because it is not a relevant factor in distinguishing between men. As stated by Martha Chamallas (2003, p. 7-8):

> Male-centered standards derive their force from being uncritically accepted as universal in nature. Challenging them is particularly difficult once they have gained legitimacy as an "objective" way of categorizing people and organizing people's activities and work.

We consider that the feminist analysis of law can be seen as manifesting a critical understanding of legal rationality, according to which "the role of [legal] doctrine in justifying court decisions under the Rule of Law [...], namely, its function is to translate into law the political principle of equality before the law [...]" (RODRIGUEZ, 2012a, p. 9, our translation).

In this sense, legal doctrine is an instrument not only of decision (and guarantee of legal certainty), but of the *legitimation* of decisions, which operates through a continuous process of systematization and re-systematization of law, based on the previous tradition, to account for new social conflicts (RODRIGUEZ, 2012b, p. 22-24).

Such a doctrinal process of development consists primarily of a social dispute practice to determine the meaning of legal norms, which takes place both within and outside the jurisdictional institutions through specialized doctrinal debate and the public sphere in general

(RODRIGUEZ, 2012a, pp. 10-11).[4]

Given this, it is clear that any gender bias enters tort law – and other legal institutions – through the very process of its conceptual development (CHAMALLAS, 2013, p. 205).

We will test this hypothesis in the case of the development of liability for child neglect in the STJ. This is an interesting case for three reasons. The first of these is that there is clearly a gender division when it comes to parents who abandon their children: in the vast majority of cases, the father leaves the child in the mother's care. Data released by the *Gender and Race Inequality Portrait* (IPEA, n.d.) based on IBGE's National Household Survey (PNAD) showed a large difference between the number of households with single mothers and single fathers. In 2015, families composed of women with children represented 16.3% of the total Brazilian families, while families composed of men and children represented only 2.2%. Although it is not possible to state from this data that the reason for the father's absence is always abandonment (and not widowhood, for example), it can be concluded that whatever the reason for the father's absence it is more common for women than men to be taking care of their children without the presence of the other parent. Another indication of the size of paternal abandonment in Brazil is the number of children without their father's name on their birth registration. Based on the 2011 school census conducted by National Institute for Educational Studies and Research "Anísio Teixeira" (INEP), the National Council of Justice (CNJ) estimated that there are more than 5 million students in this situation (CNJ, 2015, p. 10).

The second reason is that there is no express statutory norm about liability for child neglect, so the rules for its recognition as indemnifiable harm were created judicially, that is, already through doctrinal debate. This gives us a privileged perspective on how cognitive biases determine the development of legal concepts (in this case, the concept of indemnifiable harm).

Finally, rules of tort law are apparently neutral, that is, they do not expressly take into account the gender of any of the parties involved, a case in which male biases tend to become invisible.

In cases of child neglect, the invisibility of gender discrimination also occurs because actions in tort involve fathers and their daughters or sons, so that often both plaintiff and defendant are men. In order to see the gender issue involved in the conflict, it must be borne in mind that the relationship between plaintiff and defendant in this type of law suit arises in the context of family relations[5] in which the woman-mother also participates.[6]

4 Advancing to a more abstract level of analysis, this view of legal doctrine relates to the argumentative character of law, as advocated by Ronald Dworkin (1986) and Neil MacCormick (2005).

5 These are families formed from heteroaffective couples. The precedents of the STJ do not include cases of child neglect in families formed from homosexual couples, and we have no data on the occurrence of child neglect according to the sexual orientation of parents.

6 The focus on the family is relatively recent in the history of feminist legal theory, having gained relevance only since the 1990s, with the third generation of feminist legal theory (CHAMALLAS, 2013, p. 364).

The hetero-affective family in Brazil is still strongly marked by gender-based roles, and women are primarily responsible for caring for children, the elderly and the sick, as well as performing housework. In addition, the percentage of women who perform paid work is still lower than men, with a pay gap in favor of men. Finally, it should not be forgotten that most families where women raise children alone live below the poverty line.[7]

In her recent work on changes in Brazilian families, which analyzes the period from 1976 to 2012, Nathalie Reis Itaboraí points out that data reveals "a tendency for continuous change, which occurs in all [social] classes, towards a better relative position for women in relation to their partners" (ITABORAÍ, 2017, p. 214, our translation). Still, the asymmetry of power between men and women persists. According to the same author, certain dimensions of gender stratification, especially cultural expectations about the feminine character of domestic and care duties, are very resistant to change and act as a limit to the processes of female emancipation (ITABORAÍ, 2017, p. 342).[8]

It is evident, therefore, that the burden of domestic work and childcare has a major impact on women's economic situation and, consequently, on their possibilities of achieving the constitutionally prescribed gender equality. The situation is especially serious in the case of women who take care of their children alone, as is the case of families involved in tort liability actions for child neglect.

• • •

Martha Albertson Feinman points out that feminists themselves devalued the family as an object of study (FEINMAN, 1993, p. 403, n. 33).

7 According to IBGE's 2017 National Continuous Household Survey 2017 (PNAD Contínua), in that year the number of weekly hours that women devoted to housework was approximately twice that of men (RENAUX, 2018a). Regarding the pay gap, according to PNAD Contínua data for the fourth quarter of 2018, women earn on average 20.5% less than men. In addition to earning less per hour worked, women work fewer hours, which is related to the time they spend on household chores and caring for people (PARADELLA, 2019). According to the IBGE Social Indicators Synthesis, released in 2018, 56.9% of the residents of households with single women with children under 14 live below the poverty line, with an income of up to R$ 406 monthly. In comparison, residents of households with couples with children who live below the poverty line are 30.4% (RENAUX, 2018b).

8 Obstacles are especially severe for lower-income women, who, in addition to having fewer job opportunities, tend to have a higher domestic workload and fewer alternatives to outsource domestic tasks (ITABORAÍ, 2017, p. 342). In addition to social class, data from the *IBGE Social Indicators Summary*, released in 2018, indicate that race is also an important component in defining the impact of domestic and care responsibilities. Thus, 64.4% of residents in households with single women and children under 14 live below the poverty line when the woman is black or brown. In comparison, the percentage of people living below the poverty line in households where white single women with children under 14 live is 41.5%. As stated above, the overall percentage of people living below the poverty line in households with single women with children under 14 years of age is 56.9% and 30.4% in households with couples and children under 14 (RENAUX, 2018b).

The relevant relationship for our analysis is not, therefore, simply that between the defendant, man-father, and his daughter or son, but above all, the relationship between man-father and woman-mother, constructed from family relationships, which has influence on the decision of the justices, regardless of whether the woman-mother enters the judicial process.

We will begin the analysis by describing the cases and court decisions, from the first time the matter arose, to the unified ruling of the STJ. Next, we will analyze the different positions defended by the Justices, considering their male bias, followed by the conclusions about the hypothesis raised.

Before that, however, some clarification needs to be made. Feminist legal theory has been criticized for defending norms that favor women simply because they favor women (SCHWARTZ, 2001, p. 201). This is not the purpose of this text, regardless of whether this criticism is appropriate or not. What interests us are the rules that treat women unfavorably without adequate justification, thus contradicting the constitutional principle of equality between women and men (FEDERAL CONSTITUTION [FC], art. 5, I) and the prohibition of discrimination (FC, art. 3, IV).

Secondly, it must be made clear from the outset that this paper makes no quantitative statement on the prevalence of gender bias in court rulings or in private law in general.[9] Our objective is to demonstrate that the discrimination of women through the biased development of doctrinal concepts is an observable reality in Brazilian law.

1. The decisions of the STJ

The first case of tort liability for child neglect tried by the STJ was REsp n. 757411[10] (BRAZIL, 2005). This is a tort liability action brought by a son against his father, claiming compensation for non-pecuniary damages because, since the divorce of the parents and the birth of the father's daughter by his second wife, the father avoided contact with the son, thus failing to provide him with psychological and moral assistance, even though the father fulfilled his obligation to provide child support. The son claims not to have had the opportunity to meet and live with his half-sister, to have been ignored in his attempts at rapprochement and to

9 It must be said, however, that since law is created by men, from the male point of view based on male experiences, without taking into account female experiences from the female point of view (MacKINNON, 1989, p. 88), the tendency is that the presence of gender bias is not punctual, but pervasive and systemic.

10 The REsp (Recurso Especial) is an appeal that may be presented to the STJ to fight a decision of a second instance tribunal that contradicts federal statutes or interprets such statutes in a different way than other second instance tribunals. It is a special appeal designed to guarantee the application of federal statutes and to uniformize their interpretation by state and federal tribunals (FC, art. 105, III).

not have been able to count on his father's presence at important moments in his life, which caused him extreme suffering and humiliation (BRAZIL, 2005, p. 2).

The father, in turn, claims that the tort lawsuit is a retaliation on the part of his ex-wife, mother of the plaintiff, due to the fact that he asked for a reduction of child support payments. In addition, he claims that it was the ex-wife's attitude – insulting phone calls and instructions for her son to assault his half-sister – that caused the father's removal because "[these actions] made the domestic situation during the biweekly visitation unbearable" (BRAZIL, 2005, p. 2, our translation).

In addition, the father claims to have traveled a lot, both in Brazil and abroad, which also compromised the regularity of his meetings with his son, and claims to offer encouragement to his son via telephone contact (BRAZIL, 2005, p. 2-3).

The action was dismissed as groundless by the first-instance judge. An appeal was filed with the Minas Gerais State High Court which upheld the appeal and ordered the father to pay non-pecuniary damages amounting to R$ 44,000. Given this, the father filed a Special Appeal with the STJ (BRAZIL, 2005, p. 3-4).

The 4th Panel of the STJ upheld the appeal, by a majority vote, denying damages, on November 29, 2005. Justice Barros Monteiro dissented (BRAZIL, 2005, p. 1).

The 4th Panel of the STJ judged another case of tort liability for child neglect in 2009. This was REsp n. 514350 (BRAZIL, 2009a). Between the first and second trials, there was a major change in the composition of the 4th Panel. Three justices had been replaced. Only Justice Aldir Passarinho Jr. participated in both trials and was rapporteur of the 2009 judgment. Despite the change in its composition, the 4th Panel retained its previous understanding,[11] this time unanimously, on the same grounds as the 2005 decision (BRAZIL, 2009a, p. 10).

In 2012, there was the first ruling on the matter by the 3rd Panel of STJ, in the REsp n. 1159242 (BRAZIL, 2012). The case was a tort liability action brought by a daughter against her father seeking compensation for material and non-pecuniary damages resulting from both material and moral neglect during her childhood and youth. The action was dismissed as groundless by the first-instance judge. The daughter filed an appeal, which was upheld by the São Paulo Court of Justice, and the amount of R$ 415,000 was established as compensation for non-pecuniary damages. The father then filed a Special Appeal with the STJ, alleging that he did not neglect his daughter and that, even if he had, this fact did not constitute a tort, and the only possible legal sanction was the loss of parental authority. He also referred to the previous ruling by the 4th Panel, regarding the impossibility of compensation for child neglect (BRAZIL, 2012, p. 3-4).

11 Only the rapporteur, Justice Aldir Passarinho Jr., wrote an opinion which was validated by the others.

The 3rd Panel decided, by majority, to grant the appeal in part, recognizing the right to damages for child neglect, but reducing the value of the compensation to R$ 200,000. Justice Massami Uyeda, who granted the father's appeal, was defeated (BRAZIL, 2012, p. 14; 49).

Given the only partial provision of his Special Appeal, the father filed an *Embargo de Divergência* (which is an appeal to the STJ to uniformize its position regarding a question of law when there are conflicting rulings among its panels), based on the difference of understanding on the possibility of recovery for child neglect in the 3rd and 4th Panels of STJ (BRAZIL, 2014, p. 4).

In 2014, the Second Chamber of the STJ decided, by a majority vote, to dismiss the *Embargos de Divergência* without judging the merits of the case (BRAZIL, 2014, p. 8-40). The understanding that the ruling by the 3rd Panel represented only an exception to the rule of irreparability defined by the 4th Panel, so that there was not really any disagreement between the panels, prevailed.

In short, the result of the discussions in the STJ was the establishment of the *irreparability* of moral damages for child neglect as a rule with the possibility of reparation as an *exception*.[12]

2. Male bias in the argument

Several of the arguments presented in the decisions of the first four cases of tort liability for child neglect in the STJ have a sexist bias, even in votes in favor of redress for this type of damage.

Let us organize the analysis by the content of the argument, indicating the judgments in which they appear.

2.1 Reparation is unnecessary

The first reason given for denying reparation for non-pecuniary damages for child neglect is that it is unnecessary, since all the purposes that could justify non-pecuniary damages would already be fulfilled by other legal means (BRAZIL, 2005, p. 9). These functions would be: punishment, deterrence, and reparation (BRAZIL, 2005, p. 7-9).

Regarding punishment and deterrence, says Justice Fernando Gonçalves (BRAZIL, 2005, p. 7-8, emphasis in original, our translation):

12 However, this solution raises many problems. According to Püschel and Aquino (2019, p. 198, our translation), "the arguments brought by the 3rd Panel to admit civil liability for child neglect in certain circumstances do not establish an exception to the rule defended by the 4th Panel, but refer to a different rule. To consider the decision of the 3rd Panel as an exception to the rule previously established by the 4th Panel would be to admit a logical contradiction". In addition, by failing to judge the merits of the *Embargos de Divergência*, the Second Chamber of the STJ failed to establish the requirements for recognition of the proclaimed exception (PÜSCHEL; AQUINO, 2019, p. 201).

> In case of abandonment or unjustified non-compliance with the duty of child support, **custody and education** of children [...] the legislation provides as punishment the loss of parental authority [...] both in the Statute of the Child and Adolescent, art. 24, as in the Civil Code, art. 1638, item II. Thus, the legal system, with the determination of the loss of parental authority, the most serious civil penalty to be imposed on a father, already takes care of the punitive function and acts as a deterrent, showing effectively to individuals that the Law and society do not sympathize with the conduct of abandonment, with which the most poignant justification of those who defend indemnity for child neglect falls to the ground.

Regarding the objective of material reparation, this would not justify liability, since such purpose is fulfilled by the payment of child support (BRAZIL, 2005, p. 9).

With this argument, there is a complete reversal of the sanction of loss of parental authority, which is fundamentally a means of protecting the minor and not a punishment for the wrongful father (DIAS, 2011, p. 434; LOBO, 2018, p. 309).

How could the loss of parental authority be considered a punishment for non-compliance with parental duties, if such a sanction establishes *precisely* the loss of such duties? We would have a conduct punished with its equivalent: the removal of the father would be punished with the removal of the father, which makes no sense, even logically.[13]

Moreover, it is difficult to imagine that the confirmation as legitimate of what a subject already wanted (withdrawal from the child) can have a deterrent effect. Deterrence depends on whether people fear the imposition of the sanction and therefore cease to commit the unlawful act (PÜSCHEL, 2011, p. 169). Of course, it is not possible to believe that a father who intends to abandon his son is afraid of the sanction of loss of parental authority. This is "the most serious civil penalty to be imputed to a father" (BRAZIL, 2005, p. 8, our translation) only when the father does not want to give up his duties towards his son.

Finally, in regards to the material reparation, child support is not reparative. It derives from parenthood and not from the practice of an unlawful act (DIAS, 2011, p. 513).

In this case the argument can be considered sexist in that, by refusing legal sanction to the offending father, it protects men who leave their offspring, reinforcing the difference of power between men and women already observed in society, by overloading the woman-mother with the care of the children. In addition, it minimizes the importance of caring for the offspring, devaluing a socially considered female activity.

13 As Justice Sidnei Beneti correctly points out (BRAZIL, 2012, p. 34-35).

2.2 Exclusive application of family law

Related to the previous argument, there is the notion that the rules of tort liability do not apply to family relations, defended by Justice Aldir Passarinho Junior and Justice Cesar Asfor Rocha. The latter justifies it, stating that "Family Law has its own principles that cannot be influenced by other principles that are exclusively related or – at least – more strongly related to other branches of law" (BRAZIL, 2005, p. 14, our translation).

An attenuated version of this same argument is defended by Justice Paulo de Tarso Sanseverino, in an opinion in which he defends non-pecuniary damages in family matters, but only in very exceptional and extreme cases of "effective excess in family relations" (BRAZIL, 2012, p. 41, our translation). The rationale for this would be that:

> Due to the very delicate nature of family relationships, tort liability in Family Law cannot be equated with tort liability in general, otherwise it would require a degree of caution in daily family life that is incompatible with family relationships, besides it would lead to an undesirable patrimonialization of personal relationships, precisely in their most intimate aspect. (BRAZIL, 2012, p. 41, our translation)

However, the family can be a protective environment for some and of suffering for others. To exclude family relationships from sanctions for the practice of unlawful acts is thus to preserve the differences of power existing in family relations, harming their most vulnerable members.

The data on domestic violence shows the hierarchy in family relations and leaves no doubt that the exclusion of sanctions for unlawful acts within the family has different effects according to gender, harming especially women. The *2015 Map of Violence: Homicide of Women* (*Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*), for example, indicates that women are more likely to experience violence in their own homes, while men suffer more violence on the street, and assaults on women are more often committed by people known to the victim, while men are more often attacked by strangers (WAISELFISZ, 2015, p. 74).[14]

Home and family are not an environment of equality between men and women, so excluding civil liability sanctions from family relations has the effect of disadvantaging women and contributing to the perpetuation of inequality.

14 In the same vein, the 2011 United Nations Office on Drugs and Crimes (UNODC) global study concluded that this is a well-documented situation and is not restricted to Brazil (UNODC, 2011, p. 58).

2.3 The reparation meets the interests of the former partner

According to this argument, attributing liability to the parent who has abandoned his child could serve as a way of satisfying the interests of the other parent, both personal and economic.

According to Justice Fernando Gonçalves:

> It should be borne in mind that often the one with sole child custody transfers to the child feelings of hatred and revenge nurtured against their former partner, not to mention that compensation may not exactly ease the suffering of the minor, but also satisfy the financial ambition of the person rejected in the romantic relationship. (BRAZIL, 2005, p. 8, our translation)

Despite the seemingly neutral language, it is possible to see the effect of gender stereotypes on this argument. The justice refers to the fact that it is common for the parent "with sole child custody" to transfer feelings of hatred and revenge against the former partner and seek to satisfy their own financial ambitions at the expense of their former partner.

The justice does not consider the possibility that feelings of hatred and revenge, as well as financial ambitions, may be reciprocal, or held by the parent who abandons the child.

Considering that, as stated above, it is usually the fathers who abandon and the mothers who keep custody, it is clear that the justice refers to women-mothers as transfering feelings of hatred and revenge to their children, in addition to having the disreputable purpose of enriching themselves at the expense of the man-father.

Given the familiar subterfuges employed by many men-fathers to lower child support or exclude the unwanted child from inheritance,[15] it seems reasonable to suppose that feelings of hatred and revenge, as well as greed, tend to be at least, as frequent among the parents who abandon their children, as among those who are left with sole custody of the child. So the argument makes an arbitrary distinction between the parents who abandon their children and those who stay with their children, leaving the latter disadvantaged – those who as already said – are mostly women-mothers.

As for the supposed goal of getting rich at the expense of ex-partners, as we mentioned above, poverty data in households where a woman and children under 14 live indicate that divorce tends to have a disproportionately negative financial impact on women-mothers compared to men-fathers. This situation is reinforced by the argument under consideration, formulated without reference to any specific aspect of the cases on trial or consideration of the population data, thus based solely on the judges' prejudices.

15 The case tried by the 3rd Panel in 2012 is precisely an example of this kind of situation. The ruling states that the father acquired real estate by fraud, in an attempt to deprive the unwanted daughter of her inheri-

2.4 The possibility to reconstruct the relationship must be preserved

According to this argument, holding the father liable for child neglect should be avoided, since it would compromise the possibility of reconciliation between father and child. In the words of Justice Fernando Gonçalves:

> Perhaps by admitting indemnity for child neglect we are definitively burying the possibility of a father, either now or in old age, seeking protection in the love of his children [...] Certainly a dispute between the parties would drastically reduce hope of the child being welcomed, albeit belatedly, by paternal love. (BRAZIL, 2005, p. 9, our translation)

The protection of the family and the conciliatory objective linked to this idea are arguments found in other situations of discrimination against women.[16] Again, it must be borne in mind that the preservation of the family in this context means the preservation of the gender hierarchy in family relations. Interestingly in the case of Justice Fernando Gonçalves the protection seems to be directly aimed at the interest of the father, who may want to seek the protection of his child.

A variant of this argument appears in the opinion of Justice Massami Uyeda, for whom the recognition of liability for child neglect by the court would bring an end to peace, establishing a "strife within the family" (BRAZIL, 2012, p. 16).

2.5 Impossibility of forcing someone to love

According to the argument defended by Justice Fernando Gonçalves, there can be no liability for child neglect because the law cannot compel someone to love (BRAZIL, 2005, p. 10).

By qualifying the issue in terms of the lack of a legal duty to love, this argument reduces the duties of paternity to the material needs of the child, contrary to the express legal provision

• • •

tance rights (BRAZIL, 2012, p. 37-38). This matter was tried by the Court of Appeal of the State of São Paulo (TJSP) (BRAZIL, 2009b), which confirmed the first-instance sentence of nullity of the fraudulent contract celebrated to the detriment of the unwanted daughter.

16 As an example we can mention the practice identified in the treatment of violence against women cases in the Special Criminal Courts (Jecrim), where "The judge's perception of what the family is and the importance of its social role" was what guided decisions, with the "expected performance of roles by men and women in the family script" replacing "women as subjects of rights", a situation that is much criticized by feminist movements (DEBERT; BERALDO DE OLIVEIRA, 2007, p. 331-332, our translation). According to Marcella Beraldo de Oliveira, at Jecrim the focus was "on achieving quick conciliation, preserving the family and its hierarchies, reifying the relationship of violence" (2008, p. 46).

(art. 1,634, I, of the Civil Code [CC]) and to the dominant doctrinal understanding (DIAS, 2011, p. 425; LOBO, 2018, p. 313).[17]

An argument that is related to the idea of impossibility of forcing someone to love is the rejection of transforming affection into money, which is found in the opinion of Justice Cesar Asfor Rocha (BRAZIL, 2005, p. 14).

It should be noted, however, that such an objection could be made toward liability for non-pecuniary damages generally, since it results from injury to personal rights and – by definition – has no monetary value.[18] This general issue of non-pecuniary damages was resolved by the constitutional provision (art. 5, V and X, FC) and legal provision (art. 186, CC) that expressly recognize the reparability of non-pecuniary damages, so that the justice should have substantiated the differential treatment that he gave in this case. Without such substantiation, we are left with an unjustified differentiation, which in practice favors men.

2.6 Child neglect as a fact of life

There is also the argument presented by Justice Massami Uyeda, in the sense that child neglect and its consequences are facts of life (BRAZIL, 2012, p. 16) and, as such, not indemnifiable.

According to the justice, any child may feel deprived compared to their siblings, a situation that could also occur between spouses and in family relationships in general, since no one is perfect (BRAZIL, 2012, p. 16). Life, says the justice, "is made up of losses and gains, perhaps even more losses than gains" and – with the expressiveness of oral manifestations – he concludes: "If we open this thesis here, as people would say, run for the hills. This Court will take care of heartbreak" (BRAZIL, 2012, p. 25, our translation).

Here we have the explicit devaluation of the damages suffered in family relationships. Given the power asymmetry within the family, this amounts to privileging its strongest members over the most vulnerable. The privileged position of the man-father in relation not only to their daughters and sons, but also to the woman-mother is reinforced.

A mitigated version of this argument is defended by Justice Paulo de Tarso Sanseverino, who is in favor of reparation for child neglect only in exceptional situations. According to the justice, frustrations that occur in the family contribute to the growth of the individual,[19] and are in part inherent to life and inevitable (BRAZIL, 2012, p. 41).

17 The solution to this question given by the 3rd Panel, with the recognition of a duty of care, on the contrary, is compatible with a broader understanding of parental duties, enabling the inclusion of the duty to direct the upbringing and education of children, provided for in art. 1634, I, of the CC (BRAZIL, 2012).

18 In fact, this is an objection that has already been made regarding the reparability of non-pecuniary damages in general (MELO DA SILVA, 1983, p. 360-367).

19 Although adversity is an opportunity for the growth of the individual, it seems to us that overcoming it should be considered the merit of the person who faced it, not a justification for the conduct of the person who caused it.

2.7 Maternal co-responsibility

Finally, we have the argument that the value of reparation should be reduced in proportion to the father's contribution to the neglect of the child. The assumption is that the mother is co-responsible for the neglect practiced by the father, when adopting aggressive conduct towards him. The possibility of the father reacting to his partner's aggression other than by abandonment (for example, by asking for custody of the child) or the aggression of the mother being provoked by the faulty father himself is not considered.[20]

The argument of maternal co-responsibility is especially interesting for our analysis for two reasons. Firstly, because it was defended by Justices Sidnei Beneti and Paulo de Tarso Sanseverino in opinions *in favor* of reparation for the damages resulting from child neglect, even if only in exceptional cases (BRAZIL, 2012, p. 36-37; 44). This shows that the male bias is even in the constitution of the winning thesis itself in the STJ.

Secondly, because the argument contradicts express statutory rule. Even if one understands that the mother contributed to the practice of unlawful behavior by acting aggressively towards the father, thus preventing or hindering his access to and regular contact with the child, and that she should therefore be considered co-responsible for the harm deriving from paternal abandonment, it would be a case of joint liability, by virtue of art. 942 of the CC.

This means that the victim of the wrongdoing can choose against whom to bring the action of liability in tort and that any of the co-responsible wrongdoers may be compelled to pay the entire amount of damages (CC, art. 275). The person who pays the total damages can later compel the other co-responsible wrongdoer to reimburse their own share of the debt (CC, art. 283).

According to the express statutory text, the father should therefore be ordered to pay the *full amount* of the reparation, and – if he wished – charge the mother of his child the portion of this payment that corresponds to her participation in the wrongdoing.

Despite this, Justice Sidnei Beneti concludes that "the amount set is excessive, because the proportionality of the action and omission of the father, now Appellant, in causing the moral distress to the daughter, now Appealed, was not taken into account" (BRAZIL, 2012, p. 37, our translation). The rule of joint liability was not even considered in this case.

• • •

20 In an opinion in which he reduces the amount of damages based on the mother's co-responsibility, Justice Sidnei Beneti does so "in spite of human sympathy for the situation of the mother, who, according to the file, had a premarital relationship with the defendant, now Appellant, for eight years, who left her pregnant shortly before the birth of the plaintiff daughter, who only had her paternity recognized by court decision after long-term resistance from the father in a long legal process" (BRAZIL, 2012 , p. 37, our translation). It should also be noted that, by reducing the value of the conviction to *half* the amount granted by the previous instance, Justice Sidnei Beneti considers that the mother contributed to the abandonment *to the same extent* as the father (BRAZIL, 2012, p. 38).

Not only is the woman-mother burdened with raising her child without a paternal presence, but also the civil liability for the negative consequences of parental neglect. As the data on poverty in Brazil indicate, being a single mother alone is a considerable social disadvantage. The idea of maternal co-responsibility for neglect reinforces the power asymmetry between the father-men and the mother-women, not only in the dimension of material living conditions, but also in the symbolic dimension. Given that the cultural aspect of gender stratification is one of the most persistent, the question of maternal co-responsibility is a matter of great relevance for the achievement of equality between men and women.

3 The existence of alternative arguments

The male bias of the above arguments becomes more evident to the extent that reasonable legal arguments can be developed that do not imply the use of gender stereotypes, nor the devaluation of interests or fields of human experience considered feminine, or comparatively greater detrimental effects to women.

In the case of the STJ's rulings on child neglect, such alternative positions were, in fact, defended in both Panels and since the first decision on the subject.

In the 4th Panel in 2005, Justice Barros Monteiro, in his dissenting opinion, stated that the sanction of loss of parental authority does not exclude the parent's liability for non-pecuniary damages (BRAZIL, 2005, p.13).

In the 3rd Panel, there is the opinion of Justice Nancy Andrighi, who expressly refutes the argument of the uniqueness of Family Law, stating that there are no legal restrictions on the application of liability rules to family relations. On the contrary, according to the justice, the statutory texts dealing with civil liability do so "broadly and unrestrictedly, from which it can be inferred that they regulate even relationships born within a family nucleus in their various forms" (BRAZIL, 2012, p. 5-6).

The justice also expressly responds to the argument that the sanction of loss of parental authority would be sufficient in such cases, stating that the imposition of such a sanction cannot exclude reparation, "because its primary objective is to safeguard the integrity of the minor by offering through other means, the upbringing and education denied by the parents, and never to compensate for the damage that comes from the poor care the child received" (BRAZIL, 2012, p. 6).

Justice Nancy Andrighi – as well as Justice Barros Monteiro before her (BRAZIL, 2005, p. 13) – structures her argument from the general elements of civil liability: unlawfulness, fault, harm, and causation (BRAZIL, 2012, p. 6-14).

The most controversial aspect of liabilitty for child neglect is unlawfulness, that is, the violation of a legal duty. In this regard, Justice Nancy Andrighi points out that the relationship between parents and children is not only emotional, but also legal and that:

> Among the duties inherent to parental authority, stand out the duty of coexistence, care, raising and education of the children, aspects that obviously involve the necessary transmission of attention and the accompaniment of the child's social-psychological development. (BRAZIL, 2012, p. 7, our translation)

So, continues the justice,

> the debate acquires more technical contours, **since the measurement of the intangible – love – is no longer discussed, but rather the verification of compliance, non-compliance, or partial fulfillment of a legal obligation: care.** (BRAZIL, 2012, p. 10, emphasis in original)

The justice responds to the argument that it is impossible to force love by identifying the element of unlawfulness in the breach of the legal duty of care, concluding in this respect that "loving is a faculty, caring is a duty" (BRAZIL, 2012, p. 11, our translation).

Conclusion

The analysis of the debate on civil liability for child neglect in the STJ allows us to conclude that both in the 3rd as well as the 4th Panel and throughout the period in which the debate developed – from the first case to the *Embargos de Divergência* judgment on the issue – sexist arguments were involved.

Male biases are present in both unfavorable and favorable opinions for reparation. The male biases are shown by the disregard of the doctrinal tradition and the specialized literature, as well as by the disregard of the ambivalent character of family relations and their hierarchical structures. This bias is shown, furthermore, through the express devaluation of female interests and life experiences, via the use of negative female stereotypes, and through problems in argumentative logic and systematic interpretation of the law, and even disregard of an express statutory norm. It is clear that the STJ was not able to take into account the female point of view and the concrete circumstances in which child neglect happens today in Brazil, nor its consequences for women-mothers in single-parent families.

The result is that the STJ developed the concept of indemnifiable harm in a sense that, while apparently gender neutral, is in reality founded on discriminatory rationale and has disproportionately more severe effects on women.

Obviously, we do not mean that liability for child neglect is the solution to the problem of the burden that domestic and care work has on women-mothers in single-parent families. It seems to us that civil liability should not be a central element of a gender equality policy, due to the institution's own limitations.

Tort liability depends on expensive, time-consuming, and uncertain success in court

proceedings. In addition, for the reparation to actually take place, the father must be able to afford it.

Given the fact that abandonment leads to poverty for most of these families, especially those headed by black women, it is clear that this is an alternative available only to a minority of daughters, sons, and mothers.

The emancipation of women-mothers who raise their children in situations of paternal abandonment depends on advances in other fields, especially public policies to support female work, social security, and the care of children, the elderly, and the sick (ITABORAÍ, 2017, p. 342).

Still, it cannot be admitted that the development of tort liability by courts – or of any other legal institution – follows in the opposite direction from the pursuit of gender equality. The STJ's decisions, based on sexist arguments, reinforce the existing gender hierarchy and undermine the achievement of the constitutional objective of gender equality.

Therefore, our analysis recommends a broader investigation into the male biases embedded in the legal institutions of private law, with the aim of presenting the problem explicitly for democratic reflection.

The gender biases implicit in court rulings also raise the fundamental question of the permeability of courts to female voices; and thus the question of the relationship between legal doctrine and the institutional structure of the courts themselves and of the entire justice system from law schools through the structure of the judicial and administrative procedures to the structure of access, promotion, etc. of judges.

The fact that within the STJ itself there were dissonant opinions, on the other hand, allows us to conclude this article optimistically as to the potential for legal doctrine to play a role in promoting equality, rather than merely reinforcing the hierarchy between the sexes, which is still very present in Brazilian society.

ACKNOWLEDGEMENTS

The author would like to thank Camila de Jesus Mello Gonçalves and the Paulista School of Magistracy, for the invitation to present a lecture on the feminist analysis of child neglect, which was the origin of this article. Acknowledgments are also due to Catarina Helena Cortada Barbieri and to the anonymous reviewers of GV Law Review *for their careful reading and criticism that resulted in the improvement of the work, and Ricardo Savignani Álvares Leite for his assistance in formatting the text. Finally, I would like to acknowledge the importance of Fernando*

Carvalho de Paula Côrtes taking on the role of primary caregiver for our daughter's early years in making my return to academic work possible.

REFERENCES

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 829-888, 1990.

BERALDO DE OLIVEIRA, Marcella. Da Delegacia de Defesa da Mulher ao Juizado Especial Criminal: significados da violência de gênero no fluxo processual. *In*: DEBERT, Guita Grin et alii. *Gênero, família e gerações*: Juizado Especial Criminal e Tribunal do Júri. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 2008. p. 15-49.

BRAZIL. Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Recurso Especial n. 757411, 4ª Turma, Relator: Min. Fernando Gonçalves, j. em 29.11.2005. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=HTML. Accessed on: 29 Sep. 2017.

BRAZIL. Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Recurso Especial n. 514350, 4ª Turma, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 28.04.2009a. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877545&num_registro=200300209553&data=20090525&formato=HTML. Accessed on: 29 Sep. 2017.

BRAZIL. São Paulo State Court of Justice. Apelação n. 3417874/2-00, 9ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Graciella Salzman, j. em 27.03.2009b. Available at: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=3595761&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c75df96573144810b3cdda a0a02c7c30&vlCaptcha=pKj&novoVICaptcha=. Accessed on: 1st Nov. 2018.

BRAZIL. Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Recurso Especial n. 1159242, 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. em 24.04.2012. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=HTML. Accessed on: 29 Sep. 2017.

BRAZIL. Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Embargos de Divergência em RESP n. 1159242, 2ª Seção, Relator: Min. Marco Buzzi, j. em 09.04.2014. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/

revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313315&num_registro=201201079216&data=20140523&formato=HTML. Accessed on: 29 Sep. 2017.

CHAMALLAS, Martha. *Introduction to Feminist Legal Theory*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

CHAMALLAS, Martha. *Introduction to Feminist Legal Theory*. 3. ed. New York: Wolters Kluwer, 2013.

CHAMALLAS, Martha; WRIGGINS, Jennifer B. *The Measure of Injury:* Race, Gender, and Tort Law. New York: New York University Press, 2010.

CNJ – NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE. *Pai presente e certidões*. 2. ed. 2015. Available at: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf. Accessed on: 13 Nov. 2018.

DEBERT, Guita Grin; BERALDO DE OLIVEIRA, Marcella. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". *Cadernos Pagu*, v. 29, p. 305-337, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FEINMAN, Martha Albertson. Our Sacred Institution: The Ideal of the Family in American Law and Society. *Utah Law Review*, n. 2, p. 387-406, 1993.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131-149.

IPEA – INSTITUTE FOR APPLIED ECONOMIC RESEARCH. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. n.d. Available at: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html. Accessed on: 12 Nov. 2018.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. *Mudanças nas famílias brasileiras (1976-2012)*. Uma perspectiva de classe e gênero. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

LOBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias, v. 5, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MacKINNON, Catharine. Feminism in Legal Education. *Legal Education Review*, v. 85, p. 85-95, 1989.

MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2005.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151-169.

MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

PARADELLA, Rodrigo. *Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens*. Agência IBGE Notícias, 2019. Available at: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-age...i-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens. Accessed on: 17 Sep. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In:* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399-410.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimen*to. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167-182.

PÜSCHEL, Flavia Portella; AQUINO, Theófilo Miguel de. Segurança jurídica e coerência: uma reflexão sobre a uniformização de jurisprudência a partir da responsabilidade por abandono afetivo no STJ. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 64, n. 2, p. 183-204, 2019.

RENAUX, Pedro. *Mulheres continuam a cuidar mais de pessoas e afazeres domésticos que homens*. Agência IBGE Notícias, 2018a. Available at: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agen...tinuam-a-cuidar-mais-de-pessoas-e-afazeres-domesticos-que-homens. Accessed on: 17 Sep. 2019.

RENAUX, Pedro. *Pobreza aumenta e atinge 54,8 milhões de pessoas em 2017*. Agência IBGE Notícias, 2018b. Available at: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-age.../23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017. Accessed on: 18 Sep. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Prefácio. *In:* RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Dogmática é conflito:* uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012a. p. 9-15.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In:* RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Dogmática é conflito:* uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 21-32.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. *In:* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-49.

SCHWARTZ, Gary T. Feminist Approaches to Tort Law. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 2, n. 175, p. 177-209, 2001.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. *Global Study on Homicide*. Vienna: UNODC, 2011. Available at: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf. Accessed on: 3 Dec. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília, 2015. Available at: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Accessed on: 19 Nov. 2018.

How to quote this article:

PÜSCHEL, Flavia Portella. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, Jan./Apr. 2020, e1944. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201944.

Flavia Portella Püschel

PhD in Law at University of São Paulo (USP). Associate Professor at the São Paulo Law School of the Getulio Vargas Foundation (FGV DIREITO SP).

Flavia.Puschel@fgv.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 23.09.2019
Aprovado: 23.09.2019

ARTIGO CONVIDADO

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201945

The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence

O FUTURO DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA (E DOS ADVOGADOS) NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Anthony E. Davis[1]

Abstract
This article explores the future for lawyers and law firms in the light of the changes that Artificial Intelligence ("AI") is already bringing to the universe of legal services. Part I briefly describes some of the ways AI is already in use in ordinary life – from facial recognition, through medical diagnosis to translation services. Part II describes how AI is transforming what it means to provide legal services in six primary areas: litigation review; expertise automation; legal research; contract analytics; contract and litigation document generation; and predictive analytics. Part III explores who are the providers of these AI driven legal services – often non-lawyer legal service providers – and how these providers are replacing at least some of what clients have traditionally sought from lawyers. Part III also discusses the implications of all these changes both for the future role of lawyers individually, and in particular what services will clients still need lawyers to perform: judgment, empathy, creativity and adaptability. In turn, this Part examines what will these changes mean for the size, shape, composition and economic model of law firms, as well as the implications of these changes for legal education and lawyer training. Part IV identifies the principal legal, ethical, regulatory and risk management issues raised by the use of AI in the provision of legal services. Finally, in Part V the article considers who will be the likely providers of AI based services other than law firms: legal publishers, major accounting firms and venture capital funded businesses.

Keywords
Artificial Intelligence (AI); Legal Service Providers; Lawyers; Law Firms; Future of Legal Services.

Resumo
Este artigo explora o futuro dos advogados e dos escritórios de advocacia à luz das mudanças que a Inteligência Artificial ("IA") já está trazendo para o universo dos serviços jurídicos. A Parte I descreve brevemente algumas das maneiras pelas quais a IA já está sendo usada na vida cotidiana, do reconhecimento facial, passando pelo diagnóstico médico, até os serviços de tradução. A Parte II descreve como a IA está transformando o que significa prestar serviços jurídicos em seis áreas principais: revisão de litígios; automação de expertise; pesquisa legal; análise de contrato; geração de documentos contratuais e contenciosos; e análise preditiva. A Parte III explora quem são os fornecedores desses serviços jurídicos orientados à IA – geralmente prestadores de serviços jurídicos que não são advogados – e como esses prestadores estão substituindo pelo menos parte do que os clientes tradicionalmente procuram em advogados. A Parte III também discute as implicações de todas essas mudanças, tanto para o futuro papel dos advogados individualmente quanto particularmente para os serviços para os quais os clientes ainda precisarão de advogados: julgamento, empatia, criatividade e adaptabilidade. Por sua vez, essa parte examina o que essas mudanças significam para o tamanho, a forma, a composição e o modelo econômico dos escritórios de advocacia, bem como as implicações dessas mudanças na educação jurídica e no treinamento de advogados. A

1 Clide & CO US LLP, New York, New York, United States
https://orcid.org/0000-0001-8739-1988

CC BY-NC

Parte IV identifica as principais questões jurídicas, éticas, regulatórias e de gerenciamento de riscos levantadas pelo uso da IA na prestação de serviços jurídicos. Por fim, na Parte V, considera-se quem serão os prováveis provedores de serviços baseados em IA que não sejam escritórios de advocacia: editores jurídicos, as principais empresas de contabilidade e negócios de capital de risco.

Palavras-chave
Inteligência Artificial (IA); prestadores de serviços jurídicos; advogados; escritórios de advocacia; futuro dos serviços jurídicos.

Introduction

Will law firms as we have known them still exist when our grandchildren are adults? This article is intended to initiate a discussion about the future for lawyers and law firms in the light of the extraordinary changes that Artificial Intelligence ("AI") is already bringing to the universe of legal services. The article is also intended as a precursor of a fuller treatment of all the topics raised; its focus is to identify the principal questions and issues that confront the profession as a result of the rise of AI.

The legal spend of corporations in the United States on traditional law firms remains flat, year after year, while the spend on in-house legal departments and on other legal service providers is exploding. More and more, both in-house counsel and these new legal service providers (and, to a limited extent, law firms) are using AI in ways that are transforming both what it means to provide legal advice and the ability of clients to manage – and control – the outside law firms to which they have traditionally turned for advice and representation. In Part I, this article will briefly describe what AI is, and the different ways it can be (and is being) applied to solve problems and provide solutions that benefit clients. Part II will review the different kinds of AI platforms that are already in use, or in late stage development, to provide substantive legal assistance to clients in ways that hitherto were the domain of large numbers of (principally younger) lawyers. Part III will consider how AI is likely to affect both the future role of lawyers and the implications of AI for the likely structure and composition of law firms. This part also examines how these changes will in turn affect law firms' hiring needs, the hiring models they will use, and the ways in which legal education, both pre- and post-admission, will have to change if law is to survive as a profession. Part IV will discuss the ethical, legal, regulatory and risk management issues that face law firms today when they introduce or provide AI platforms or solutions to their clients. Finally, Part V will consider whether other service providers, both professional and otherwise (including but not limited to developers of AI solutions), have economic and market place advantages that will enable them to replace lawyers and law firms.

Part 1. What is Artificial Intelligence Anyway?

What Does It Do?

: It does (some of) the things we ask – *e.g.* Alexa
: It does facial recognition – you've read about the security uses *and* the privacy concerns
: It translates – *e.g.* Google Translate
: It does medical diagnoses (very accurately)
: It wins games – *e.g.* Go

How Does It Work?

AI is all about inference of various kinds: logical, statistical and a combination of both. And in case you were wondering, statistical inference is based on very high level math ("automatically computing (and adjusting) the step size for gradient-based neural net training algorithms [by] estimating and tracking the largest eigenvalue of the Hessian matrix of a neural net's error surface", *Yann LeCun, 1993*).

But it isn't necessary to understand the underlying math to be able to code, or teach software to learn skills. "If a typical person can do a mental task with less than one second of thought, we can probably automate it using AI either now or in the near future." *Andrew Ng, 2016*

Why Now?

Between 2000 and 2017 three critical things happened simultaneously in the technology universe: computer processing power increased from 10^3 to 10^7; the cost of data storage reduced from $12.4 per GB to $0.004 per GB; and there was unquantifiable and astronomically huge data growth. In other words, we are now in an age when it's easy to harness computer power to engage in learning, it's cheap, and there are massive amounts of data from which to learn.

Part 2. What Can AI Do in Law – and What Is It Doing NOW

In general, there are six ways that AI is being used in the legal arena:

: Document Discovery
: Expertise Automation
: Legal Research
: Document Management
: Contract and Litigation Document Analytics – and Contract and Litigation Document Generation
: Predictive Analytics

What Do They Do – And How Do They Affect the Delivery of Legal Services?

Document Discovery. This was the first use for AI in law and is quite well established. In essence, it is software that enables vast numbers of documents to be surveyed and those relevant to the search criteria identified at a fraction of the cost and in a fraction of the time, and generally much more accurately than when the same survey is performed by teams of lawyers or paralegals looking at computer screens.

Expertise Automation. This is, in essence, the commoditizing of legal knowledge that enables clients (as well as lawyers) to find answers to questions using the software developed for particular areas of legal information that once would have required interaction with a lawyer. Examples are software developed to enable individuals to draft a will, or companies to give access to their employees to answer common questions in a specific area such as employment law. For instance, a factory manager in a jurisdiction can ask the software what rights to family leave a pregnant employee has without the need to speak to a lawyer either within the company's legal department or its outside counsel. In addition, this is the realm of software increasingly developed to increase access to justice for individuals who do not have the resources to access a lawyer. These tools include will drafting, and even assist individuals in litigation contexts such as housing court or fighting traffic tickets.

Legal Research. Publishing companies have huge databases of knowledge of laws and regulations in multiple jurisdictions. They have developed software packages that enable clients (or lawyers) to do fast accurate (and therefore cheap) research that would have taken individual lawyers much longer (and more expensively, and probably less accurately) than was possible in earlier times. Some of them even have services that will do the work of answering questions using the software and providing the solutions directly to clients' legal departments without the intercession of an outside lawyer.

Document Management. Corporations often have thousands or tens of thousands of similar documents, such as contracts, that need to be managed for consistency and enforcement. An example was publicized by JP Morgan in 2017. The Bloomberg.com headline read: "JP Morgan Software Does in Seconds What Took Lawyers 360,000 Hours."

Contract and Litigation Document Analytics – and Contract and Litigation Document Generation. There are now numerous providers of AI tools to help lawyers draft consistent, appropriate and up-to-date documents, both in the transactional and litigation spheres, by reference to huge databases of precedents. In addition, there is a growing group of AI providers that offer what are essentially do-it-yourself tool kits to law firms and corporations to create their own analytics programs customized to their specific needs.

Predictive Analytics. There are two main groups of AI tools that fit within this category. The first are the tools that will analyze all the decisions in a particular sphere, input the specific issues in a case, and provide a prediction of likely outcomes, including factors like the individual judge hearing the case. This is the group that the French have recently criminalized (a decision that seems about as likely to succeed in the long run as the early English king Canute, who stood at the sea shore and ordered the tide to turn). The other kind of analytics, of which there are now at least four available in the marketplace, will review a given piece of legal research, or legal submission to a court, and identify the key relevant precedents and authorities that are missing from the research or submission. In the United States one of these tools is available for free to judges, which raises the question whether it is now legal malpractice for lawyers not to use such a tool before filing legal papers with the court. Another use which is being made of this kind of software is by investment firms looking to analyze value and risk in businesses involved in litigation.

Part 3. What Does the Advent of These AI Solutions Mean for the Economics and Structure of the Legal Profession and the Training of the Next Generations of Lawyers?

The two fundamental questions presented by the arrival of these new tools are (i) who will provide the solutions to clients' problems and, as a subset of that question, what will be the role of lawyers in providing those solutions; and (ii) how will the answers to those questions affect the composition, structure and economics of law firms.

Who Will Provide Clients with Legal Solutions?

Thomson Reuters and the consultant Adam Smith, Esq. predicted in 2018 that in the United States the expenditures of corporations on legal solutions from both outside law firms and their internal legal departments will decline between 2017 and 2027, while the expenditure on alternative legal service providers (*i.e.* principally the providers of AI based solutions) will increase at least sevenfold (from an estimated $12 billion in 2017 to $85 billion in 2027). Another market research report issued in 2019 by Zion Market Research suggests that the global legal AI market will grow at 35.9% per year/CAGR in terms of revenue between 2019 and 2026.

What does this mean for the role of individual lawyers in this new environment? Perhaps the best example of the most fundamental change is the report referred to earlier under the Document Management heading that JP Morgan in 2017 developed and used software to do in "Seconds What Took Lawyers 360,000 Hours." In other words, the drudge work traditionally done by starting out lawyers is already vanishing and will ultimately disappear almost entirely. And that holds true in *all* the realms in which AI is providing solutions, as described above, not just document management. However, contrary to the purveyors of gloom and

doom about the future existence of the legal profession, lawyers will still have vital roles to perform – but they will be different and more refined than in the past.

Lawyers of the future will provide four basic kinds of service that AI cannot provide (and will not be able to provide unless and until "General Artificial Intelligence" becomes available at some point in the future). Those functions are: judgment; empathy; creativity and adaptability. In other words, lawyers will provide the last mile of solution delivery – the application of those human functions to the output of the AI tools. To take a simple example: suppose a predictive analytics tool tells the user that in a particular case, before an identified judge in a particular jurisdiction, the likelihood of a successful outcome is 60%. But that prediction does not actually tell the lawyer or client what the client should actually do – proceed or not. It will take a lawyer, using judgment to advise the client, using the lawyer's understanding of the client's needs (empathy), what path to choose.

How Will This Change in Roles Affect the Composition, Structure and Economics of Law Firms?

This bundle of questions especially deserves extensive treatment. Here we can only give a brief summary of the likely implications of the impact of the changes being brought on (forced?) by the advent of AI solutions into legal services. The changes will be mostly focused in these areas: training and qualification of future generations of lawyers (and where that training will happen); the composition and structure of law firms; and the economics of law firms.

Lawyers of the future will not need to be able to "code;" but they will need an intimate and continuing understanding of how to identify and use AI solutions to meet their clients' needs. In particular, given that there is currently no rating system for the adequacy or effectiveness of individual AI solutions (see the following section on the ethical implications of AI derived legal service solutions), future lawyers will need to know how to be able to assess the relative strengths and weaknesses of particular solutions. Notably, the London based global firm Linklaters recently announced the creation of a special "track" for lawyers skilled in precisely this way. And O'Melveny & Myers recently announced that in order to be considered for a summer associate position (the usual initial track for prospective associates at the firm) applicants would have to participate in an AI based online computer game designed, in essence, to test their team building (*i.e.* empathy) skills.

How – and Where – Will the Next Generations of Lawyers Be Trained?

Where and when will lawyers receive the training they will need to survive and prosper in this new world? A small number of law schools are developing and offering a variety of technology training programs. But at least for now these programs reach only a tiny minority of law students. And then there is a second component to the problem faced both by individual lawyers and their firms. The ability to provide the critical "last mile" component of legal

services – judgment. Future lawyers will need to develop those skills over time, imposing a rigorous training requirement on law firms that will continue over an extended period of time.

It inevitably follows that law firms will need to change their composition and structure in two critical ways. First, they will not need to recruit armies of young lawyers to perform services that are no longer needed, with the expectation that only a few will survive the first drudge filled years – in other words, the "old" model of hiring and then letting go large numbers of young lawyers cannot survive. Instead, because of the burdens of continuous training, firms will need to make much better hiring decisions, designed to identify the next generation of providers of the "last mile" services, with the particular goal that instead of these lawyers being a fungible and replaceable commodity, they will actually join the firm and stay with the firm over the long haul, in time becoming the judgment providers. And second they will need to develop a serious, long term program to train the next generation to become, over time, the judgment providers. In short, the future law firm – of whatever size and geographic reach – will need to be flat not a pyramid. While we make no predictions about which of the current generation of firms will be able to adapt in this way (and make the economic changes discussed below that are a necessary corollary of these structural changes), it seems likely that the firms of the future will be much more focused on specific practice expertise where they become the obvious providers of the "last mile" services in their chosen fields. It is hard to see how the "general service law firm" model of the past can survive the changes we envisage.

Perhaps most significant of all are the necessary economic and financial changes that will be required for law firms to prosper as the "last mile" providers. First, the billable hour, built on the back of the leverage system that made law firms so profitable in the past, will necessarily be replaced as the primary billing model. There is no way to make a profit out of charging for time spent when what the clients want and need are judgement, empathy, creativity and adaptability. And this inevitable change in the billing model is amplified by the structural changes described above – there will not be an army of associates whose time can be billed, rather there will be a cadre of next generation lawyers who are at least in part an expense component (in terms of the training requirements) rather than primary revenue and profit generators as in the past. In other words, the billing and overall profitability model for the successful law firm of the future will have to be defined in terms of the value clients place on the "last mile" services, having little or nothing to do with the time it takes for the lawyers involved to provide those services. To some extent these changes are already under way. Clients are already pushing back with ever greater force at paying for the time charges of young lawyers, and alternative fee arrangements are increasingly the norm.

There is a second component to the economic changes that will have to come into the law firm universe. While law firms persist, for whatever set of reasons, in being modeled on a partnership rather than a corporate structure, most if not all the profits necessarily get sucked out at the end of every financial year to pay the partners. In turn, this leaves very little

reserved capital with which to invest in technology creation or in the other necessary structural changes described above. This problem is particularly acute in the United States, where the current byzantine regulatory structure is explicitly designed to prevent law firms from becoming partners with or accept investment from non-lawyers. On the other hand, the model of alternative business structures in place in England and Wales, and the similar changes previously adopted in Australia and now being developed in Canada, show the way for the future of the economic prosperity of law firms as part of a wider array of "legal service providers."

Part 4. The Legal, Ethical, Regulatory and Risk Management Issues in the Provision of Legal Services Using AI

Here again, in this article we can only highlight the principal issues that are associated with the use of AI solutions in the provision of legal services.

The Duty of Competence

The principal ethical obligation on lawyers when they are developing or assisting clients in identifying and using any AI solution is the duty of competence. The American Bar Association (ABA) recently explicitly included the obligation of "technological competence" as falling within the general duty of competence which exists within Rule 1.1 of its Model Rules of Professional Conduct ("Model Rules"), and many states have already followed suit within their own rules. (Also see the Australian Solicitors Conduct Rules 2012, Rule 4.1.3A.) The meaning and implications of "technological competence" goes beyond AI solutions (DAVIS and PUISZIS, 2019a and 2019b), but does have several specific implications for AI tools. One issue that is just beginning to be addressed in the literature, and to which even regulators are becoming aware, is the problem of built in bias and lack of transparency in the algorithms that underlie AI. Do particular solutions and products favor one group or disfavor others? Perhaps even more problematic is the fact that there is no independent analysis of the efficacy of any given AI solution, so that neither lawyers nor clients can easily determine which of several products or services actually achieve the results they promise, nor which is preferable for a given set of problems. Again, in the long run, it will be one of the tasks of the future lawyer to assist clients in making those determinations and selecting the most appropriate solution for a given problem. At a minimum, lawyers will need to be able to identify and access the expertise to make those judgments if they do not have it themselves.

Legal Liability When an AI Solution Fails

In parallel to the ethical duty of competence are issues of legal liability in connection with the use of AI tools. Two particular liability issues are foremost. First, to what extent are or will lawyers be liable for whether, when and how they use – or fail to use – AI solutions to

address client needs. One example explained above is whether a lawyer or law firm will be liable for malpractice if the judge in a matter accesses software that identifies governing or guiding principles or precedents that the lawyer failed to find or use. It does not seem to be a stretch to believe that liability should attach if the consequence of the lawyer's failure to use that kind of tool is a bad outcome for the client, and the client suffers injury as a result. Much more complex and difficult to resolve will be questions of the apportionment of liability as between the creator of a defective software solution and the law firm that uses it for the client's supposed benefit. Obviously, this will in part be decided by contract, but in the likely situation where the AI provider has a limitation of liability in its contract, what will happen to the lawyer's liability given that in some jurisdictions (including many states within the United Sates) the lawyer is not permitted to get an advance limitation of liability from the client? And even in determining relative liability as between the provider of the defective solution and the lawyer, what steps did the lawyer take to determine that the solution was the appropriate one for use in the particular client's matter?

The Duty of Confidentiality

A distinct and also vital ethical duty that lawyers will have to manage is to insure that the use of AI solutions does not pose a risk to the general duty to preserve client confidence and to maintain and preserve the attorney-client privilege.

The Duty to Supervise

The ABA Model Rules and the rules in place in every American state establish an express and explicit duty to supervise subordinates, including third party providers, in connection with the delivery of legal services by the lawyer or law firm. (Also see the Australian Solicitors Conduct Rules 2012, Rule 37 *Supervision of Legal Services*.) Going back to the duty of competence, this supervisory duty assumes that lawyers are competent to select and oversee the proper use of AI solutions. Here again, this is not just a matter of the duty to supervise what goes on, and what tools are used within the law firm, but what third party provided tools are used, and how. Here also, the liability issues arise – did the law firm appropriately select the vendor, and did the lawyers manage the use of the solution.

The Duty to Communicate

In addition to the other duties already identified, lawyers have an explicit duty to communicate to their clients material matters in connection with the lawyers' services. This duty is set out in ABA Model Rule 1.4. (Also see the Australian Solicitors Conduct Rules 2012, Rule 7 *Communication of Advice*, and Rule 8 *Client Instructions*.) Thus, not only must lawyers be competent in the use of AI, but they will need to understand its use sufficiently to explain the question of the selection, use and supervision of AI tools.

Regulatory Issues

This article is not the place to discuss the role of the regulators of the legal profession in overseeing legal services being provided by non-lawyer alternative service providers. As we have seen, this is a rapidly expanding area of activity, to be contrasted with the likely contraction of traditional lawyer and law firm provided solutions. Some jurisdictions, such as England and Wales, as well as Australia, have already recognized, and others such as the Canadian provinces are in the process of adopting and implementing entity based regulation. This approach at least in part enables the regulators to oversee all the providers of legal services, and not simply traditional law firms. In the long run, this is going to be critically important in establishing appropriate standards to be complied with by all providers of AI based legal services. As mentioned above, addressing the issues of bias and transparency in AI tools, as well as advertising standards, will grow in importance as the use of AI itself grows. And clients in jurisdictions whose regulators are limited to overseeing only the services actually provided by lawyers are likely to suffer from the provision of AI solutions that are outside the scope and authority of the regulators to supervise. The significance and implications of this regulatory deficit or imbalance will become ever more pronounced as alternative legal service providers play an ever increasing role in providing clients with legal services without any direct involvement of lawyers.

Part 5. Who Will Be the Providers of AI Based Legal Services?

As discussed above, the traditional economic model of partnership in law firms is essentially antithetical to the use of capital for the development of innovative technological solutions, with the exception of the very largest firms with the deepest pockets. Even there, it must be remembered that lawyers and law firms are not intrinsically risk takers. Of course, there are a number of law firms that have developed or are in the process of developing AI based solutions for particular applications to benefit their clients, where they have identified existing needs (so that the risk element is reduced). But the resources law firms have in the past can now or can be expected in the future to allocate to this process are minuscule in comparison with the billions – literally – of dollars being invested by non-law firm entrepreneurs and venture capitalists.

Three groups can be seen as predominating in the development of AI legal solutions. One, identified earlier, is the legal publishers – such as Thomson Reuters and Wolters Kluwer. A second group, always perceived as a direct threat by lawyers, is the major accounting firms. Both of these groups have two advantages over even the largest and most prestigious law firms: they are structured on a corporate and not a partnership model, so that they can accumulate and invest capital; and they have an expressed interest in penetrating the global market for legal services. And the third group is venture capital supported entrepreneurs within the high tech world. This group has hitherto been the source of the largest number and variety of

AI solutions within all of the categories described in this article. Interestingly, there is already underway a consolidation among some of the early developers. Tens of merger and acquisition deals have already been announced in 2019 among the early players in this universe, evidently in order to obtain improved penetration into the market for these services based on greater capitalization. Notably, law firms have not been completely absent from this marketplace, in that there have been several joint ventures between traditional law firms and AI solution providers in recent months. Nevertheless, the relative inability and normal unwillingness to raise and apply risk capital leave law firms in last place as the originators of the solutions that are being or will be developed in the future. The future lies with those willing and able to place venture capital at risk. This is why the issue outlined in Part IV regarding the need for effective regulation of non-lawyer provided legal services is of critical importance to go forward.

ACKNOWLEDGEMENTS

I am deeply and greatly indebted to Michael Mills, the co-founder of Neota Logic and one of the leaders in the development of AI tools and solutions in the legal services arena, for large sections of the content, and many ideas that underlie and are expressed in this article. In addition, Bruce MacEwen of Adam Smith, Esq. has also been of great assistance in the material regarding the economics of both law firms and the alternative legal services industry.

REFERENCES

DAVIS, Anthony E.; PUISZIZ, Steven M. An Update on Lawyers' Duty of Technological Competence: Part I, *New York Law Journal*, March 1, 2019a.

DAVIS, Anthony E.; PUISZIS, Steven M. An Update on Lawyers' Duty of Technological Competence: Part II, *New York Law Journal*, May 3, 2019b.

How to quote this article:

DAVIS, Anthony E. The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, Jan./Apr. 2020, e1945. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201945.

Anthony E. Davis

A lawyer's lawyer. Lawyer of Counsel, Clide & CO US LLP, based in New York. He advises lawyers and law firms in the United States and internationally in the areas of professional responsibility, risk management and every aspect of the law governing lawyers. Co-author of *Risk Management: Survival Tools for Law Firms*, American Bar Association (co-published by the Law Practice Management Section and the Center for Professional Responsibility, 3rd edition, with Katie M. Lachter, 2015), and author of numerous scholarly articles. Lecturer-in-Law at Columbia University School of Law, teaching "Professional Responsibility Issues in Business Practice". He is a past President of the Association of Professional Responsibility Lawyers (APRL), a Fellow of the College of Law Practice Management, and a Member of the American Law Institute (ALI). He received his law degree from Cambridge University, and an LL.M. from New York University School of Law. He is admitted in New York, Colorado, and as an English Barrister and a Solicitor (both non-practicing).

Anthony.Davis@clydeco.us

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 20.09.2019
Aprovado: 23.09.2019

ARTIGO CONVIDADO

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201946

Designing Online Mediation: Does "Just Add Tech" Undermine Mediation's Ownmost Aim?

DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO ON-LINE: "APENAS ADICIONAR TECNOLOGIA" ENFRAQUECE O PRINCIPAL OBJETIVO DA MEDIAÇÃO?

David W. Johnson[1]

Abstract
The norms of dispute resolution began their development alongside human communication, literally thousands of years before the internet. Mediation emerged as a social system possessed of culture-specific norms and rules that express themselves to this day, in how this mediation operates as a profoundly human system of meaning. This article asks whether these thoroughly time-tested and -refined norms specific to mediation will port over, relatively intact, into virtual space. To be sure, the answer will be seen in how designers build and implement the virtual spaces and attendant automation technology. To do that optimally, however, designers first must identify, understand and respect the values, ethics and purpose embedded in these inter-generational norms.

Keywords
Mediated negotiation; systems; design; emergence; autopoiesis; ethics.

Resumo
As normas para a resolução de disputas se desenvolveram junto com a comunicação humana, literalmente milhares de anos antes da internet. A mediação surgiu como um sistema social que detém normas específicas de cada cultura e regras que as expressam. Até hoje, a mediação opera como um sistema de significados profundamente humano. Este artigo analisa se tais normas específicas para a mediação, testadas e refinadas com o tempo, serão transferidas, relativamente intactas, para o ambiente virtual. Para isso, será analisado como os designers constroem e implementam os ambientes virtuais e sua decorrente automatização tecnológica. Contudo, para realizar isso da melhor maneira os designers devem, em primeiro lugar, identificar, entender e respeitar os valores, a ética e o propósito implícitos nessas normas intergeracionais.

Palavras-chave
Mediação negociada; sistemas; design; emersão; autopoiese; ética.

1 Stanford Law School, Stanford, California, United States
https://orcid.org/0000-0002-3249-3765

CC BY-NC

Introduction

Online dispute resolution (ODR) is coming headlong.[1] Many are familiar with shopping website eBay's highly-automated dispute resolution system, handling upwards of 60 million disputes per year (BARTON and BIBES, 2016, p. 109; e-Bay, n.d.). It resolved a very large percentage of disputes submitted by sellers and buyers without human intervention.[2] Per eBay, users generally deemed the resolutions satisfactory for their purposes.[3]

Myriad companies have since entered the market to apply technology to dispute resolution.[4] For mediation specifically, some of the technologies brought to bear include: (a) simple document uploads, text messaging and generalized explanatory text, required before involving a mediator; (b) software that sorts disputes into pre-determined categories, which are then managed with automated prompts and responses, messaging, chatbots or the like;[5] (c) matching disputants with professional mediators, who then assist in the disputants' negotiation online; (d) real-time video conferencing with document presentation and argument, coupled with real-time text and video sidebars with the mediator, all intended to reproduce in virtual space the experience of a face-to-face, physical-space mediation.

Notice my use (so far) of just the word *mediation*. My preferred term is actually *mediated negotiation*. Though wordier it is more precise thereby, and underscores the sometimes neglected truth that the disputants are to be the primary stakeholders, are supposed to maintain and exercise control over their process.[6] Yet, the one-word label is far more common. For that reason, and with some deliberate exceptions, I will use *mediation* below. Also, please note my omission of the idea of a *neutral* mediator, which is quite intentional.[7]

• • •

1 "ODR's acceleration has hardly slowed… . There are now more than a hundred ODR providers around the world. More than a billion disputes have been resolved through ODR tools." Online dispute resolution provider Modria, Inc. https://www.tylertech.com/resources#q=modria.

2 A small percentage, in the low single digits, did get escalated to eBay personnel. Though not trained mediators, they assisted disputants trying to reach acceptable resolutions.

3 Given the importance of eBay users' ratings of one another, query whether users were more satisfied with the economic result or the maintenance of their rating for future transactions on the site.

4 See *e.g.* http://techindex.law.stanford.edu/.

5 "Most text-based ODR systems collect information, categorize claims, organize evidence and manage substantive conversation in what might be described as a 'little boxes' format." Robert J. Condlin, "Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab", 18 *Cardozo J. of Conflict Resolution* 717, 734 (2017). Professor (Emeritus) of University of Maryland School of Law.

6 Consider this definition: "Mediation is a voluntary, confidential, facilitated negotiation…" "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harvard Negotiation L. R.* 123, 168 (Winter 2009), Stephanie Smith and Jan Martinez.

7 This is to avoid to perpetrate the misnomer that mediators are even some of the time truly and consistently neutral in their work. This is less a criticism of mediation, and more a recognition of human nature.

1. Mediation as a social process

We begin by looking at what mediation can do and what it cannot do, and perhaps more accurately does not seek to do. *Caveat*: we must be aware that at the micro-level, in any given mediation, the way the process is implemented and the attendant result will depend greatly on the parties, their representatives and the mediator.

Most readers will be familiar with at least one of the variants in the literature for a "dispute resolution spectrum." Figure 1 is a useful example.[8] Traveling left to right on a continuum from face-to-face negotiation to a formal trial, mediation is the first instance invoking a third party, notably one with no power to impose a binding decision on the parties. Moving from mediation towards trial we also see: (i) an increasing loss of the disputants' control of the process; (ii) an increasing focus on the disputants' rights as opposed to their interests, and (iii) an increasing length of time to reach resolution, and thus increased cost.

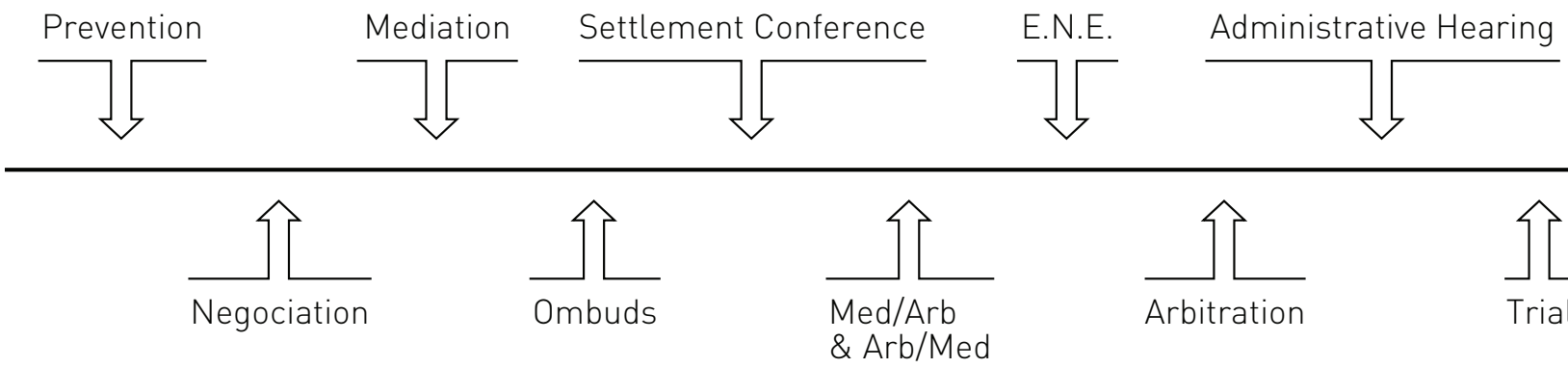


FIGURE 1 — "Dispute Resolution Spectrum." Adapted from Smith, S. and Martinez, J. "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harvard Negotiation Law Review* 123, 127 (Winter 2009). ENE stands for "Early Neutral Evaluation," a process used in some US courts, mostly federal, whereby the judge appoints a third party to receive submissions from the parties and generate a confidential and non-binding opinion to the parties stating an opinion on the merits and weaknesses of their arguments and the likely outcome of their dispute.

As a design feature, mediation eschews the pursuit of a final and binding declaration of legal, regulatory, economic or other rights. Of course any specific mediated agreement might include a formal distribution of rights by the parties themselves. For example, a patent dispute

• • •

More importantly, for our view of mediation as a social process, any specific mediator's biases do not meaningfully impact our analysis.

8 Figure 1 is a representative "Dispute Resolution Spectrum;" this one is adapted from Smith, S. and Martinez, J. *ibid.*, 127 (Winter 2009).

could resolve with asymmetrical revenue-generating cross-licenses of specific rights to practice, commercialize and even sub-license certain IP rights, and not others. This result comes not through a third-party mediator making a binding decision about those IP *rights*, but as a result of the parties' negotiated agreement on their *interests* relative to the IP and the dispute. The mediator does not declare the rights of the parties, because mediation is not designed to do so. Which is fine.

Mediation also does not, as a design feature, generate a finding of moral, economic, legal or other culpability of any party. In recent years, statements of apology, contrition or even fault have become a more regular component of mediated agreements. And there is ample support for the view that an apology has asset value in the resolution of certain conflicts.[9] One can argue that this asset is not only good for the specific parties but also serves as a net social good. One could counter that it is little more than a conceptual balm for the wounded party, applied at the behest of a mediator pushing a particularly difficult case to fruition. Irrespective, apologies are likewise not a finding by a third party of any legal liability or moral responsibility; they are yet another expression of the parties' interests, not their rights.

This is also fine, because from a designer's point of view such 'omissions' are *positive* attributes of mediation as a system. In fact, most products or services are quite intentionally designed to *not* fulfill certain tasks or deliverables. To criticize mediation as a social process for not doing what an arbitrator, jury or judge is better equipped to do is to misapprehend design, perhaps more so than mediation.

Interim Conclusion #1: Some design features are omissions; two such features evident in mediation are: (i) not attempting to assign legal or moral responsibility to any party; and (ii) not attempting to issue any formal judgment on the dispute.

2. **Mediated Negotiation** – An Emergent Property of a Social System

> "No single individual possesses the requisite knowledge of building a space shuttle. Yet the space shuttles get built. How? Where is the complete and requisite knowledge 'stored' and how? In order to deal with the problem of increasingly atomized and widely distributed knowledge, humans have evolved, quite spontaneously, complex coordinative hierarchies of management and command. It is these hierarchies which in their totality represent

9 See Roger Fisher and Daniel Shapiro, *Beyond Reason* (Penguin 2006); Shell, R. G., *Bargaining for Advantage*, 3rd ed. (Penguin, 2019) 163; Deborah L. Levi, "The Role of Apology in Mediation", 72 *New York University Law Review*, 1165, 1167-1168.

> the requisite 'social memory,' the way of 'coding and storing' human knowledge about the wholes." (ZELENY, 1988, p. 118-119)

Nor does any one person possess the "social memory, the way of 'coding and storing'" the rules and norms of mediated negotiation. Much of our social memory, context-dependent and inchoate though it may be, is composed of language; more to the point, a social system of language. The linguists generally accept the model that human communication comprises distinct systems, such as written, oral and visual representations of meaning, each with well-developed norms and standards (CHOMSKY, 1975).[10] Though innumerable sub-systems surely reside therein, we are here concerned with just one such sub-system – mediated negotiation. And we seek not only to analyze it as such, but also explore our capacity to re-design it prudently:

> "With the integration of design thinking into engineering education, a missing link has been created between the science-focused, context-independent part of engineering and the human society focused, context-dependent aspect. The latter area has long been neglected, partly due to the uncertainty that comes with the unpredictability of human behavior." (LEIFER and MEINEL, 2016, p. 1)

Most books on negotiation will contain at least one story, perhaps apocryphal, of mediated negotiation from deep in our history. Here are two such references: "[M]ediation has probably existed for nearly as long as humans have lived together… . Thousands of years ago, Chinese villagers were accustomed to resolving disputes with the assistance of respected leaders, and commercial disputes were mediated in England before the Norman invasion" (GOLANN and FOLBERG, 2006). "There are detailed records of dispute resolution processes in Sumeria (1770 BC), Rome (1 AD), and medieval England (1440 AD)" (RULE, 2019). Indeed, one text presents a rather specific arc tracing mediation "all the way back" to a United States statute in 1898, noting greater use of mediation after World War II and even greater use thereafter, by state and federal courts as of the 1970s.[11]

With a history measured in centuries and "no single individual" designer *ab initio*, perhaps we can think of mediated negotiation as an 'emergent property' of human communication:

> "Life is an emergent phenomenon… emerging from chemistry by way of DNA. The Feigenbaum number is an emergent phenomenon, emerging from chaos by a route we

10 See also Lera Boroditsky, "Linguistic Relativity," in *Encyclopedia of Cognitive Science*, Nadel, ed. (Macmillan, 2003); David Bohm, *Thought as a System* (transcript of seminar, Routledge, 1990).

11 See Golann and Folberg, *Mediation: The Roles of Advocate and Neutral* (Aspen Publishers, 2006) p. 110-112.

> have yet to describe. Emergence is the source of new simplicities, but since we understand the process of emergence rather poorly, that's not a terribly helpful observation. What it [emergence] does is help make respectable the idea that a ***collection of interacting components can 'spontaneously' develop collective properties that seem not to be implicit in any way in the individual pieces***." (COHEN and STEWART, 1994, p. 232, emphasis added)

Suppose "interacting components" in a system (disputants) developed, albeit at different rates in different cultures, a collective property (mediated negotiation) that is not implicit (coded for) "in any way in the individual pieces" (the disputants, their language or their communication). The development of norms for mediation – first to involve a third party in a dispute, then those that followed, by whatever pathway those norms "emerged from the chaos" – could be seen as a "spontaneously developed property" within the system that is negotiation as communication.

Interim Conclusion #2: Mediated negotiation can be seen as an emergent property of negotiation, itself emanating from the long and deep history of human communication, replete with established norms and standards embedded in the system.

3. Autopoiesis

The term *autopoiesis* derives from the Greek root *-poiesis*, meaning "making or forming" (THE RANDOM HOUSE DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE, p. 1439). The Chilean biologist and philosopher Humberto Maturana is generally credited with creating both the concept and the label, unwieldy though it may first feel:

> "[A]utopoietic organization is defined as a unit through a network of constituents which (1) have a recursive effect on the network of the production of constituents which also produces these constituents, and (2) which realize the network of production as a unit in the same space in which the constituents are located." (Humberto Maturana quoted by TEUBNER, 1993, p. 22)

Allowing a slight recast of these concepts for our look at mediated negotiation: (i) a network may "spontaneously develop" a discrete unit composed of constituent parts nested within said network, which (ii) self-organize to generate feedback effects that (iii) operate within the state space of the network. Further distilled: when a sub-system (unit) in a network self-organizes sufficiently to generate non-trivial feedback (recursive) output into the network, that unit may be seen to be generating autopoietic ("self-making") organization.

Economist Milan Zeleny leans away from the biological origins of Maturana's model for autopoiesis in systems:

> "The idea of self-reference and autopoiesis presupposes that systems seek the fixed points of their mode of operation in themselves and not in the environmental conditions to which they adapt themselves as best they can (as is assumed in open systems). To put it more precisely, they look for these points in ***a self-description which functions as a program of internal regulation***, organizing the system in such a way that it corresponds to this self-description." (ZELENY, 1981, p. 91-92)

Distilling Zeleny somewhat: systems that demonstrate autopoiesis possess a 'description of self' that produces an internal regulatory effect, said self-description becoming its touchstone.

Philosopher Gunther Teubner detaches forthrightly from Maturana's life sciences model in his seminal work, aptly titled *Law as an Autopoietic System*:

> "***...Society is not a bio-system, but a system of meaning***. This opens the second way of applying autopoiesis to social science: by describing ***social systems as themselves emergent autopoietic systems***. The real issue does not concern analogies, however, whether social systems are organisms or even whether they have a kind of life principle. Analogies are replaced by a controllable context of generalization and respecification." (TEUBNER, 1993, p. 29, emphasis added)

We have arrived now at the possibility of seeing mediation as a social system not just as an emergent property, but perhaps as itself an "emergent autopoietic system."

Interim Conclusion #3: Mediation might exhibit autopoiesis, having generated a self-description that "functions as a program of internal regulation, organizing the system in such a way that it corresponds to this self-description" (ZELENY, 1981).

4. Mediation's "Ownmost Aim"

This term is a neologism from Martin Heidegger's seminal work, *Being and Time* (HEIDEGGER, 1926). Please bear with this quick digression into his philosophical terminology, as working through it will extract a useful concept for our path forward:

> "Basically, all ontology, no matter how rich and firmly compacted a system of categories it has at its disposal, remains blind and perverted from its ***ownmost aim***, if it has not first adequately clarified the meaning of Being, and conceived this clarification as its fundamental task." (HEIDEGGER, 1926, p. 31)[12]

12 Ontology is the "study or philosophy of being." A useful comparison is epistemology, the "study of knowledge." *Dictionary of Philosophy*, Peter Angeles, p. 198, 78.

Heidegger's ontology – the study of Being – comprises a system. One could argue that he intends his construct to apply solely to his unique ontology. My view is that Heidegger expressly invites a broader application. Consider the argument thusly: a system of communication (say, Ψ) "remains blind… [to] its ownmost aim" if it has not "first adequately clarified the meaning of Ψ… as its fundamental task" (HEIDEGGER, 1926). Now let Ψ represent mediation, about which we might see, with Heidegger's headlamp, that "basically, all [mediation], no matter how rich and firmly compacted a system of categories it has at its disposal, remains blind and perverted from *its ownmost aim*, if it has not first adequately clarified the ***meaning*** of mediation, and conceived this clarification as its fundamental task" (HEIDEGGER, 1926, emphasis added).

Data are not enough. Even the largest set of mediators' reports about deals that were otherwise impossible, or disputants' convictions that the mediator was the sole reason any deal got done, will not get us there. We can accept each and every such account as absolutely true and still have failed, at the macro level, to have even come close to "adequately clarify[ing] the meaning of mediation."

Interim Conclusion #4: Designers would do well to understand the essential meaning of mediation as a social system before attempting a re-design in virtual space. This need not be difficult, for the greater the existing consensus on that meaning, inchoate though it may at first appear, the easier it will be to design appropriate norms and standards such that the meaning of mediation can port relatively intact onto a virtual, even highly automated, platform.

5. Design, Part One – Meaning

> "What is design? Generally speaking, it is the process of envisioning and planning the creation of objects, interactive systems, buildings, vehicles, etc. It is user-centered, *i.e.* users are at the heart of the design-thinking approach. It is about creating solutions for people, physical items, ***or more abstract systems to address a need or a problem***." (SCIAMMA, n.d., emphasis added)[13]

Responses to this question are often quite personal to the designer, and appropriately so. Consider this point of view, at once holistic and pointedly functional, from Apple co-founder Steve Jobs:

13 Dominique Sciamma is Dean and Director of the Strate School of Design, Paris/Singapore.

> "Most people make the mistake of thinking design is what it looks like… . People think it's this veneer – that the designers are handed this box and told, 'Make it look good!' That's not what we think design is. It's not just what it looks like and feels like. ***Design is how it works***." (Steve Jobs as quoted by WALKER, 2003)[14]

Suppose the "it" of which Steve speaks is mediation. Its design, then, is to be found in how it *works*. To extend the idea – the *quality* of its design is seen in how *well* mediation works. Fold in Teubner: "Society is… a system of meaning." From here we can treat mediation as a system of meaning, amenable to design:

> "Design thinking began as a way to improve the process of designing tangible products. But that's not where it will end. [D]esign thinking principles have the potential to be even more powerful when applied to managing the intangible challenges involved in getting people to engage with and adopt innovative new ideas and experiences." (BROWN and MARTIN, 2015, p. 64)

Doug Dietz is an engineer, a designer of machines; MRI machines, in fact, for General Electric. In a TED talk that has become a staple in the classroom for teachers of design thinking, he tells us: "when you design for meaning, good things will happen" (DIETZ, 2012, emphasis added).[15] Jan Martinez and the co-authors of *Dispute System Design* identify some of the elements that comprise meaning for a dispute resolution system:

> "A designer should identify disputants' respective interests, which encompass fundamental human needs like security, economic wellbeing, belonging, recognition, and autonomy. Those interests, in turn, reflect economic, relational, political, and social values. The designer should assess alternative strategies to satisfy those interests, and generate options to achieve them." (AMSLER, MARTINEZ and SMITH, 2019, Chapter 2, p. 18)

The authors direct us straight to "fundamental human needs." Moreover, they ask the designer to capture "the system's goals and values at the ***very outset of the design process***" (AMSLER, MARTINEZ and SMITH, 2019, p. 4, emphasis added). And for designers of legal systems including, for our purposes, mediation: "[t]he fact is, attorneys are rarely faced with

14 Walker (2003) continues: "So you can say that the iPod is innovative, but it's harder to nail down whether the key is what's inside it, the external appearance or even the way these work together. *One approach is to peel your way through the thing, layer by layer*" (emphasis added).

15 Dr. Douglas Dietz is Chief Product Designer (MRI), General Electric.

the need to design a system from scratch. More often, they must improve existing, flawed systems, or adapt an existing system to a new context" (SMITH and MARTINEZ, 2009).

But the disputants themselves may not always be the primary stakeholders in certain dispute resolution systems. Consider the brutal case backlogs in many a court system.[16] As official branches of government, and exponents of their society's rule of law, courts have an awesome responsibility in the face of the unabated flood of incoming disputes. One online mediation provider working this problem for a family court system writes:

> "*Family Mediation Center Reduces Case Resolution Time by 50 Percent*. Explore how online dispute resolution accelerates caseloads for courts and provides cost-effective, convenient mediation to families." (TYLER TECHNOLOGY, n.d.)

The primary objectives of these system designers are here spelled out for us: (1) accelerate caseloads for courts, and (2) be cost-effective and convenient for families. Notably, the latter efficiencies redound to the benefit of the courts as well. To be sure, deploying technology to improve the function of a public court system is laudable. That said, there are certain obligations owed by the government to its citizens, including businesses, that increase the responsibility of designers of technology-assisted court systems:

> "[A] public dispute resolution system must produce outcomes that are fair and just, not just convenient, efficient and cheap. It must also enforce the expressive dimension of law, serve the therapeutic ends of disputing and accommodate the attitudes, feelings and beliefs of the participants… .Whether ODR systems can do all of this will depend in major part on whether the algorithms used to run the systems can be programmed to be reasonable, caring and fair." (CONDLIN, 2017)[17]

Condlin lands on three decidedly human characteristics: *reasonable, caring and fair* (CONDLIN, 2017). His implicit assumption, of course, is that a human mediator working offline, in physical space and real time, would consistently generate these outcomes. Surely most try; arguably, too few succeed.

Part of the design challenge for online mediation, one that needs to be addressed "at the very outset," is whether the "disputants'… fundamental human needs" (AMSLER, MARTINEZ

16 For readers somewhat unfamiliar with the American or Brazilian court systems, rest assured that significant procedural delays give ever increasing truth to the adage: "justice delayed is justice denied."

17 "Software is logical, not reasonable, and legal judgments often require both qualities in equal measure" (CONDLIN, 2017, p. 723).

and SMITH, 2019) are as fully cared for as they might otherwise be in the formal judicial process, or even in a face-to-face mediation. Without a scientific study, we simply cannot know. This example is not here to pass judgment on the design choices made in the face of daunting court system overloads. Rather, this instance is to amplify Steve Jobs' observation: "**design is how it works.**"

Interim Conclusion #5: The design of an online mediation system is seen forthrightly in "how it works." Its design is part and parcel of its function. The beneficiaries, values and ethics selected to live in the system will define its *re-designed* ownmost aim.

6. Design, Part Two – Ethics

John Etchemendy, Professor of Philosophy and co-director of The Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI), cautions that "ethical questions need to be built into systems from the beginning (John Etchemendy in interview with BÉCHARD, 2019).[18] Let us expand this directive, aiming at system designers:

: Designers must ask all the relevant ethical questions for any system of meaning, and do so at the outset of their design work;

: Designers must understand that their answers will not only guide their current design work but will also contain dormant raw material;

: New rules and norms will emerge from the operation of the system; and thus,

: The design must be sufficiently modular to permit necessary amendments, while being minimally disruptive to the system.

Fei-Fei Li, Professor of Computer Science and co-director of HAI, spoke candidly in an interview about one embedded design error already evident in artificial intelligence:

• • •

18 Writer Béchard adds: "The vision for HAI, which launched in March 2019… contains three areas of focus: developing technologies inspired by human intelligence; guiding and forecasting the human and societal impact of AI; designing AI applications that augment human capabilities. *As important as changing the AI itself will be shaping AI's creators by designing educational programs"* (emphasis added). On this point, Etchemendy is clear: "We want to educate professionals from all walks of life – executives, journalists, congresspeople, senators, lawyers: What is the reality of the tech as opposed to the hype? What should we be worrying about, and what do we not yet need to be worrying about?"

> "Li expressed her growing discomfort that the people creating AI – primarily white men – were not representative of the millions affected by it. 'Throughout human history,' Li says, 'every time something is invented or produced, if we're not careful, it favors a particular group. My favorite example is scissors. Humans have been using scissors for thousands of years, but they were designed for right-handed people.'" (Prof. Li quoted by BÉCHARD, 2019)

Dr. Li is being kind, and conservative. Soon, not millions but billions of us will be affected by AI, in ways we may be unable to see. Not to mention that the designers of those rules, to date primarily white men, are becoming an even tinier fraction of the global demographic affected.

AI systems being designed now – systems of meaning, soon to include online mediation systems – will inevitably contain sets of rules that require re-tuning or replacement. Minimizing initial design errors is a worthy objective for all designers of all systems of meaning, especially those taking a measure of responsibility for other people's rights and interests. Still, re-design will be a continuing obligation.

In response to the burgeoning inclusion of ever more sophisticated technology in ODR, The National Center for Technology and Dispute Resolution has published a strong first pass at "ethical principles" for technology-assisted dispute resolution systems. From the preamble:

> "With the rapidly growing adoption of ODR in a number of sectors it is timely to produce a living document of ethical principles integral to the design, structure, practices, and implementation of online dispute resolution systems." (WING, 2016)[19]

We will draw out two key points above: (1) the recognition that ethics are "integral to the design" of a system for online, much less AI-powered, mediation; and (2) the awareness that a living document of ethics principles is appropriate. This preamble hints at Dr. Li's focused identification of embedded error arising from a lack of diversity:

> "With the knowledge that there is a diversity of perspectives and practices… impacting the ways we use, foster and transform conflict, it is worthwhile to formulate and continue to revisit ethical principles… ." (WING, 2016)

Interim Conclusion #6: The designers of an online mediation system must locate the full breadth of ethical issues affecting current and future stakeholders. This requires real diversity

19 All 17 principles are listed here: http://odr.info/ethics-and-odr/. See also https://www.virtualmediationlab.co.

and inclusivity in the design, performed at the outset, and a resulting system that will fluidly accommodate necessary future amendments.

7. Interim Conclusions, Redux

1. Some design features are omissions; two such features evident in mediation are: (i) not attempting to assign legal or moral responsibility to any party and (ii) not attempting to issue any formal judgment on the dispute.

2. Mediated negotiation can be seen as an emergent property of negotiation, itself emanating from the long and deep history of human communication, replete with established norms and standards embedded in the system.

3. Mediation might exhibit autopoiesis, having generated a self-description that "functions as a program of internal regulation, organizing the system in such a way that it corresponds to this self-description" (ZELENY, 1981).

4. Designers would do well to understand the essential *meaning* of mediation as a social system before attempting a re-design in virtual space. This need not be difficult, for the greater the existing consensus on that meaning, inchoate though it may be, the easier it will be to design appropriate norms and standards such that the *meaning* of mediation can port relatively intact onto a virtual, even highly-automated, platform.

5. The design of an online mediation system is seen forthrightly in "how it works." Its design is part and parcel of its function. The beneficiaries, values and ethics selected to live in the system will define its *re-designed* ownmost aim.

6. The designers of an online mediation system must locate the full breadth of ethical issues affecting current and future stakeholders. This requires real diversity and inclusivity in the design, performed at the outset, and a resulting system that will fluidly accommodate necessary future amendments.

Conclusion

Mediation as a social system emerged with deep and culture-specific norms that express themselves now, in how mediation functions as a system of meaning. Before pouring sophisticated technology onto mediation – before we 'just add tech' – we would do well to understand mediation's *meaning* as a social system. A race to collect and proffer in virtual space just the

most apparent and easy-to-port functions of mediation risks creating myriad supra-jurisdictional and omni-cultural issues which, combined with inherent duties of agency and responsibility, raise powerful moral and ethical questions. To go further and layer on significant automation will amplify these moral and ethical questions. Thus it is that we, the designers, will ourselves answer the question – whether technology will undermine mediation's ownmost aim – by the manner in which our re-design delivers the care its ancient genome deserves.

REFERENCES

Amsler, Martinez and Smith. *Dispute Systems Design: Preventing, Managing and Resolving Conflict (*Stanford Press, 2019).

Angeles, P. *Dictionary of Philosophy*.

Barton, B. and Bibes, S. *Rebooting Justice: More Technology, Fewer Lawyers, and the Future of Law* (Encounter Books, 2016).

Béchard, D. E. "New Institute Prompts Focus on People-Friendly AI: Goals include getting the right diversity of voices to the table". *Stanford Magazine*, July 2019. https://stanfordmag.org/contents/new-institute-prompts-focus-on-people-friendly-ai?linkId=70431417.

Bohm, D. *Thought as a System* (transcript of seminar, Routledge, 1990).

Boroditsky, L. "Linguistic Relativity", in *Encyclopedia of Cognitive Science*, Nadel ed. (Macmillan, 2003).

Brown, T. and Martin, R. "Design for Action", *Harvard Business Review*, September 2015.

Chomsky, N. *The Logical Structure of Linguistic Theory* (Springer, 1975).

Cohen, J. and Stewart, I. *The Collapse of Chaos: Discovering Simplicity in a Complex World* (Viking, 1994).

Condlin, R. "Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab", 18 *Cardozo J. of Conflict Resolution* 717, 734 (2017).

Curtis, D. "Reconciliation and the Role of Empathy", excerpted in Golann and Folberg.

Dietz, D. 2012. http://newsroom.gehealthcare.com/from-terrifying-to-terrific-creative-journey-of-the-adventure-series; https://www.youtube.com/watch?v=jajduxPD6H4&feature=youtu.be.

eBay, Inc. n.d. https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html.

eCommerce Bytes. https://www.ecommercebytes.com/C/blog/blog.pl?/pl/2015/2/1424141431.html.

Fisher, R. and Shapiro, D. *Beyond Reason* (Penguin, 2006).

Golann, D., Folberg, J. *Mediation: The Roles of Advocate and Neutral* (Aspen Publishers, 2006).

Heidegger, M. *Sein und Zeit* (trans. MacQuarrie, *Being and Time*, 1926).

Jobs, S. "The Guts of a New Machine", by Rob Walker, *New York Times Magazine*, November 30, 2003. https://www.nytimes.com/2003/11/30/magazine/the-guts-of-a-new-machine.html.

Leifer, L. and Meinel, C. "Manifesto: Design Thinking Becomes Foundational", in *Design Thinking Research*, Hasso Plattner ed. (Springer, 2016).

Levi, D. "The Role of Apology in Mediation", 72 *New York University Law Review*, 1165, 1167-68.

McNamara, R. in *Wharton on Decisions, Chapter 12*: *Electronic Bargaining*, by G. Richard Shell.

Rule, C. "The Intriguing Evolution of ODR", July 10, 2019 https://www.tylertech.com/resources/blog-articles/the-intriguing-evolution-of-odr.

Sciamma, D. n.d. https://www.strate.education/gallery/news/design-definition.

Shell, R.G. *Bargaining for Advantage*, 3rd ed.

Smith, S. and Martinez, J. "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harvard Negotiation L. R.* 123, 168 (Winter 2009).

Stanford Law School. http://techindex.law.stanford.edu/.

Teubner, G. *Law as an Autopoietic System* (European University Institute Press, 1993) (trans. Anne Bankowska and Ruth Adler).

The Random House Dictionary of the English Language, unabridged, 2nd ed.

Tyler Technology, Inc. n.d. https://www.tylertech.com/resources#q=modria.

United States District Court for the Northern District of California. *Dispute Resolution Procedures in the Northern District of California*. www.adr.cand.uscourts.gov.

Vance, A. "Sooner Than You Think", *Bloomberg Businessweek*, June 10, 2019.

Walker, R. "The Guts of a New Machine", *New York Times Magazine*, November 30, 2003. https://www.nytimes.com/2003/11/30/magazine/the-guts-of-a-new-machine.html.

Wing, L. "Ethical Principles of Online Dispute Resolution", for The National Center for Technology and Dispute Resolution (2016) http://odr.info/ethics-and-odr/.

Zeleny, M. *Autopoiesis: A Theory of Living Organization* (Elsevier, 1981).

Zeleny, M. "Parallelism, Integration, Autocoordination and Ambiguity in Human Support Systems", from *Fuzzy Logic in Knowledge-Based Systems, Decision and Control*, M.M. Gupta and T. Yamakowa ed. (Elsevier, 1988).

How to quote this article:

JOHNSON, David W. Designing Online Mediation: Does "Just Add Tech" Undermine Mediation's Ownmost Aim? *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1946. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201946.

David W. Johnson

AB, JD, JSM. Lecturer-in-Law, Stanford Law School. Lecturer, Stanford School of Design (d.school).

David.Johnson@law.stanford.edu

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 31.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201947

A tecnologia a serviço da segurança pública: caso PMSC mobile

TECHNOLOGY AT HAND FOR PUBLIC SECURITY – A CASE STUDY OF PMSC MOBILE

Carolina Cutrupi Ferreira[1], *Beatriz Rossi Corrales*[2], *Larissa Costa Cote*[3] e *Mariana Toledo Teixeira*[4]

Resumo
Este trabalho objetiva analisar como a adoção de inovações tecnológicas pode afetar o desempenho de atividades ligadas às práticas e aos procedimentos realizados pelos órgãos do sistema de justiça criminal. Adota-se a metodologia qualitativa exploratória por meio da abordagem do estudo de caso acerca da implementação da ferramenta tecnológica PMSC Mobile pela Polícia Militar do estado de Santa Catarina (PMSC). Os resultados revelam que tal ferramenta contribui positivamente para a racionalização de registro de ocorrências policiais, para a melhor alocação de recursos financeiros e humanos e para a maior precisão dos registros de informações criminais. Contudo, a escassa regulamentação legal acerca das atribuições dos órgãos de segurança pública e a ausência de articulação entre os órgãos policiais civil e militar limitam o aprofundamento de medidas integrativas e o compartilhamento de informações em matéria de controle da criminalidade. O estudo traz duas contribuições principais: (i) descrever uma prática inovadora na área de segurança pública e (ii) ampliar o debate sobre os efeitos dessa ferramenta nas atividades desempenhadas por outros órgãos do sistema de justiça e na própria instrução processual penal.

Palavras-chave
Segurança pública; sistema de justiça criminal; tecnologia; Polícia Militar; estatísticas criminais.

Abstract
This paper aims to analyze how the adoption of technological innovations can affect the performance of activities related to the practices and procedures carried out by the organs of the criminal justice system. The qualitative exploratory methodology is adopted through the approach of the case study about the implementation of a technological tool by the Military Police of the State of Santa Catarina (PMSC) called PMSC Mobile. The results show that such a tool contributes positively to the rationalization of administrative procedures, better allocation of financial and human resources, and a better qualification of the registry of criminal information. However, the scarce legal regulations on the role of organs and public security and the lack of coordination between civilian and military police forces limit the deepening of integrative measures and the sharing of information on crime control. The study has two main contributions: (i) to describe an innovative practice in the area of public security and (ii) to broaden the debate about the effects of this tool on the activities carried out by other organs of the justice system and on the criminal procedure itself.

Keywords
Public security; criminal justice system; technology; military police; criminal statistics.

1 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3190-7257

2 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7972-9421

3 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7457-4440

4 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-0179-8873

CC BY-NC

Introdução

O desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e sua entrada definitiva na sociedade como um todo – seja por meio dos *smartphones* e das conexões de dados com longo alcance, seja dentro da administração pública via portais eletrônicos e uso de outras funcionalidades *on-line* – constituem hoje um dos pilares na construção de uma sociedade de informação (CGI.BR, 2017; CGI.BR, 2018).

Vários governos têm incorporado o emprego cada vez maior de TICs dentro de suas estruturas administrativas e, mais recentemente, tem se consolidado um movimento de regulamentação legal visando garantir uma estrutura jurídica para a aplicação dessas novas ferramentas. Esse uso crescente das TICs como ferramentas digitais de modernização de processos estimula seu desenvolvimento, gerando um espaço cada vez maior para a incorporação de inovações tecnológicas em fluxos e processos já existentes, a exemplo do número crescente de *startups* e *think-tanks* (CGI.BR, 2017) atuando com tecnologia.

De acordo com Cunha e Miranda (2013), o governo é um ator central na rede social de um país. Seus movimentos em relação ao uso de tecnologia e Sistemas de Informação (SI) ou sua hesitação têm implicações sociais relevantes. Assim, a legislação implementada, a definição de políticas tecnológicas e de inovação, o estabelecimento de padrões nacionais e/ou a adequação aos internacionais, os projetos e as políticas de implementação de infraestrutura, combinados à prática cotidiana de tecnologia pelas esferas de governo, configuram a particular sociedade da informação que o Brasil constrói (CUNHA e MIRANDA, 2013, p. 559).

O uso de TICs por parte da gestão pública, entretanto, esbarra em muitos limites concretos. A automatização de fluxos e processos de trabalho tem como pressuposto certo nível de clareza e acuidade de todas as decisões, documentos, dentre outros elementos envolvidos. Contudo, os processos burocráticos nem sempre são tão transparentes, e a própria legislação em alguns casos não é muito clara, sendo esta uma das barreiras do uso de ferramentas tecnológicas na administração pública. No tocante às rotinas de órgãos de segurança pública, cuja atuação demanda reflexões e planejamento estratégico acerca dos processos institucionais de administração de conflitos, da violência e da criminalidade, o limite jurídico comporta uma barreira muito grande – conforme mais à frente será discutido –, mas os desafios do uso da tecnologia nessa área ultrapassam esse aspecto e vão além da discussão da legislação em si. O próprio conceito de segurança pública pode implicar em uma ou outra forma de atuação, o que se reflete diretamente na aplicação e no uso de TICs.

No Brasil, as ações promovidas pelo Ministério da Justiça, a partir dos anos 2000, foram determinantes na definição de áreas prioritárias de investimento. Em 2003, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) do Ministério da Justiça explicitou o diagnóstico de que a carência de informações qualitativas e de análises consistentes sobre o cenário da segurança no país gerava um entrave à promoção da reestruturação institucional, à elaboração e à execução de políticas de combate à violência e à criminalidade (MIRANDA, 2012). Para enfrentar a questão, a Senasp publicou um edital com as áreas prioritárias para investimentos em pesquisa

em segurança e justiça criminal e promoveu investimentos na reestruturação do ambiente tecnológico, "particularmente no Sistema Integração Nacional de Informações sobre Justiça e Segurança (Infoseg), de modo a viabilizar a consolidação do Sistema Único de Segurança Pública (Susp)" (MIRANDA, 2012, p. 446).

De acordo com Miranda (2012), essas e outras iniciativas indicam a existência de canais de apoio ao desenvolvimento tecnológico na área de segurança pública, mesmo que não alinhados a um projeto nacional estruturante que estabeleça programas de pesquisa, produtos e tecnologias prioritárias. Esse canal se revela especialmente importante ao se considerar que a maior parte dos estados brasileiros ainda realiza registros de ocorrências criminais e não criminais de maneira manual – um policial equipado com prancheta e formulário, preenchendo manualmente os dados de uma ocorrência policial geral (OLIVEIRA, DUFLOTH e HORTA, 2014), comprometendo a produção de dados sensíveis tanto para estratégias de gestão, operações policiais e inteligência policial quanto para a sociedade em geral.

Indo além, pode-se dizer que as ações adotadas pelo Ministério da Justiça estimulam a superação de um modelo organizacional de atuação policial repressivo e reativo, para outro modelo voltado à utilização das informações produzidas e captadas no planejamento e na execução das atividades (AZEVEDO, RICCIO e RUEDIGER, 2011). A informação se torna um elemento central na formulação de políticas públicas, o que implica na urgência de que instituições policiais incorporem a produção e o uso de dados em suas atividades de inteligência. Mudanças na forma de organização e investigação policial podem criar resistências internas, sendo necessários treinamentos específicos dos gestores das organizações (RATCLIFFE, 2004; AZEVEDO, RICCIO e RUEDIGER, 2011). Por isso que um modelo de policiamento voltado à inteligência "deve vir acompanhado de uma melhoria da capacidade técnica dos analistas criminais na interpretação das informações que são produzidas para subsidiarem o processo de tomada de decisão que contribua para a redução da criminalidade" (RATCLIFFE, 2008, tradução nossa).

Para Goldstein (1979), a polícia deve ter uma maior preocupação em relação ao produto final de seus esforços, que é a redução da criminalidade. Desse modo, a atuação policial deve estar direcionada aos problemas com os quais irá lidar, ou seja, o policiamento deve buscar prevenir e combater o crime, instaurando-se, assim, a discussão do policiamento orientado à resolução de problemas. Segundo o autor, a definição de problema está relacionada com o que os cidadãos consideram de responsabilidade da polícia (roubos de rua, assaltos ou outros casos que proporcionem insegurança). Objetiva-se a identificação de padrões dos ocorridos, a análise de suas causas e a definição de formas de intervenção, além da utilização de mecanismos de avaliação para suas ações, a fim de que erros possam ser evitados e para a otimização das ações por meio da prevenção como instrumento de contenção da violência.

Essa ideia está na origem das estratégias de policiamento moderno que direcionam as atividades policiais para identificar os problemas repetitivos, analisar causas, propor soluções e avaliar resultados. Dentro dessa lógica, a ação policial sobre incidentes repetitivos é insuficiente

e o policiamento ostensivo é pouco eficaz. Quando órgãos policiais permanecem inertes à espera das demandas dos cidadãos para agir, ignora-se que essa demanda pode representar um aspecto de problemas adjacentes, cujas contingências exigem uma atenção ainda maior que a demanda originária (GOLDSTEIN, 1979). Daí a proposta do policiamento que trabalha com respostas pautadas na investigação científica de problemas específicos e o estabelecimento de um processo de gestão orientado por resultados.

A utilização de tecnologias como algoritmos estatísticos e ferramentas de georreferenciamento auxiliam no maior planejamento da ação policial, proporcionando a análise e a tomada de decisões estratégicas, gerando, assim, resultados positivos para a redução da criminalidade (SCHILLER, 2011). Contudo, um aspecto relevante a ser analisado é que apenas o caráter técnico da tecnologia não é suficiente para a resolução dos problemas, mas, sim, deve-se entender os contextos, as demandas e haver a definição dos resultados que se espera com a utilização da tecnologia.

De acordo com Azevedo, Riccio e Ruediger (2011), "a utilização das estatísticas criminais aplicadas ao planejamento da atividade policial caracteriza-se, contemporaneamente, como processo de inovação no âmbito das organizações responsáveis pela segurança pública". Contudo, uma inquietação com a utilização das taxas criminais para o processo de tomada de decisão é que a análise aprofunde os números observados e os ultrapasse, demonstrando uma preocupação com as causas reais das ocorrências e produzindo um trabalho preventivo efetivo.

Portanto, a utilização de tecnologias e a produção de dados e estatísticas criminais contribuem para um planejamento mais detalhado das ações policiais, proporcionando decisões estratégias voltadas ao cumprimento do objetivo da redução da criminalidade. Além disso, o maior contato com a comunidade, de acordo com o modelo de policiamento comunitário, colabora com a atuação policial preventiva e de maior confiança entre o cidadão e o policial (CHAPPELL, 2009; OBERWEISS e MUSHENO, 2001).

Nesse contexto, o presente trabalho apresenta o estudo de caso do processo de implementação da ferramenta PMSC Mobile pela Polícia Militar do estado de Santa Catarina (PMSC), inovação tecnológica que substitui, por um aplicativo instalado em um *tablet*, os formulários em papel e parte das funções realizadas pelo rádio transmissor. O Mobile otimiza a gestão de atendimento de ocorrências policiais ao registrar todos os dados no local e permitir o registro de provas e outros elementos por meio de áudio e vídeo. Ao final, entrega-se o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) aos envolvidos, graças a uma impressora térmica acoplada ao *tablet*. A atividade policial é subsidiada, ainda, pelo acesso, via aplicativo, de dados oriundos de sistemas de informação de outros órgãos administrativos (Departamento de Trânsito, de Segurança Pública, etc.).

O estudo conclui que o aplicativo inova em ao menos dois aspectos relacionados à atividade de segurança pública: (i) a racionalização do fluxo de registro das ocorrências policiais, eliminando etapas repetitivas ou cartorárias, e (ii) a maior precisão no registro de ocorrências policiais, que podem aumentar a consistência e a qualidade das estatísticas sobre criminalidade.

Este trabalho divide-se em quatro seções: a seção 1 contempla alguns esclarecimentos metodológicos relacionados à elaboração do caso e aos critérios de validade e confiabilidade da pesquisa; a seção 2 traz a compreensão dos mandamentos constitucionais e legais acerca das atribuições entre os órgãos de segurança pública no país e a principal controvérsia jurídica que envolve a atuação das Polícias Civil e Militar no Brasil; a seção 3 expõe o surgimento e a implementação do PMSC Mobile pela Polícia Militar catarinense; já a seção 4 pauta a análise do caso, e em seguida são apresentadas as considerações finais sobre os resultados e as limitações da pesquisa.

1. Metodologia

Para o desenvolvimento deste estudo, propomos a elaboração de um estudo de caso único (SIGGELKOW, 2007; YIN, 2001), de caráter descritivo e exploratório. Yin descreve estudo de caso como "um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claros e o pesquisador tem pouco controle sobre o fenômeno e o contexto" (YIN, 2001, p. 13). O caso analisado é o processo de implementação da ferramenta tecnológica PMSC Mobile, aplicativo utilizado pela Polícia Militar de Santa Catarina. Optou-se pela escolha desse caso único por três motivos principais.

O primeiro é que essa ferramenta viabiliza a integração de sistemas de informação, o que permite compreender a interação entre diferentes órgãos de segurança pública e a própria produção de dados sobre criminalidade. Como será apresentado no estudo de caso, o aplicativo integra diferentes bases de dados, como o sistema de atendimento de ocorrências em segurança pública (ocorrências criminais e mandados de prisão), base de dados sobre veículos, entre outras, que podem contribuir para o desempenho de atividades policiais repressivas, bem como para a construção de indicadores que tragam maior eficiência às atividades preventivas de segurança pública.

O segundo motivo para a escolha é que o projeto foi vencedor de chamamento público lançado pelo Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL), gerido pelo Ministério Público do estado de Santa Catarina, que financiou a iniciativa com cerca de 3,5 milhões de reais (MPSC, 2016b). Esse fato sinaliza a relevância e a solidez do projeto para outros órgãos do sistema de justiça, especialmente o Ministério Público, que reconheceu o potencial da ferramenta em "auxiliar a instituição em obter dados mais estruturados, de forma a transformá-los em informações úteis aos Promotores de Justiça" (MPSC, 2016c).

Por fim, o terceiro motivo é que, desde a implementação do PMSC Mobile, no ano de 2015, o projeto foi vencedor de três premiações de destaque na Administração Pública – o Prêmio Fonaje, na categoria "Operadores do Direito" (2017); o 21º Concurso de Inovação no Setor Público, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública (2017); e o Prêmio Excelência em Governo Eletrônico (e-Gov) (2016), na categoria "Administração Pública". As premiações refletem o potencial inovador do projeto, que tem atraído o interesse de órgãos

de segurança pública de outras Unidades da Federação. Há registros de comitivas de representantes de corporações militares de todo o país e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para se aproximar dessa prática desenvolvida pela PMSC.

A questão central deste estudo de caso é entender como a adoção de TICs pode afetar práticas e procedimentos realizados pelos órgãos do sistema de justiça criminal. A proposição é a seguinte: a implementação de TIC como ferramenta de modernização da gestão pública pode impactar positivamente na racionalização de procedimentos administrativos, na melhor alocação de recursos financeiros e humanos e para uma melhor qualificação dos registros de informações criminais. Contudo, a escassa regulamentação legal acerca das atribuições dos órgãos de segurança pública e a ausência de coordenação entre os órgãos policiais civil e militar limitam o aprofundamento de medidas integrativas e o compartilhamento de informações em matéria de controle da criminalidade.

A escolha pelo estudo de caso se justifica por se tratar de uma estratégia qualitativa de investigação em que o pesquisador pode explorar um evento ou um processo em profundidade, por meio da coleta de informações detalhadas, usando vários procedimentos de obtenção de dados durante determinado período, como entrevistas, observações, documentos e outros métodos emergentes (CRESWELL, 2010). A questão de pesquisa ainda é pouco explorada pela literatura e contempla variáveis importantes a serem examinadas, como a complexidade de atores envolvidos, incentivos e resistências na adoção de ferramentas tecnológicas. Assim, o estudo de caso pode contribuir para identificar atores e práticas que são realizadas no âmbito da segurança pública e levar à compreensão de algo mais amplo que sirva de reflexão sobre o tema.

As entrevistas semiestruturadas foram realizadas no ambiente de trabalho dos policiais militares que participaram da implementação do sistema e com servidores técnicos que trabalham diariamente com o PMSC Mobile. As entrevistas também contemplaram servidores do Ministério Público e do Poder Judiciário de Santa Catarina, privilegiando atores dos Juizados Especiais Criminais (Jecrim) e que lidam diretamente com TCO. Todas as entrevistas foram realizadas durante o mês de julho de 2018. Tentou-se, por diversos meios, contato com integrantes da Polícia Civil de Santa Catarina, mas não houve retorno ou disponibilidade para a realização de entrevistas ou o envio de informações. Também não foi possível entrevistar cidadãos que acompanharam o uso da ferramenta, ou mesmo identificar percepções ou avaliações sobre seu emprego. Não existem mecanismos institucionais de avaliação do PMSC pela sociedade civil, tampouco há registros formais da Polícia Militar ou da Ouvidoria acerca de reclamações, elogios ou sugestões sobre o Mobile.[1]

1 Diante desse cenário, foram cogitadas outras formas de acessar cidadãos que tiveram contato com a ferramenta tecnológica. Inicialmente, analisou-se a possibilidade de contatá-los por meio das audiências do Jecrim ou

Buscou-se a triangulação da fonte de dados com a realização de observação direta do uso do PMSC Mobile pelos policiais militares em ocorrências policiais, o acompanhamento de audiências no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e a descrição e análise de documentos produzidos pela Secretaria de Segurança Pública, pela PMSC e pelo Poder Judiciário acerca das estatísticas criminais estaduais.

O Quadro 1 detalha a agenda de entrevistas e visitas realizadas para a coleta de dados, bem com o objetivo de cada atividade para a construção do estudo de caso.

QUADRO 1 – **FONTES DE COLETA DE DADOS E OBJETIVOS DAS COLETAS EM ESTUDO**

ATIVIDADES DESENVOLVIDAS	OBJETIVOS	IDENTIFICAÇÃO DAS ENTREVISTAS
ENTREVISTAS COM POLICIAIS GESTORES DO PMSC MOBILE	• ENTENDER A ORIGEM DA CONCEPÇÃO, DA FORMULAÇÃO E DA IMPLEMENTAÇÃO DA FERRAMENTA • BUSCAR IDENTIFICAR O HISTÓRICO DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO-PILOTO	ENTREVISTAS 1, 2, 3, 4 E 7
ENTREVISTAS COM POLICIAIS DA PMSC	• ENTENDER O USO DA FERRAMENTA NAS ATIVIDADES COTIDIANAS • BUSCAR IDENTIFICAR ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA FERRAMENTA	ENTREVISTAS 1, 2, 3, 4 E 7
ENTREVISTAS NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (JECRIM)	• BUSCAR INFORMAÇÕES SOBRE O IMPACTO DA FERRAMENTA NAS ATIVIDADES DO JECRIM	ENTREVISTAS 6 E 9

(continua)

dos contatos disponíveis nos TCO acessados por meio do portal do Tribunal de Justiça. Contudo, as pesquisadoras avaliaram, durante sua imersão no campo, três entraves principais a essas formas de contato: (i) cidadãos poderiam sentir-se invadidos em sua intimidade, ante o acesso das pesquisadoras a informações sensíveis (embora públicas) acerca da ocorrência criminal; (ii) a ausência de rigor metodológico na seleção dos cidadãos inviabilizaria qualquer medição de percepção sobre a ferramenta; e (iii) havia a impossibilidade de identificar e entrevistar cidadãos que tivessem presenciado atividades policiais com o uso de formulários em papel e, posteriormente, com o registro informatizado. Por esses motivos e pelos limites temporais da pesquisa de campo, priorizou-se o acesso aos gestores e principais atores afetados pela ferramenta tecnológica.

ATIVIDADES DESENVOLVIDAS	OBJETIVOS	IDENTIFICAÇÃO DAS ENTREVISTAS
ENTREVISTAS NA PROMOTORIA DE JUSTIÇA – DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA DE SANTA CATARINA	• BUSCAR INFORMAÇÕES SOBRE OS POTENCIAIS DE USO DA FERRAMENTA PARA OCORRÊNCIAS NÃO CRIMINAIS	ENTREVISTAS 5 E 8
ENTREVISTAS NA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	• BUSCAR INFORMAÇÕES SOBRE O FUNCIONAMENTO DO FRBL E O FINANCIAMENTO DA FERRAMENTA	ENTREVISTAS 5 E 8
ENTREVISTAS NA COORDENADORIA ESTADUAL DO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS E PROGRAMAS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	• BUSCAR INFORMAÇÕES SOBRE O IMPACTO DA FERRAMENTA NAS ATIVIDADES DO JECRIM E DO PODER JUDICIÁRIO	ENTREVISTAS 6 E 9
ACOMPANHAMENTO DE AUDIÊNCIAS NO JECRIM	• BUSCAR IDENTIFICAR EVENTUAIS REFERÊNCIAS AO TCO E AO ATENDIMENTO DA PMSC	NÃO HOUVE A REALIZAÇÃO DE ENTREVISTAS
ACOMPANHAMENTO DE REGISTROS DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DE OCORRÊNCIA *IN LOCO*	• PRESENCIAR O USO E O MANUSEIO DA FERRAMENTA PELOS POLICIAIS EM SERVIÇO	NÃO HOUVE A REALIZAÇÃO DE ENTREVISTAS
REUNIÕES DE ESCLARECIMENTO NO COMANDO GERAL DA POLÍCIA MILITAR	• COMPLEMENTAR INFORMAÇÕES E OUTRAS REFERÊNCIAS	NÃO HOUVE A REALIZAÇÃO DE ENTREVISTAS

Fonte: Elaboração das autoras.

A criação da base de dados para o estudo de caso buscou contemplar informações e evidências básicas registradas em cadernos de campo e, posteriormente, complementadas com anotações e referências documentais. De acordo com Yin (2001), existem quatro testes que podem ser adotados para determinar a qualidade em pesquisas sociais empíricas – validade do constructo, validade interna, validade externa e confiabilidade –, explicitados a seguir.

A validade interna busca evidências do porquê atrás das relações, ou seja, é determinada pela qualidade do planejamento e da execução do estudo, incluindo coleta e análise dos dados. Para tanto, este estudo traz uma descrição aprofundada do caso e das proposições apresentadas e busca delimitar muito bem o caso e a unidade de análise de acordo com a literatura.

A validade externa representa a precisão dos resultados e sua possibilidade de generalização. Este estudo foi selecionado como exemplo bem-sucedido de uso de TIC no setor público, vencedor de diferentes premiações, e a coleta de dados privilegiou fontes que tivessem diferentes posições e pontos de vista sobre o processo.

A validade dos constructos consiste na obtenção de múltiplas fontes de dados para triangulação. Para a triangulação de fontes de dados, realizou-se: (i) descrição e análise de dados secundários; (ii) entrevistas com atores de diferentes órgãos do sistema de justiça e de segurança; (iii) observação direta do uso da ferramenta; (iv) submissão do texto a interlocutor; e (v) análise de dados por mais de um pesquisador.

Já a confiabilidade refere-se ao potencial de replicabilidade dos resultados. Para tanto, o estudo desenvolveu um protocolo de pesquisa para a coleta de dados (Apêndice).

2. A CONTROVÉRSIA JURÍDICA ACERCA DO CONCEITO DE "AUTORIDADE POLICIAL"

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer uma série de competências e atribuições de cada ente federativo para a promoção de políticas públicas, especialmente as sociais, mas pouco dispôs sobre a política de segurança pública.

O art. 144 estabelece as atribuições dos órgãos encarregados de zelar pela segurança pública, considerando-a um "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, [...] exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio". Prevê como órgãos de segurança pública as polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e corpos de bombeiros militares. As polícias militares são responsáveis pelas funções de polícia administrativa, policiamento ostensivo e preventivo, e preservação da ordem pública. As polícias civis exercem as funções de polícia judiciária, quais sejam, a apuração, a elucidação, o esclarecimento de crimes e sua autoria.

A ausência de definição normativa do conceito e abrangência de "segurança pública" e a previsão constitucional apenas de seus órgãos competentes geraram ruídos no pacto federativo. No mais, evidenciou a opção do legislador em não regular o modelo bipartido de organização policial herdado do período anterior, "trazendo novas situações de fricção com a introdução dos municípios na formulação e execução de políticas de prevenção e combate a violência" (LIMA e COSTA, 2014).

Ante a inexistência de uma lei nacional do sistema de segurança pública, a maior parte das atribuições continua a ser desempenhada pelos estados-membros, responsáveis por definir as regras acerca da organização de recursos humanos, materiais e logísticos das Polícias Militar e Civil, e também os arranjos de tarefas entre as atividades de patrulhamento ostensivo e de investigação criminal.

Na prática, essa lacuna normativa produz "um quadro de diversos ordenamentos para a solução de problemas similares de segurança e violência, sem que haja, contudo, avanços em boa parte do território nacional" (LIMA, BUENO e MINGARDI, 2016). Diante da quantidade

de atores envolvidos e da fragmentação de modelos e levantamentos existentes, as instituições de justiça e de segurança não se sentem obrigadas a produzir dados com base em registros administrativos e, para elas, o tema perde centralidade, deixando, assim, de fazer parte de suas agendas. O resultado é uma multiplicidade de registros sobre ocorrências criminais que não se comunicam e nem sempre são comparáveis e compatíveis entre si.[2]

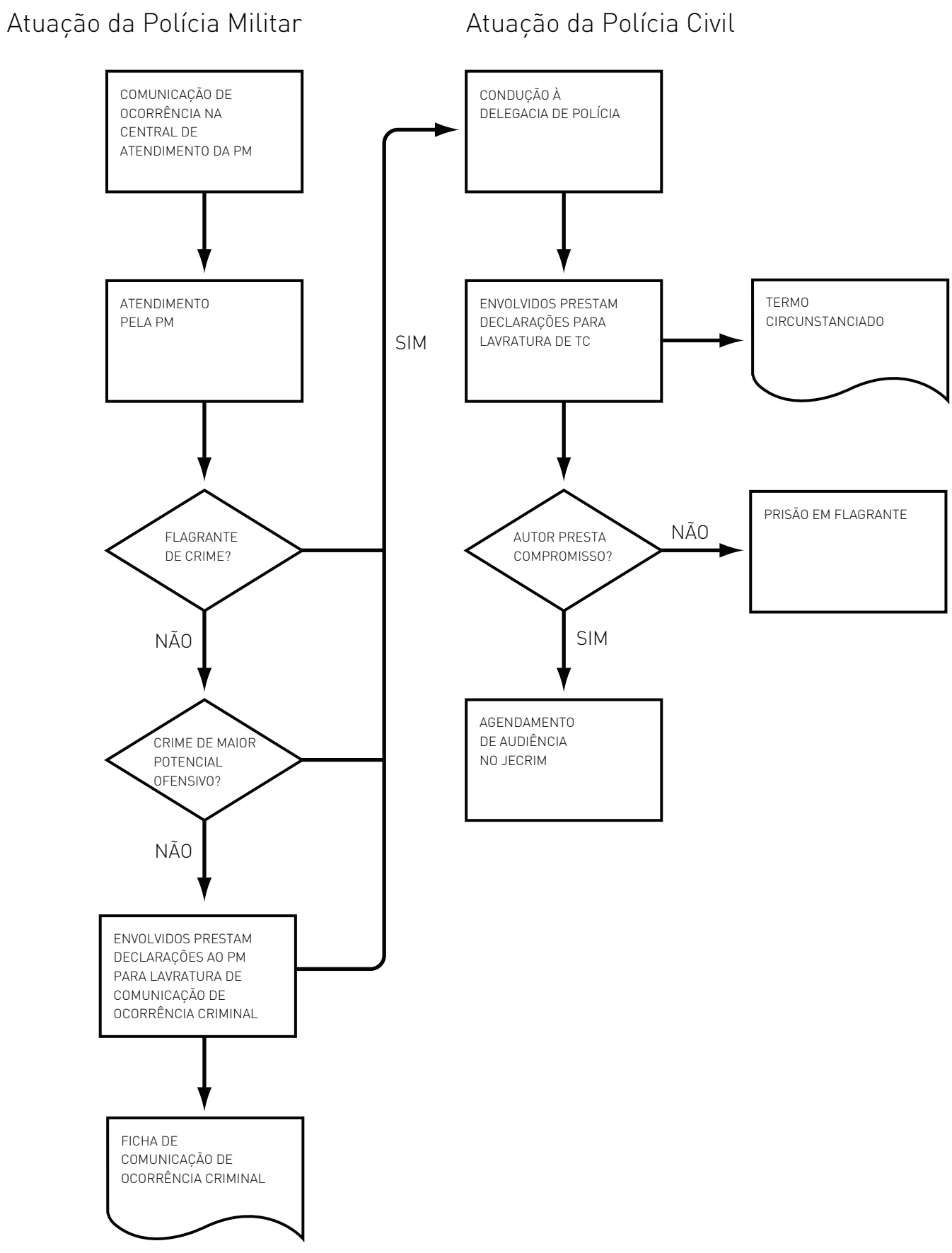
Além dessas regras administrativo-organizacionais, existe um conjunto de regras jurídico-penais que estabelece o procedimento investigatório de infrações penais, previstas no Código de Processo Penal e na legislação processual penal extravagante. Recentemente, a Lei n. 12.830/2013 definiu que cabe à Polícia Civil a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Em regra, o registro da comunicação de uma infração penal é feito por meio de um boletim de ocorrência (BO). Esse instrumento jurídico autoriza o delegado a instaurar o procedimento administrativo do inquérito policial. Mas, no caso de infrações definidas por lei como de menor potencial ofensivo – lesão corporal leve, ameaça, posse de entorpecente para uso próprio, entre outras –, o registro da ocorrência é feito por meio de termo circunstanciado (TC). No flagrante de uma infração desse tipo, a autoridade policial não deve prender o autor, desde que este assuma o compromisso de comparecer perante a audiência no Jecrim. O TC é o registro inicial que impulsiona o procedimento no Jecrim, via mais simplificada de responsabilização e que admite a imputação de penas alternativas à prisão ao acusado.

De modo geral, a lavratura do TC tem o seguinte caminho: ao tomar conhecimento da ocorrência de menor potencial ofensivo, policiais militares se dirigem ao local da infração, identificam autor(es) e vítima(s), preenchem formulários gerais e específicos acerca da ocorrência e, então, conduzem os envolvidos à delegacia de Polícia Civil, para que nela seja lavrado o TC. Na delegacia, os envolvidos serão novamente ouvidos, e o autor deverá prestar compromisso de comparecer à audiência no Jecrim. Somente então autor(es), vítima(s) e policiais militares serão liberados. Esse percurso resulta em dois registros documentais: a ficha de comunicação de ocorrência criminal, destinada à Polícia Militar, e o termo circunstanciado que será encaminhado ao Jecrim (Figura 1).

2 Um exemplo concreto e divulgado dessa situação se deu em janeiro de 2019, na ocasião do rompimento da barragem em Brumadinho, Minas Gerais, em que familiares de pessoas desaparecidas tiveram que fazer o mesmo cadastro diversas vezes, em diferentes órgãos, para que os nomes fossem incluídos na lista oficial. Disponível em: https://tecnologia.uol.com.br/reportagens-especiais/a-saga-dos-pais-por-dados-da-familia-desaparecida-em-brumadinho/index.htm?fbclid=IwAR1eO229ZNgDk1ZzqXOX_1rHIj_j0YsM7l8Yta8LMdoLrbhObIZ5OYmZb2w#conexao-na-lama. Acesso em: 20 nov. 2019.

FIGURA 1 – **TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA CIVIL**

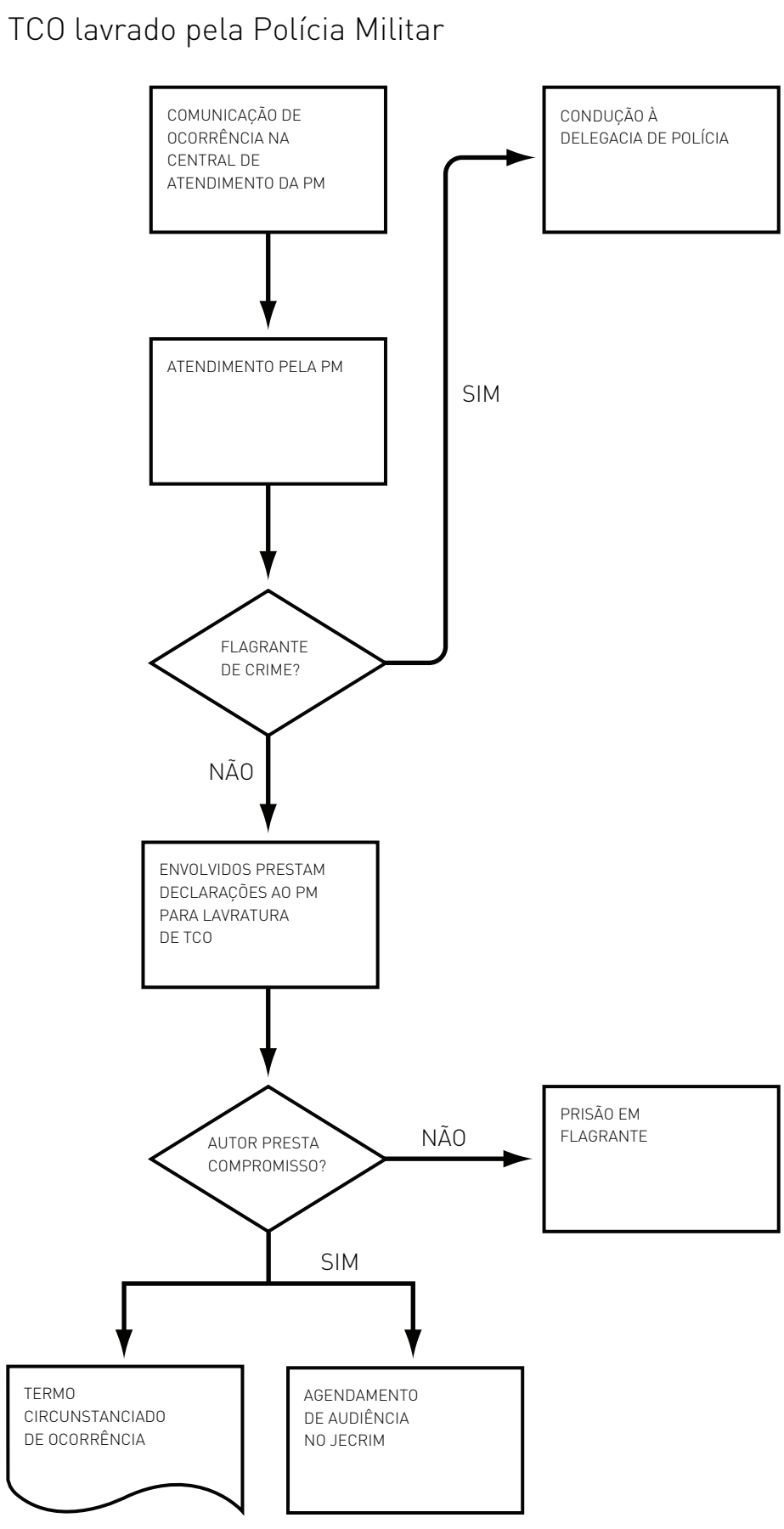


Fonte: Elaboração das autoras.

Há cerca de vinte anos, polícias militares de alguns estados do país começaram a lavrar TCO (equivalente ao TC), encaminhando-o diretamente aos Jecrim e sem comunicar a correspondente

delegacia de Polícia Civil (Figura 2). O fundamento desse movimento é a controvérsia jurídica acerca do conceito da "autoridade policial" competente para a lavratura do TCO, previsto no art. 69 da Lei n. 9.099/1995. Como o conceito legal é genético, tornou-se alvo de disputa corporativa entre as duas polícias, em que representantes de cada grupo reverberam em *sites* especializados o debate jurídico. Há quem entenda que qualquer autoridade pública que tomar conhecimento da infração penal de menor potencial ofensivo poderia lavrar TCO, compreendendo se tratar de peça meramente informativa, cujos eventuais vícios em nada anulariam o procedimento judicial (JESUS, 2004; GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2005; SOUZA FILHO, 2006; MUCCIO, 2011; OLIVEIRA, 2016; LIMA, 2016). Outros interpretam o conceito no sentido de restringir o exercício da lavratura somente ao delegado de Polícia Civil, por se tratar de atividade investigatória e atribuição privativa regulamentada pela Lei n. 12.830/2013 (MIRABETE, 2002; PINTO e FREITAS, 2012; BONI e CHAVES JUNIOR, 2013; ROSA e KHALED JUNIOR, 2014).

FIGURA 2 – **TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR**



Fonte: Elaboração das autoras.

No mesmo período observa-se uma intensa mobilização para regulamentar, em âmbito normativo, a possibilidade de lavratura de TCO pela Polícia Militar. Existem ao menos dez

projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que buscam explicitar o conceito de "autoridade policial". Em 2017, a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO) da Câmara dos Deputados promoveu uma audiência pública com especialistas da área para subsidiar os debates sobre a questão.[3] No plano infralegal, ao menos 15 estados e o Distrito Federal editaram normas autorizando a lavratura pela Polícia Militar. Grande parte dos atos normativos foi questionada judicialmente por meio de ações patrocinadas por órgãos de classe da Polícia Civil. O Quadro 2 relaciona todos os atos normativos já editados, a respectiva ação judicial questionando a legalidade do ato e o último andamento processual.

QUADRO 2 – **ATOS NORMATIVOS QUE REGULAMENTAM A LAVRATURA DE TCO**

ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA A LAVRATURA DE TCO POR POLICIAIS MILITARES	**AÇÕES AJUIZADAS E ÚLTIMO ANDAMENTO PROCESSUAL** (ATÉ AGO. 2019)
PORTARIA EXPEDIDA PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL N. 172/2000	TJRS, ADI 70014426563 JULGADA, POR MAIORIA ABSOLUTA, CONSTITUCIONAL À PORTARIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (2000)
PROVIMENTO N. 34/2000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ	STF: ADI 2618, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, NA QUAL DECIDIU-SE PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO POR SE TRATAR DE INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA (03/05/2002)
PROVIMENTO N. 758/2001 DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO	STF: ADI 2862, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA. O STF, POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECEU A AÇÃO, POR SE TRATAR DE INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA (26/03/2008)
PROVIMENTO N. 4/1999 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	STF: ADI 3954, REL. MIN. EROS GRAU, NA QUAL DECIDIU-SE PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO POR SE TRATAR DE INCONSTITUCIONALIDADE INDIRETA (03/03/2009)

(continua)

3 A íntegra dos debates está disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cspcco/videoArquivo?codSessao=71616&codReuniao=49723#videoTitulo. Acesso em: 16 jan. 2019.

ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA A LAVRATURA DE TCO POR POLICIAIS MILITARES	**AÇÕES AJUIZADAS E ÚLTIMO ANDAMENTO PROCESSUAL** (ATÉ AGO. 2019)
LEI ORDINÁRIA N. 3514/2010 DO GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS	STF: RE 702617, REL. MIN. LUIZ FUX, NEGOU-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, POIS AUSENTES REQUISITOS PARA REPERCUSSÃO GERAL (28/08/2012). JÁ O RE 993822, TAMBÉM DA RELATORIA DO MIN. LUIZ FUX, NÃO FOI CONHECIDO E NÃO HOUVE JULGAMENTO DE MÉRITO DA QUESTÃO (22/02/2019)
DECRETO N. 3.974/2008 E PROVIMENTOS N. 13/2007 E N. 03/2008 DO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS	STF: ADI 4022, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, NA QUAL DECIDIU-SE MONOCRATICAMENTE PELA PERDA DO OBJETO DA AÇÃO (24/10/2016)
PROVIMENTO N. 6/15 DA CORREGEDORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE	STF: RECLAMAÇÃO 6612/SE, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, NO QUAL NEGOU-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, PELA INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL (26/02/2009) STF: RE 1.050.631, REL. MIN. GILMAR MENDES, NO QUAL NEGOU-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, POIS AUSENTES REQUISITOS PARA REPERCUSSÃO GERAL (29/06/2017) STF: RE 1.051.393 REL. MIN. GILMAR MENDES, NO QUAL NEGOU-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, POIS AUSENTES REQUISITOS PARA REPERCUSSÃO GERAL (29/06/2017)
PROVIMENTO N. 144/2016 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE	STF: MS 35.256, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, CONTRA ATO DO CNJ NO PCA 0002289-71.2016.2.00.0000, QUE NEGOU CONHECIMENTO AO PEDIDO. MS NÃO CONHECIDO (27/10/2017)
PROVIMENTO N. 148/2016 DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL **(APLICÁVEL APENAS AOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS)**	TJMS: APÓS PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS N. 126.152.0073/2017, O PROVIMENTO N. 148/2016 FOI REVOGADO PELO PROVIMENTO N. 160/2017
PROVIMENTO N. 9/2018 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS	CNJ: AJUIZAMENTO DE PEDIDO FORMULADO EM PCA 3967-53.2018.2.00.0000. INICIALMENTE DEFERIU-SE A LIMINAR E FOI DETERMINADA A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO PROVIMENTO. APÓS PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO REVOGOU-SE A DECISÃO LIMINAR (07/08/2018)
ARTIGO 191 DA LEI N. 250/2016 DO ESTADO DE MINAS GERAIS	STF: ADI 5637, REL. MIN. EDSON FACHIN. PENDENTE DE JULGAMENTO

(continua)

ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA A LAVRATURA DE TCO POR POLICIAIS MILITARES	**AÇÕES AJUIZADAS E ÚLTIMO ANDAMENTO PROCESSUAL** (ATÉ AGO. 2019)
DECRETOS N. 17.999/2018 E N. 18.089/2019 DO ESTADO DO PIAUÍ	STF: ADI 6201, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA. PENDENTE DE JULGAMENTO
PROVIMENTO N. 11/2017 E PROVIMENTO N. 27/2018 DA CORREGEDORIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	NÃO FORAM ENCONTRADAS MEDIDAS DE QUESTIONAMENTO OU JUDICIALIZAÇÃO
PROVIMENTO N. 18/2015 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS	NÃO FORAM ENCONTRADAS MEDIDAS DE QUESTIONAMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIALIZAÇÃO
PROVIMENTO N. 23/2015 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO	NÃO FORAM ENCONTRADAS MEDIDAS DE QUESTIONAMENTO ADMINISTRATIVO OU DE JUDICIALIZAÇÃO
DECRETO N. 21.256/2016 DO GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA	NÃO FORAM ENCONTRADAS MEDIDAS DE QUESTIONAMENTO ADMINISTRATIVO OU DE JUDICIALIZAÇÃO

Fonte: Elaboração das autoras.

A despeito do volume de impugnações questionando a constitucionalidade desses atos, grande parte dos pedidos não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob o fundamento de se tratar de normas regulamentares ou pela ausência de requisitos de admissibilidade recursal. Contudo, o plenário do Tribunal deve enfrentar o tema no julgamento da ADI 5637. Em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, em outra ação reconhece-se que o termo circunstanciado "não é função primacial da autoridade policial civil [...] e que pode ser exercida por qualquer autoridade policial" (Reclamação n. 6.612). Em outra oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes alargou o conceito de autoridade para abranger não apenas o delegado, mas os policiais civil, militar ou federal (RE n. 1.050.631 e n. 1.051.393).

Em âmbito administrativo, o CNMP reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade, a legalidade e a juridicidade da lavratura de TCO pelas polícias militares e autorizou os Ministérios Públicos Estaduais a firmarem convênios e termos de cooperação nessa seara (BRASIL, 2014). Já o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concedeu e, logo em seguida, revogou decisão liminar que suspendia a eficácia de Provimento do Tribunal de Justiça do estado do Tocantins, acolhendo o argumento do Sindicato dos Delegados de Polícia de que a existência apenas de decisões monocráticas no STF sobre o tema fragilizaria a concessão de uma liminar.

Aqueles que defendem a atuação da Polícia Militar sustentam que a lavratura dos TCO não é procedimento investigatório, mas administrativo para registro de ocorrência criminal, sendo

dispensadas a apreciação e a homologação pela Polícia Civil. Aduzem que a carência de estrutura dos órgãos de segurança pública, especialmente das delegacias, das viaturas e de servidores para atendimento implica nas subnotificações de crimes de menor potencial ofensivo e no aumento da sensação de impunidade. A decisão de reconsideração do CNJ reproduz parte desse argumento, referindo-se à extensão geográfica do estado de Tocantins e à falta de interiorização das delegacias:

> […] lavratura do TCO pela Polícia Militar tem repercussão econômica, social, financeira e ambiental, haja vista que o Tocantins é um Estado com uma considerável extensão geográfica e baixa densidade demográfica, sendo ainda subdividido em 139 (cento e trinta e nove) municípios e diversos distritos, os quais estão longe de ostentar atendimento efetivo por parte dos Órgãos de Segurança Pública. (BRASIL, 2018)

Para a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) e outros representantes da categoria, militares não têm qualificação adequada para a lavratura de TCO, visto que o ingresso na carreira não exige formação jurídica, necessária para a classificação provisória da infração como de menor potencial ofensivo (STF, ADI 5637). Amparam-se na legislação que define o delegado como autoridade policial responsável pela investigação de infrações penais e que a não submissão do TCO à Polícia Civil compromete a atividade investigatória e de manutenção da cadeia de custódia de provas (GOMES, 2015). Por fim, defendem a realização de mais investimentos na Polícia Civil como medida de integração entre as polícias e contenção do "sucateamento" (BRASIL, 2017).

3. O surgimento e a implementação do PMSC Mobile

O Provimento n. 04/1999 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina é o primeiro ato normativo editado no país que suscita como "a imprecisão acerca do conceito de autoridade policial pode prejudicar a investigação de um fato punível, embaraçando o funcionamento de parte da Justiça Criminal". E, sob tal justificativa, trouxe uma interpretação ampliada acerca do conceito de autoridade policial para autorizar juízes do Jecrim a admitir TCO lavrados por policiais militares.

Inicialmente, o TCO era lavrado pela Polícia Militar Ambiental de Santa Catarina em parceria com o Ministério Público Estadual, restringindo-se às infrações penais de menor potencial ofensivo contra o meio ambiente (VIEIRA, 2009). Após a experiência bem-sucedida do "Programa de Prevenção de Delitos e Danos Ambientais", a lavratura passou a abranger ocorrências de infrações de trânsito e de perturbação do trabalho e do sossego alheio. De acordo com Vieira (2009), o "Programa Silêncio Padrão" (2001) foi desenvolvido em parceria com o Ministério Público Estadual e a Prefeitura Municipal de Florianópolis com o objetivo de regularizar o funcionamento de bares e casas noturnas, por meio da lavratura de um termo circunstanciado dirigido ao proprietário em caso de irregularidades (MPSC, s.d.).

A partir do ano de 2007, o Comando Geral da Polícia Militar determinou a criação de uma comissão responsável por elaborar diretrizes de regulamentação e padronização da lavratura do TCO. O resultado é a "Diretriz de Procedimento Permanente n. 037/2008", que regula a atuação do policial no atendimento ao cidadão, o registro de ocorrências policiais e a lavratura do Boletim de Ocorrência, na modalidade de Termo Circunstanciado (BOTC). O documento também detalha as etapas operacionais necessárias para a lavratura dos BOTC pelos policiais militares.

Até o ano de 2015, o registro de TCO era realizado por meio do preenchimento de formulários em papel, especificando as características do(s) autor(es), da(s) vítima(s) e da ocorrência. Todos os envolvidos prestavam depoimento e, após assumirem o compromisso formal de comparecer em juízo, agendava-se a audiência preliminar junto à Secretaria do Jecrim. Mesmo sem a condução das partes à delegacia de Polícia Civil, tratava-se de um procedimento demorado, pois os policiais deveriam manter todos os envolvidos no local até a finalização do preenchimento dos formulários. Em seguida, os formulários eram encaminhados à seção técnica dos Batalhões para inserção dos dados coletados em papel no Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) e no Sistema de Controle de Infrações de Trânsito (Detrannet) (Entrevista 1).

Diante desse cenário, uma parceria da Polícia Militar com a Secretaria de Estado da Segurança Pública e o Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina (CIASC) fez surgir o PMSC Mobile. A ferramenta visa à gestão de ocorrências e inova ao disponibilizar todas as informações necessárias para o atendimento de qualquer ocorrência, como chamadas provenientes do telefone de emergência 190, consulta de veículos e pessoas, elaboração de boletins de ocorrência (TCO, acidente de trânsito, etc.), registro de providências administrativas de trânsito e de problemas de ordem pública constatados durante a atividade de policiamento. Com exceção do recebimento da ocorrência pelo policial, que funciona apenas com conexão à internet, todos os demais recursos podem ser acessados *off-line* em um *tablet* (Entrevista 3).

Na lavratura do TCO, o policial deve preencher dados de autor(es), vítima(s) e da ocorrência. Esses dados passam a integrar o sistema de registro de ocorrências e bases de dados da PMSC, reduzindo o tempo de registro de ocorrências futuras. Ao *tablet* está agregada uma impressora térmica portátil, que permite a impressão imediata do TCO para cada um dos envolvidos e com a indicação do dia e do horário em que deverão comparecer no Jecrim, sendo dispensada a condução até a delegacia de Polícia Civil (Entrevista 3).

O PMSC Mobile já vinha sendo adotado por mais de 40 municípios catarinenses em 150 guarnições quando a PMSC submeteu o projeto a um chamamento público realizado pelo FRBL. O FRBL é constituído de valores provenientes de condenações, multas e acordos judiciais e extrajudiciais em face de danos causados à coletividade em áreas como meio ambiente, consumidor e patrimônio histórico. Por meio do FRBL são financiados projetos que atendam aos interesses da sociedade, que previnam ou recuperem danos sofridos pela coletividade.

O convênio firmado entre o Ministério Público e a Polícia Militar viabilizou o repasse de R$ 3.357.539,00 para o financiamento do projeto. O valor destinou-se à aquisição de 550 *tablets*, 750 impressoras térmicas e 200 *smartphones*, e à contratação de horas de desenvolvimento para evolução do aplicativo e sistemas associados e de melhorias e fornecimento de conectividade (plano de dados móveis 4G/3G para *tablets* e *smartphones*) e de suporte técnico ao funcionamento do sistema (MPSC, 2016a).

O projeto foi aprovado por unanimidade pelo Conselho Gestor do Fundo, que enalteceu a importância da ferramenta em "auxiliar a instituição em obter dados mais estruturados, de forma a transformá-los em informações úteis aos Promotores de Justiça [...] e aprimorar a atuação do Ministério Público na gestão da segurança pública" (MPSC, 2016a). Os pareceres internos de avaliação do projeto destacaram o potencial inovador, "baseado em uma nova e criativa solução de tecnologia de informação" e a estruturação de dados desde o primeiro registro, o aprimoramento das estatísticas, a rapidez e maior efetivo policial disponível (MPSC, 2016a).

A equipe gestora selecionou a cidade de Balneário Camboriú para implementar o projeto-piloto. A escolha considerou as características locais da cidade, dentre elas o aumento exponencial no número de ocorrências criminais durante o período de alta temporada, o fato de estar localizada próxima à capital Florianópolis e por ter um efetivo de apenas 130 policiais, em comparação com os mais de 1.000 policiais atuantes na capital (Entrevista 7). Para a implementação do piloto, foram disponibilizados dez *tablets* e treinamento prévio de seis meses aos policiais que fossem atender às ocorrências criminais. Os gestores do projeto relataram que, no início, houve apreensão acerca de eventual resistência dos policiais no uso do *tablet* e do aplicativo. A avaliação era de que, caso houvesse muita dificuldade operacional, o programa cairia em descrédito dentro da corporação. Superadas as expectativas iniciais, após o primeiro mês de implementação, todas as guarnições estavam habilitadas para uso do *tablet* (Entrevista 2).

A resistência à ferramenta ficou restrita aos policiais mais antigos que tinham dificuldade em lidar com diferentes tipos de tecnologia. Uma das medidas adotadas para contornar esse problema foi a adoção de uma regra de transição durante a fase de implementação, estabelecendo que um policial faria o registro da ocorrência em papel e outro faria o mesmo registro no *tablet*. Ao perceberem a velocidade no registro por meio do PMSC Mobile, as resistências se dissiparam (Entrevista 7).

Após a fase-piloto, a capacitação dos policiais militares para o uso da ferramenta foi realizada de maneira descentralizada, com multiplicadores já capacitados nas sedes de cada Batalhão da PMSC. Desse modo, o processo de implementação ocorreu simultaneamente em todo o estado, empregando o conhecimento e a experiência dos policiais que já vinham utilizando o PMSC Mobile em suas unidades e ficaram responsáveis por capacitar o efetivo das unidades subordinadas. Os gestores do projeto relatam que a expansão do programa em outras guarnições teve uma boa recepção pelos policiais, que eles atribuem, entre outros

fatores, ao prestígio que o aplicativo já havia adquirido dentro da própria corporação (Entrevistas 2 e 7).

No período entre a fase de implantação em todas as guarnições até o mês de julho de 2018, foram incorporadas 3.323 regras algorítmicas de verificação à versão inicial do aplicativo. Essas regras restringem o preenchimento do TCO se houver informação contraditória ou incompleta. As regras também servem de guia para o preenchimento das informações pelo policial. E, mesmo após o fim da etapa de implementação, os policiais podem opinar e propor melhorias no Mobile ao encaminhar sugestões a grupos de suporte criados no aplicativo WhatsApp. Esses grupos são administrados pelos gestores dos projetos, que consolidam as sugestões e mudanças a serem feitas pela empresa desenvolvedora das novas versões do aplicativo (Entrevistas 1, 2 e 7).

Atualmente, a base de dados proveniente dos registros no aplicativo está integrada com outras bases: Departamento Estadual de Trânsito (Detran), Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), Bike Registrada, Sistema de Atendimento e Despacho de Emergência (Sade) e Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp). A ferramenta está disponível em todas as viaturas do estado de Santa Catarina e foram extintos os registros em formulários de papel.

De acordo com os dados divulgados pela PMSC e pelo governo do estado, as vantagens dessa ferramenta estão em proporcionar segurança e agilidade para o policial e para o cidadão, com a redução do tempo e dos recursos humanos empregados no registro das infrações (SANTA CATARINA, 2018). As informações antes registradas em até onze formulários de papel foram migradas para plataformas eletrônicas, resultando em uma maior agilidade e economia. Entrevistados da PMSC comemoram esse indicador, pois a redução de registro por ocorrência permite o rápido retorno ao policiamento ostensivo e ao atendimento de um número maior de ocorrências, além de realocar policiais responsáveis pela digitalização de procedimentos em papel para outras atividades (Entrevistas 1, 2 e 7). Com a otimização, o custo de registro de 50 boletins de ocorrência foi reduzido de R$ 23,20 para R$ 1,60. O tempo estimado de um atendimento de uma ocorrência criminal, que era de cerca de 50 minutos, foi reduzido para menos de 30 minutos. Por sua vez, o registro de infração de trânsito, que durava em torno de 10 a 15 minutos por autuação, passou a ser feito em menos de dois minutos (Entrevistas 2 e 7).

A redução do tempo empregado na lavratura, segundo os gestores do projeto, também se deve ao "Manual de Procedimento Operacional", disponível no aplicativo, que soluciona dúvidas de preenchimento da ocorrência. O manual consolida as regras existentes no procedimento operacional padrão (POP), um instrumento voltado à padronização de condutas nas atividades dos policiais militares no exercício da profissão. Se os policiais são informados da ocorrência de um crime de ameaça, por exemplo, devem agir conforme uma sequência de ações predeterminadas, como tomar ciência dos fatos e confirmar a prática do delito; identificar envolvidos, se há criança ou adolescente, funcionário público ou violência doméstica contra a mulher; apreensão dos instrumentos ou objetos usados na prática do crime; questionar

a vítima se ela irá representar o autor do fato; se o autor assume o compromisso de comparecer em juízo ou não (Entrevista 2).

Assim, a disponibilidade do Manual no Mobile auxilia o policial militar na especificação da sequência de atos que deverá desempenhar no registro da ocorrência e também quando houver dúvidas sobre a classificação jurídica do fato. Um mesmo fato pode ser tipificado de diferentes formas, a depender das partes e dos elementos presentes, e requerer procedimentos distintos. Um crime de ameaça praticado contra criança ou adolescente exige o acionamento do Conselho Tutelar e a anuência dos pais para comparecerem em juízo; se for contra funcionário público em exercício ou em razão da função, a tipificação pode ser do crime de desacato; se envolver violência doméstica contra a mulher, dispensa-se o tratamento processual disposto na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) (SANTA CATARINA, 2011). Ao reunir todo o conteúdo necessário em um aplicativo, reduz-se a discricionariedade das ações operacionais do policial militar, e o processo torna-se menos propenso a erros.

Outro elemento destacado pelos policiais entrevistados é o aumento da qualidade do serviço prestado pelo policial durante o atendimento ao cidadão. Antes, os policiais tinham que apaziguar os ânimos dos envolvidos e, ao mesmo tempo, compreender e preencher corretamente todos os formulários. A agilidade no preenchimento contribui para que os policiais dediquem maior atenção e suporte às partes (Entrevistas 2, 4 e 7).

De modo geral, os entrevistados do Poder Judiciário avaliaram de maneira positiva a implementação do sistema, destacando os interesses dos juízes em medidas que agilizassem a tramitação de processos aliada à melhor qualidade do relato dos fatos (Entrevista 9). Com o preenchimento feito à mão, havia pouca ou nenhuma descrição sobre a cena do crime e o local dos fatos, e em muitos casos o Ministério Público requeria a complementação das informações (Entrevista 9), o que foi minimizado com o registro em imagem e vídeo. Contudo, outro entrevistado apontou que, com a implementação do Mobile e o aumento na agilidade na lavratura dos TCO pela Polícia Militar, houve um aumento substancial do volume de trabalho dos Jecrim, cuja estrutura não comportava o grande número de audiências e de processos para julgamento (Entrevista 6). À ocasião, foi questionada a existência de dados ou relatórios que pudessem confirmar essa percepção, mas informaram que tais dados eram inexistentes.

4. Análise do caso

O estudo de caso sobre o PMSC Mobile trouxe à luz questões pertinentes às práticas jurídicas das Polícias Civil e Militar e às respostas institucionais que estimulam a articulação entre os órgãos administrativos e do sistema de justiça criminal. Embora o caso esteja restrito à implementação da ferramenta tecnológica pela Polícia Militar, é de se reconhecer que seus efeitos extrapolam a informatização dos registros de ocorrência e atingem diretamente outros atores do sistema de justiça criminal, que passaram a lidar com os efeitos da disseminação de práticas que não foram estabelecidas de maneira integrada ou regulamentadas por lei.

Não se despreza o importante debate de fundo acerca da constitucionalidade e da legalidade da lavratura de TCO pela Polícia Militar, mas optou-se por não o enfrentar neste espaço por dois motivos principais. O primeiro deles é que a opção pela ferramenta metodológica do estudo de caso consiste justamente em analisar diferentes fenômenos sociais, baseando-se em diversas fontes de evidências (entrevistas, observações e documentos). E este estudo visa descrever e compreender como o aplicativo afeta o desempenho de práticas e procedimentos de persecução penal. Optou-se por direcionar a lente de análise aos efeitos concretos que o uso do aplicativo provoca nas rotinas de trabalho dentro da Polícia Militar e nos demais órgãos do sistema de justiça. O segundo motivo é que, como visto, a regulamentação infralegal já é uma realidade em mais de 15 estados. Isso significa que, mesmo que a prática seja declarada inconstitucional ou ilegal, já existem resultados passíveis de avaliação e reflexão sobre a introdução dessa ferramenta nas atividades de segurança pública.

Desse modo, a análise do caso se concentrará em três tópicos observados a partir da coleta de dados: (i) melhor gestão do registro das ocorrências criminais; (ii) maior precisão no registro de informações criminais; e (iii) preservação dos direitos do cidadão.

Melhor gestão do registro das ocorrências criminais. Um dos argumentos favoráveis à lavratura de TCO pela Polícia Militar sustenta que a medida desafoga o trabalho da Polícia Civil, que poderia concentrar esforços na investigação de crimes mais graves que necessariamente exigem registro em boletim de ocorrência.[4] Rogério de Alencar concluiu que o tempo médio total gasto entre o recebimento da ocorrência e a liberação da delegacia de Polícia Civil foi de 3h43min, sendo 25 minutos do deslocamento do local da ocorrência até a delegacia, e o restante para registro do TCO (ALENCAR, 2010, p. 125).

Não há dados oficiais que indiquem número médio de registros de TCO pela Polícia Civil e estimativas de subnotificações desse tipo de infração penal. Supõe-se que, por se tratar de infrações de menor potencial ofensivo, e considerando todo o tempo despendido para registro, muitas ocorrências sequer chegam à Polícia, engrossando os indicadores de sub-registro de vitimização. A lavratura pela Polícia Militar, além de reduzir o tempo na prestação do serviço ao cidadão, pode contribuir no aumento da confiança da população no uso desse serviço público.

O atendimento a um maior número de ocorrências e o consequente aumento no número de TCO lavrados por meio do PMSC Mobile podem contribuir positivamente para a construção de indicadores mais precisos sobre a criminalidade e fortalecer diagnósticos que subsidiem

4 Argumento suscitado pelo Promotor de Justiça do DF Elísio Teixeira e pelo Procurador da República José Robalinho Cavalcanti em audiência pública da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO) da Câmara dos Deputados em 28/11/2017.

atividades preventivas da Polícia Militar. Desde que os dados sejam compartilhados com os demais órgãos da segurança pública, a Polícia Militar pode monitorar, em tempo real, as ocorrências criminais, e a Polícia Civil pode torná-los mais um subsídio para a condução das investigações criminais.

A configuração do PMSC Mobile busca enfrentar a crítica de que seria imprescindível a formação jurídica do policial para classificar a infração. O aplicativo traz uma série de regras de amarração que conduzem o preenchimento, vedando informações contraditórias. A ferramenta proíbe, por exemplo, o encaminhamento de adolescente autor de ato ilícito para audiência no Jecrim, pois sua conduta corresponde a ato infracional, e não a infração penal. A imposição de regras dentro do sistema reduz a arbitrariedade e os erros do policial no atendimento da ocorrência. No mais, eventuais erros podem ainda ser barrados na apreciação pelo Ministério Público ou pelo juiz, que podem requisitar a instauração de inquérito policial à Polícia Civil.

Contudo, a crítica é bastante pertinente ao se considerar as práticas realizadas em outras Unidades da federação, que ainda mantêm registros das ocorrências em formulários em papel. Erros na classificação jurídica inicial somados à demora excessiva para registro da ocorrência ou encaminhamento ao Jecrim poderiam obstar o oferecimento de ação penal que depende de iniciativa (ação penal privada) ou consentimento da vítima (ação penal pública condicionada) e que está sujeito a diferentes prazos processuais e decadenciais.

Maior precisão no registro de informações criminais. Informações consistentes sobre o local da ocorrência têm o condão de produzir estatísticas robustas e confiáveis sobre a criminalidade e orientar políticas públicas preventivas. Em geral, estatísticas criminais se baseiam nos registros de ocorrência lavrados nas delegacias de Polícia Civil e nos TCO da Polícia Militar, complementadas por dados de órgãos específicos da Secretaria de Segurança Pública. Destaca-se que, em algumas unidades da Federação, existem órgãos que promovem um controle de qualidade desses dados estatísticos e a agregação de ocorrências semelhantes, que podem ser realizados pela corregedoria da Polícia Civil ou por departamentos de análise criminal vinculados à Secretaria. Há, portanto, uma multiplicidade de registros sem padronização acerca das categorias e de seu preenchimento, o que demanda a atuação de um órgão apenas para detectar inconsistências e lacunas nos dados.

Assim, um sistema informatizado de ocorrências facilita a eventual necessidade de aditamento ao registro de ocorrência, modificando informações relativas àquele fato ou à alteração da classificação jurídica da infração penal. O PMSC Mobile também possibilita a extração de dados de georreferenciamento das ocorrências que, conjugados com outros indicadores de criminalidade, viabiliza a construção de modelos preditivos de criminalidade em determinadas regiões e determinados horários, bem como o perfil de vítima mais exposto a determinada modalidade de crime.

A utilização de ferramentas tecnológicas e sistemas de informações automatizados tem grande potencial para otimizar o tempo do trabalho policial em atividades administrativas e

burocráticas, de modo que o policial possa se dedicar à prevenção ou à investigação criminal. E, nesse sentido, o PMSC Mobile deve ser reconhecido como um instrumento inovador na racionalização de processos e de produção de dados criminais em segurança pública, sejam os TCO lavrados por policiais militares, sejam por civis. A ferramenta pode ser adotada como um mecanismo de integração entre os sistemas policiais, criando um modelo cooperativo e compartilhado, capaz de integrar as forças policiais e atender ao interesse público. A aproximação das polícias é uma pauta defendida inclusive pelo Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil para o combate aos crimes hediondos ou praticados com violência no país.[5]

A divisão da organização do trabalho policial no Brasil entre polícias civil e militar traz como pressuposto uma completa articulação entre as organizações. No entanto, na prática, permanecem os conflitos, a dispersão de recursos, a baixa efetividade e a manutenção de modelos de policiamento tradicionais pelas duas organizações (CRUZ e BARBOSA, 2004). Além dos resultados aqui trabalhados, uma ferramenta tecnológica poderia contribuir para a integração entre as organizações policiais e as outras instituições do sistema de justiça criminal e estabelecer um denominador comum para a consecução dos mecanismos de governança na segurança pública. Somente com o fortalecimento de mecanismos de articulação e coordenação é que se pode qualificar os indicadores de eficiência da atividade policial como um todo.

Preservação dos direitos do cidadão. Em todas as entrevistas os policiais destacaram a melhora qualitativa no serviço prestado ao cidadão. Destacou-se a agilidade na entrega do BO ao cidadão (cuja cópia demorava até sete dias para estar disponível), bem como a redução do tempo de resposta às emergências em aproximadamente 20%, em razão do georreferenciamento das ocorrências. Um dos entrevistados (Entrevista 2) destacou ainda que a ferramenta zela pela proteção de direitos fundamentais do cidadão, principalmente por (i) evitar uma condução desnecessária do cidadão à delegacia de Polícia Civil e (ii) registrar em imagem e vídeo toda a ocorrência, reduzindo arbitrariedades policiais e conflitos entre versões.

Em relação a essa modalidade de registro, deve-se ponderar que, se por um lado a gravação pode inibir a violência policial, proteger direitos básicos e desmentir versões oficiais, também traz um debate complexo sobre o consentimento pleno e informado das pessoas envolvidas e das questões éticas e jurídicas de como essa prova pode ser utilizada em desfavor do cidadão, uma vez que não houve contraditório da defesa.

Um debate que não emergiu nas entrevistas realizadas é o de como a expansão das atividades realizadas pela Polícia Militar implica na redução dos direitos dos cidadãos e no exercício

5 Manifestação do delegado Kleber Luiz da S. Junior, representante do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil, na CSPCCO da Câmara dos Deputados.

de um poder punitivo sem parâmetro legal explícito. Como vimos anteriormente, há intensa atividade legislativa no Congresso Nacional para regulamentar a questão, mas até hoje a normatização concentra-se em instrumentos infralegais (decretos ou provimentos dos Tribunais de Justiça). O próprio STF ainda não se posicionou sobre o tema, mantendo um vácuo interpretativo sobre a legalidade dessas atividades policiais e se, e em qual medida, haveria mitigação de direitos das partes envolvidas. Uma investigação criminal gera processos de estigmatização no acusado e, mesmo que ele seja absolvido ao final do processo, permanecem os efeitos diretos e indiretos da passagem pelo sistema de justiça criminal. Sob essa perspectiva, pode-se relativizar a eficácia da ferramenta tecnológica, que pode intensificar a reprodução de padrões de estigmatização pelos órgãos de polícia.

Por fim, é oportuno questionar a precariedade na regulamentação dessa atividade policial em relação aos instrumentos processuais penais regidos pela Constituição Federal, embora todas as ações policiais estejam condicionadas ao controle de legalidade judicial. A lavratura de TCO pelas polícias militares é uma realidade em vários estados do país há pelo menos vinte anos, sendo este mais um fator a ser ponderado na apreciação dos efeitos do controle de constitucionalidade desses atos normativos.

Considerações finais

Este estudo, ao analisar a implementação da ferramenta tecnológica PMSC Mobile nas rotinas da Polícia Militar de Santa Catarina, expôs as controvérsias jurídicas que envolvem o conceito e as atribuições no campo da segurança pública, evidenciando a complexidade do funcionamento de cada órgão, com diferentes rotinas de trabalho, orçamento, gestão e produção de dados, que implica no pouco aproveitamento de análises estatísticas e preditivas voltadas à inteligência policial.

De modo geral, estudos de caso sobre segurança pública não analisam o emprego de tecnologias pelos órgãos policiais e pelo sistema de justiça, muito embora haja consenso acerca da necessidade de tecnologia para o planejamento e a integração da atividade policial. Nesse sentido, os resultados do presente estudo contribuem para a reflexão sobre os efeitos da tecnologia na racionalização de processos administrativos, na discussão sobre práticas e conceitos em disputa e em uma potencial articulação entre órgãos policiais para a tomada de decisões estratégicas na prevenção e na investigação policial.

Conforme exposto na metodologia deste trabalho, os critérios iniciais para a seleção deste caso único consideram seu potencial de integração de sistemas de informação, por ter sido avaliado como inovador pelo Ministério Público e pelas diversas premiações que conquistou. Contudo, ao longo da coleta de dados, também se notou a relevância dessa ferramenta tecnológica no debate sobre investigação policial e articulação entre os órgãos de segurança pública. O sucesso da ferramenta na otimização dos processos dentro da PMSC se tornou referência e modelo que outras unidades da Federação buscam adotar no âmbito de suas corporações policiais.

Isso pode ser observado em vários dos atos normativos locais que mencionam expressamente o exemplo do Mobile. Diferentes comitivas de corporações militares de outros estados, de Ministérios Públicos e de Tribunais de Justiça estaduais foram até Santa Catarina para conhecer e se apropriar do conhecimento empregado no desenvolvimento da ferramenta. Além disso, o PMSC Mobile foi apresentado na CSPCCO da Câmara dos Deputados no debate sobre a competência para lavratura de TCO. Pode-se dizer, assim, que há uma tendência de que o PMSC Mobile se torne uma ferramenta tecnológica replicável em outras organizações policiais.

O artigo avança ao analisar o processo de implementação de uma ferramenta tecnológica e seus efeitos nas práticas policiais e nos processamento e coleta de dados de segurança pública. Para além do debate jurídico de fundo sobre as atribuições das Polícias Civil e Militar, a originalidade deste estudo se justifica por problematizar questões jurídicas advindas da introdução da tecnologia e que implicam em mudanças nas rotinas das organizações policiais e do sistema de justiça, ainda que indiretamente. No mais, a análise foi realizada por meio do estudo de caso, metodologia de investigação que pode ser replicada em outras áreas e outros contextos.

Ressalta-se que este estudo apresenta algumas limitações. Entre estas, pode-se citar a quantidade de participantes nas entrevistas. Um número maior de entrevistados poderia trazer resultados mais aprofundados e com maior validade sobre os relacionamentos analisados. Outra limitação é a ausência de entrevistas com policiais civis, que poderiam fornecer novos elementos acerca do uso de ferramentas tecnológicas por órgãos de segurança pública e da articulação entre as polícias por meio dessas ferramentas. Futuras pesquisas podem explorar essas limitações, em especial com estudos tipo *survey* direcionados aos policiais militares que operam a ferramenta, explorando outras questões sensíveis, como a proteção de dados pessoais e a privacidade do cidadão. Sugerem-se entrevistas com cidadãos que tiveram contato com o PMSC Mobile para que possam avaliar o impacto da ferramenta no serviço público prestado pela Polícia Militar de modo geral.

Por fim, consideramos que um tema bastante pertinente à questão, pouco explorado pela literatura, é a garantia dos direitos do acusado em face dessa mudança, aparentemente procedimental, mas que pode ser considerada uma etapa da investigação criminal. Entendemos que o tema exige uma análise em profundidade que foge aos limites deste artigo, contudo destacamos que se trata de um aspecto central que se tornou secundário dentro do debate corporativo sobre a competência procedimental. Nota-se, inclusive, que o tema foi abordado apenas de modo tangencial nos debates dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3614, em que se considerou a necessidade de avaliar as "consequências jurídicas que decorrem, exatamente, da elaboração do termo circunstanciado", devendo a autoridade "emitir juízo jurídico da avaliação dos fatos que lhe são expostos". Assim, coletas de dados futuras podem abarcar essa perspectiva e investigar a percepção dos atores do sistema de justiça criminal acerca dos direitos do acusado nessa etapa da persecução penal.

AGRADECIMENTOS

Este artigo é um dos produtos desenvolvidos a partir do Projeto "Conexão Local 2018" do GV Pesquisa da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP). As autoras agradecem a toda a equipe pelo apoio e pelo suporte institucional para o desenvolvimento desta pesquisa. Agradecem também às entrevistadas e aos entrevistados integrantes da Polícia Militar, do Ministério Público e do Poder Judiciário de Santa Catarina pela receptividade e pela disponibilidade em fornecer informações, além de pelo tempo para a realização das entrevistas e pelo auxílio com esclarecimentos. Agradecem, ainda, a Rafael Alcadipani da Silveira, Lara Elena Simielli Ramos e Ely Paiva pela preparação da imersão no campo e pelos cuidadosos comentários sobre as primeiras versões deste texto. Por fim, agradecem aos pareceristas da Revista Direito GV.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, John Roosevelt Rogério de. *Avaliação da eficiência da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência* – TCO pela Polícia Civil do Ceará. 2010. 145f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Avaliação de Políticas Públicas, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

AZEVEDO, Ana Luísa Vieira de; RICCIO, Vicente; RUEDIGER, Marco Aurélio. A utilização das estatísticas criminais no planejamento da ação policial: cultura e contexto organizacional como elementos centrais à sua compreensão. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 9-21, abr. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652011000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2019.

BALLESTEROS, Paula. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014.

BONI, Jacson Oiliam; CHAVES JUNIOR, Airto. A (I)legalidade da lavratura do Termo Circunstanciado pela Polícia Militar à luz do Decreto Estadual n. 660/2007/SC. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da Univali, v. 4, n. 2, p. 985-1.002, 2º trim. 2013. Disponível

em: https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/772/a-i-legalidade-da-lavratura-do-termo-circunstanciado-pela-policia-militar-a-luz-do-decreto-estadual-n-660-2007-sc.pdf. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Pedido de Providências n. 0.00.000.001461/2013-2. Relator: Luiz Moreira. 1º de setembro de 2014. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *CNMP decide que PRF pode lavrar termos circunstanciados de ocorrência*. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/6335-cnmp-decique-que-prf-pode-lavrar-termos-circunstanciados-de-ocorrencia. Acesso em: 28 janeiro 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO). *Audiência Pública*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo n. 0003967-53.2018.2.00.0000. Relator: Luciano Frota. 1º de agosto de 2018. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2618. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2000236. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2862. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2108594. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3954. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2556986. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4022. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2594378. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5637. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5114415. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6201. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5740943. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 35.256. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5286649. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6612. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2638974. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 702617. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4276997. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1050631. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5195370. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.051.393. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5197553. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 993.822. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5045087. Acesso em: 3 ago. 2019.

CHAPPELL, Alisson. T. The philosophical versus actual adoption of community policing: a case study. *Criminal Justice Review*, v. 34, n. 1, Mar. 2009.

CGI.BR. *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros* – TIC Domicílios. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017.

CGI.BR. *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no setor público brasileiro*: TIC Governo Eletrônico 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa*: métodos qualitativo, quantitativo e misto. Tradução de Magda Lopes e supervisão e revisão técnica de Dirceu da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; BARBOSA, Allan Claudius Queiroz. Análise institucional da segurança pública: um caso de polícia no Brasil. *In*: XXVIII EnANPAD – Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2004, Curitiba. *Anais* [...]. Rio de Janeiro: ANPAD, 2004.

CUNHA, Maria Alexandra Viegas Cortez da; MIRANDA, Paulo Roberto de Mello. O uso de TIC pelos governos: uma proposta de agenda de pesquisa a partir da produção acadêmica e da prática nacional. *Organizações & Sociedade*, v. 20, n. 66, p. 543-566, 2013.

DINIZ, Eduardo Henrique; BARBOSA, Alexandre Fernandes; JUNQUEIRA, Alvaro Ribeiro Botelho; PRADO, Otavio. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 1, p. 23-48, jan./mar. 2009.

GOLDSTEIN, Herman. Improving policing: a problem-oriented approach. *Crime and Delinquency*, v. 25, Apr. 1979.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Repercussão da lavratura de Termo Circunstanciado por policiais militares. *Revista Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/academia-policia-repercussao-lavratura-termo-circunstanciado-policiais-militares. Acesso em: 29 jan. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORNA, Frans; WAGENAAR, Pieter. Discretion and digital discipline. *Public Administration*, v. 85, n. 1, p. 189-214, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Sérgio de. *Entre palavras e números*: violência, democracia e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda, 2011.

LIMA, Renato Sérgio de; COSTA, Arthur Trindade. Segurança pública. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, jan./abr. 2016. Disponível em: http://

www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100049&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 dez. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201603.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). *Silêncio Padrão*. [s.d.]. Disponível em: http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/Interna.aspx?campo=586&secao_id=419#. Acesso em: 21 jan. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). Convênio n. 03/2016/FRBL. 2016a. Disponível em: https://documentos.mpsc.mp.br/portal/Conteudo/servicos/Convenios/3-2016-4091/Convenio_03_2016_PMSC.pdf. 2016. Acesso em: 28 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). *FRBL financia projeto com alcance estadual para maior efetividade da segurança pública*. 2016b. Disponível em: https://mpsc.mp.br/noticias/frbl-financia-projeto-com-alcance-estadual-para-maior-efetividade-da-seguranca-publica. Acesso em: 28 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). *MPSC e PMSC oficializam financiamento de projeto para maior efetividade da segurança pública estadual*. 2016c. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/mpsc-e-pmsc-oficializam-financiamento-de-projeto-para-maior-efetividade-da-seguranca-publica-estadual. Acesso em: 28 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). *Protocolo de Intenções do Programa Silêncio Padrão*. Disponível em: https://documentos.mpsc.mp.br/.../programas/protocolo_de_intencoes_anexo_2.doc. Acesso em: 28 jan. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais* – comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Zil. Política de ciência, tecnologia e inovação para segurança pública. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 6, p. 434-453, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

OBERWEIS, Trish; MUSHENO, Michael. *Knowing rights:* state actors' stories of power, identity and morality. Aldershot: Dartmouth, 2001.

OLIVEIRA, Gerda Graciela Rodrigues; DUFLOTH, Simone Cristina; HORTA, Cláudia Júlia Guimarães. Informações sobre criminalidade no Brasil sob a ótica dos pressupostos dos dados abertos governamentais e da Lei de Acesso à Informação. *Revista Brasileira de Segurança Pública* , v. 2, p. 48-64, 2014.

OLIVEIRA, Marcos Antonio Nunes de. *Política de segurança pública no Brasil*: o Termo Circunstanciado de Ocorrência e a Polícia Militar. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro Universitário Unieuro, Brasília, 2016.

PERES, Ursula Dias; BUENO, Samira; LEITE, Cristiane Kerches da Silva; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública: reflexões sobre o financiamento de suas políticas públicas no contexto federativo brasileiro. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 132-153, 2014.

PINTO, Felipe Martins; FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. *Revista Duc In Altum – Caderno de Direito*, v. 4, n. 6, jul./dez. 2012.

RATCLIFFE, Jerry H. Crime mapping and the training needs of law enforcement. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 10, n. 1, 2004.

RATCLIFFE, Jerry H. *Intelligence-led policing*. Oregon: Willan Publishing, 2008.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70014426563. Relatora: Maria Berenice Dias. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70014426563&ano=2007&codigo=257481. Acesso em: 3 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JÚNIOR, Salah H. Polícia Militar não pode lavrar Termo Circunstanciado: cada um no seu quadrado. *Justificando.com*. 1º jul. 2014. Disponível em: http://www.justificando.com/2014/07/01/policia-militar-nao-pode-lavrar-termo-circunstanciado-cada-um-seu-quadrado/. Acesso em: 3 ago. 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão. Polícia Militar. Comando Geral. *Procedimento Operacional Padrão*, 2011.

SANTA CATARINA (Estado). Tecnologia na PMSC acaba com multas em papel. 2018. Disponível em: https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/tecnologia-na-pmsc-acaba-com-multas-em-papel. Acesso em: 28 jan. 2019.

SCHILLER, Kurt. A case of serving and protecting, *ECONTENT*, Mar. 2011. Disponível em: http://www.econtentmag.com/Articles/Editorial/Case-Studies/A-Case-of-Serving-and-Protecting-74187.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

SIGGELKOW, Nicolaj. Persuasion with case studies. *Academy of Management Journal*, v. 50, n. 1, p. 20--24, 2007.

SOUZA, FILHO, José Norberto de. *A implantação do Termo Circunstanciado na Polícia Militar Rodoviária de Santa Catarina*. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Administração de Segurança Pública) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

THURSTON, Anne. *Public records:* evidence for openness. Institute of Commonwealth Studies School of Advanced Study, University of London, 2012. Disponível em: http://blogs.estadao.com.br/publicos/files/2012/08/Public-Records-as-Evidence-for-Openness-FINAL.doc_.pdf. Acesso em: 14 ago. 2012.

VIEIRA, José Eduardo. *O Termo Circunstanciado realizado pela Polícia Militar de Santa Catarina e os critérios orientadores do juizado especial criminal*. 2009. 87 p. Monografia (Direito) – Unisul, Florianópolis, 2009. Disponível em: http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/98243_Jose.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

YIN, Robert K. The case study crisis: some answers. *Administrative Science Quarterly*, v. 26, n. 1, p. 58--65, Mar. 1981.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Apêndice

I. Protocolo de pesquisa

1. Objetivo de pesquisa

O objetivo deste estudo é analisar como a adoção de inovações tecnológicas pode afetar o desempenho de atividades ligadas às práticas e procedimentos realizados pelos órgãos do sistema de justiça criminal.

2. Questão de pesquisa

Como a adoção de TICs pode afetar práticas e procedimentos realizados pelos órgãos de segurança pública?

3. Referencial teórico

(i) Uso de TIC no setor público (DINIZ *et al.*, 2009; THURSTON, 2012; JORNA e WAGENAAR, 2007; CUNHA e MIRANDA, 2013).

(ii) Articulação entre órgãos de segurança pública (LIMA, 2011; PERES *et al.*, 2014; BALLESTEROS, 2014).

4. Seleção dos casos

Caso único selecionado por permitir a interação entre diferentes órgãos de segurança pública e pelo projeto ter sido vencedor de editais públicos e prêmios na área de inovação no setor público.

5. Coleta de dados

: Entrevistas com atores da Polícia Militar, do Ministério Público e do Poder Judiciário do estado de Santa Catarina.

: Descrição e análise de dados secundários (documentos produzidos pela Secretaria de Segurança Pública e pela Polícia Militar de Santa Catarina).

: Observação direta da implementação do PMSC Mobile.

6. Análise dos dados

Definir conceitos-chave a partir da revisão da literatura, analisar os códigos elaborados a partir da coleta de dados de acordo com os objetivos da pesquisa e com a teoria adotada.

II. Questionário semiestruturado

O questionário semiestruturado tem por objetivo compreender o papel de cada um dos entrevistados no processo de implementação do PMSC Mobile, bem como acerca das atribuições dos órgãos de segurança pública na lavratura de TCO e nos seus reflexos na atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Bloco 1 – Justificativa da presença e histórico profissional (descritivo)

: Formação profissional e ingresso na Polícia/Ministério Público/Poder Judiciário.

: Trajetória profissional dentro do órgão.

: Informações sobre área de atuação e principais demandas.

: Percepções sobre o órgão e desafios profissionais na área.

Bloco 2 – Opinião sobre o PMSC Mobile (opiniões)

: Relato sobre conhecimento acerca do PMSC Mobile.

: Como se deu o monitoramento e a avaliação do projeto.

: Relato sobre a própria participação no desenvolvimento/implementação da ferramenta.

: Importância da ferramenta para o respectivo órgão e para os demais órgãos envolvidos (polícias, Ministério Público e Judiciário).

: Avanços e dificuldades no processo de implementação da ferramenta.

Bloco 3 – Relação do órgão com outros órgãos (estrutural e comparação)

: Medidas realizadas pela PMSC na implementação do PMSC Mobile.

: Como o órgão poderia ter contribuído no processo de formulação e implementação do sistema.

: Como o sistema pode afetar as rotinas de trabalho na Polícia Civil/Ministério Público/Jecrim.

: Estimativa de impacto no volume de processos que chegarão à Polícia Civil/Ministério Público/Jecrim.

Como citar este artigo:

FERREIRA, Carolina Cutrupi; CORRALES, Beatriz Rossi; COTE, Larissa Costa; TEIXEIRA, Mariana Toledo. A tecnologia a serviço da segurança pública: caso PMSC mobile. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1947. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201947.

Carolina Cutrupi Ferreira

Doutoranda em Administração Pública e Governo na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP). Mestre em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

carolinacutrupi@gmail.com

Beatriz Rossi Corrales

Mestranda em Administração Pública na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP). Graduada em Economia pela Universidade de São Paulo (USP).

biacorrales@gmail.com

Larissa Costa Cote

Graduanda em Administração Pública na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP).

larissa.cote.ismart@gmail.com

Mariana Toledo Teixeira

Graduanda em Administração Pública na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP).

toledomteixeira@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 29.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948

Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia

THE INDICATORS ON THE BRAZILIAN JUDICIARY: LIMITATIONS, CHALLENGES AND THE USE OF TECHNOLOGY

Fabiana Luci de Oliveira[1] e *Luciana Gross Cunha*[2]

Resumo

O objetivo deste artigo é avaliar a produção de dados sobre as atividades do Judiciário, verificando suas limitações em termos de confiabilidade e instrumentalidade. Dentro da grande área Direito e Tecnologia, o foco principal dos estudos tem sido o impacto da tecnologia nas profissões jurídicas e nos serviços prestados pelos operadores da Justiça. Este artigo joga luz sobre o uso da tecnologia na gestão das atividades jurisdicionais do Estado, mais especificamente no Poder Judiciário, a fim de propor aspectos a serem incorporados para a transformação das estatísticas judiciais em informações capazes de subsidiar políticas públicas que tenham como finalidade não apenas a gestão judicial, mas, sobretudo, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Palavras-chave

Poder Judiciário; estatísticas judiciais; eficiência; tecnologia; administração da Justiça.

Abstract

The purpose of this article is to evaluate the production of data on the activities of the Brazilian Judiciary, checking its limitations in terms of reliability and instrumentality. Within the large area of Law and Technology, the main focus of studies has been the impact of technology on the legal professions and the services provided by its operators. This article sheds light on the use of technology in the management of the jurisdictional activities of the state, more specifically in the Judiciary, in order to propose aspects to be incorporated for the transformation of judicial statistics into information capable of subsidizing public policies that aim not only at judicial management, but above all the improvement of the judicial services.

Keywords

Brazilian Judicial Power; judicial statistics; efficiency; technology; administration of Justice.

1 Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), São Carlos, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-2324-0106

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7396-1879

CC BY-NC

Introdução

Este artigo trata da produção de dados sobre as atividades do Poder Judiciário brasileiro como medida quantitativa de seu desempenho, verificando suas limitações em termos de confiabilidade e instrumentalidade. Para isso, apoia-se em pesquisa documental e bibliográfica, retomando o histórico da produção de estatísticas judiciais no país, detendo-se na evolução do relatório *Justiça em Números*, analisado à luz das recomendações dos principais organismos internacionais encarregados da avaliação da eficiência de sistemas de justiça, como o Banco Mundial, a Comissão Europeia pela Eficiência na Justiça (CEPEJ) e o International Consortium for Court Excellence (ICCE).

A tecnologia e seu uso são centrais não somente na produção e na circulação das informações sobre o funcionamento do Judiciário, como também em sua gestão administrativa. A produção de dados e estatísticas judiciais no Brasil tem longa tradição. Conforme documentam Sadek e Oliveira (2012), estatísticas judiciais são geradas desde o início da República. Algumas, inclusive, eram mais detalhadas do que as de que dispomos hoje, sobretudo com relação aos processos criminais, que traziam o perfil dos casos, por tipo, incluindo indicadores demográficos dos réus.

A partir da criação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na década de 1930, os anuários estatísticos passaram a trazer informações sobre a atuação da Justiça, com cobertura variável, destacando-se dados gerais sobre a criminalidade e a repressão, e a movimentação processual do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao longo do tempo, contudo, essas informações foram escasseando e perdendo acuidade no grau de especificidade (SADEK e OLIVEIRA, 2012, p. 22-23).

Após a promulgação da Constituição de 1988, ficou a cargo do próprio Poder Judiciário sistematizar suas estatísticas, com a criação do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), administrado pelo STF. Esse banco reunia dados sobre: a quantidade de cargos de juiz (existentes e providos); concursos realizados e em andamento; número de processos ingressados e julgados; natureza das causas; número de comarcas, varas e juizados existentes; proporção de ações cíveis e criminais; o percentual de processos cuja parte fosse a Administração Pública; o tempo médio para o julgamento final dos processos em cada instância; entre outras informações (SADEK e OLIVEIRA, 2012, p. 26).

Com a aprovação da Emenda Constitucional (EC) n. 45, em 2004, conhecida por "Reforma do Judiciário", e a instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2005, o Judiciário passou a ter um órgão centralizador das estatísticas judiciais, responsável por seu recebimento, seu processamento e sua publicação.

Esses dados integram o Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), repositório oficial de dados da Justiça brasileira, criado pela Resolução n. 4, de 16 de agosto de 2005, e regulamentado pela Resolução n. 15, de 20 de abril de 2006, posteriormente substituída pela Resolução n. 76, de 15 de maio de 2009, orientando a coleta de dados e a publicação anual do relatório *Justiça em Números*.

A produção de dados estatísticos confiáveis, que permitam a instituição de um planejamento estratégico e o monitoramento de ações voltadas à melhoria da prestação jurisdicional, faz parte de uma tendência global na administração pública, no sentido de adotar instrumentos capazes de monitorar o desempenho organizacional e orientar práticas voltadas à otimização da alocação de recursos e à melhoria dos serviços prestados. Essa tendência se iniciou no Poder Executivo, na década de 1980 (NOGUEIRA, 2010), e chegou ao Judiciário no final da década de 1990, em um movimento liderado pelo Banco Mundial, com a instituição dos Indicadores de Governança Mundial (AMARILES, 2016).

Os Indicadores de Governança Mundial, por sua vez, foram inspirados no documento conhecido como Consenso de Washington, publicado em 1998 (BURKI e PERRY, 1998) pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), que definiu um conjunto de medidas político-institucionais a serem aplicadas em países não desenvolvidos, por meio de reformas do Estado, a fim de promover um maior desenvolvimento, atraindo, assim, financiamento internacional.

Com base nesse documento, não somente o Banco Mundial, mas diversas outras agências internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (IDB) e a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID), passaram a promover programas de financiamento para a reforma de instituições governamentais com o fim de atender às medidas indicadas pelo Consenso de Washington (DOMINGO e SIEDER, 2001). Nesse sentido, a implementação e o fortalecimento do *rule of law*, a fim de que o sistema de Justiça fosse independente e que garantisse segurança jurídica e previsibilidade de suas decisões, eram alguns dos princípios norteadores de tais medidas, e, no caso do Judiciário, levaram ao desenvolvimento de indicadores de monitoramento de suas atividades (CUNHA, 2008).

A criação, pelo Banco Mundial, de indicadores jurídicos transnacionais voltados à identificação de problemas e à orientação de projetos de reforma do Judiciário estava alinhada com o princípio do *rule of law*. O objetivo central desses indicadores era apoiar a política de desenvolvimento econômico, mensurando a eficiência judicial, com destaque para a rapidez (prazos processuais) e a previsibilidade das decisões judiciais. A eficiência foi a principal medida de desempenho judicial adotada, com a preocupação de verificar quão bem os recursos (financeiros, materiais e humanos) eram empregados na geração de resultados nos tribunais (decisões).

De acordo com Buscaglia e Dakolias (1999, p. 2): "Inefficiency causes delays, which raise litigant-related costs; higher costs in turn impede user access to the courts, and thereby damage faith in the legal system. Efficiency is therefore an important aspect of a judiciary's effectiveness".[1]

Essa orientação para a mensuração de eficiência levou à necessidade de produção de dados e sua transformação em informações confiáveis para identificar problemas e alcançar soluções,

1 Em tradução livre: "A ineficiência causa atrasos, que aumentam os custos relacionados ao litigante; os custos mais altos, por sua vez, impedem o acesso dos usuários aos tribunais e, assim, prejudicam a fé no sistema legal. A eficiência é, portanto, um aspecto importante da eficácia do Judiciário".

sendo instrumento indispensável para concretizar mudanças e melhorias na prestação jurisdicional. Assim, argumenta-se que as estatísticas judiciais podem ter impacto benéfico para a *accountability* e a responsabilização judicial, contribuindo para melhorar a capacidade do Judiciário de fornecer respostas eficazes à sociedade e aos demais Poderes do Estado (ELENA, 2015).

A existência e a publicidade de dados são necessárias a fim de que: (i) o público possa conhecer quais são as atividades desenvolvidas pelo Judiciário; (ii) os órgãos de cúpula possam monitorar seu desempenho e planejar projetos futuros; (iii) os governos possam elaborar e promover políticas públicas de reforma e melhoria nessa área; (iv) os *experts* possam avaliar o funcionamento do sistema de Justiça como um todo (CUNHA, 2010).

Em perspectiva comparada, é possível indicar um conjunto de variáveis mínimas, em termos de *accountability* e responsividade, que o Poder Judiciário deve apresentar. Essas variáveis são pautadas principalmente por organismos internacionais, que estão envolvidos na avaliação da eficiência do sistema de Justiça, como o Banco Mundial e a CEPEJ. De maneira geral, esses organismos recomendam que o Judiciário produza informações sobre suas atividades, que essas informações sejam acessíveis, de qualidade, atualizadas e que possam ser comparadas com as de outros sistemas de informações, sejam eles nacionais ou internacionais.

Entre as informações que são consideradas importantes estão: (i) o número de processos iniciados por ano; (ii) o número de casos resolvidos por ano; (iii) o número de casos pendentes no final de cada ano; (iv) a taxa de atendimento à demanda (*clearance rate*); (v) a taxa de congestionamento; (vi) a média de duração dos casos; (vii) o número de juízes por cem mil habitantes. Esses dados devem estar organizados por área, por instância judicial e por jurisdição (DAKOLIAS, 1999, p. 7). Devem ser de fácil acesso, com apresentação e linguagem objetivas.

Os dados sobre as atividades do Judiciário devem, ainda, ser coletados, preferencialmente, a partir do sistema de andamento processual. O tamanho, o conteúdo e a idade do acervo de dados também são importantes, a fim de que cada um dos tribunais possa identificar o que não está sendo decidido. Além disso, os sistemas estatísticos construídos a partir dessas informações devem servir como mecanismos objetivos de avaliação da administração judiciária, na medida em que instrumentalizam: (i) os juízes, na administração de seus tribunais; (ii) os legisladores, na avaliação dos conflitos gerados a partir da elaboração de uma lei; (iii) os cidadãos e as organizações que utilizam o Judiciário, como forma de reduzir a incerteza jurídica (CUNHA, 2008).

A partir das orientações desses organismos internacionais, surgiu o ICCE (ICCE, 2018), que desenvolveu um arcabouço metodológico para a avaliação do desempenho judicial. O relatório traz a definição das medidas, seu propósito, a metodologia para obtenção e cálculo, definindo a lógica de mensuração como um processo e uma disciplina de gerenciamento.

> Court performance measurement and management (PMM) is the discipline and the process of monitoring, analyzing, and using organizational performance data on a regular

> (ideally in real or near-real time) and continuous basis for the purposes of improvements in organizational efficiency and effectiveness, in transparency and accountability, and in public trust and confidence in the courts and the justice system. (ICCE, 2018, p. 6)[2]

São onze as medidas de desempenho propostas pelo ICCE: (i) satisfação dos usuários, dada pelo percentual de usuários que acreditam que o tribunal oferece justiça processual, ou seja, um serviço acessível, justo, preciso, em tempo apropriado, informado e cortês; (ii) acessibilidade, definida como o valor médio das taxas judiciais cobradas em um processo civil; (iii) taxa de atendimento à demanda ou de liberação de casos, dada pelo número de casos finalizados, expressos como uma porcentagem de casos recebidos; (iv) cumprimento de prazo, dado pela porcentagem de casos resolvidos ou finalizados dentro dos prazos estabelecidos; (v) tempo de custódia pré-julgamento, dado pelo tempo médio em que réus criminais presos aguardam julgamento; (vi) integridade dos processos, dada pela porcentagem de arquivos de casos que podem ser localizados e recuperados de maneira oportuna, atendendo aos padrões estabelecidos de precisão, organização e integridade; (vii) taxa de congestionamento, dada pela porcentagem de casos no sistema judiciário mais demorados em relação aos prazos estabelecidos; (viii) garantia da data de julgamento, dada pela proporção de eventos importantes de processamento de casos (tentativas) que são mantidos quando agendados pela primeira vez; (ix) comprometimento dos servidores, dado pelo percentual de servidores judiciais que estão produtivamente engajados na missão e no trabalho do tribunal; (x) conformidade com ordens judiciais, calculada a partir da recuperação de custas judiciais criminais e cíveis como proporção das taxas impostas; e (xi) custo por caso, dado pelo custo médio de resolução de um processo judicial, desagregado por segmento, nível e localização do tribunal, e por tipo de caso (ICCE, 2018, p. 2).

Outra orientação na produção de estatísticas judiciais é a adoção do padrão de dados abertos. Com base no *Open Data Handbook*, Elena (2015, p. 3) especifica as características do formato aberto, que incluem: acessibilidade (disponibilidade integral de dados, a um custo de reprodução razoável, preferencialmente acessíveis para *download on-line*); sustentabilidade (dados atualizados com frequência definida e processos padronizados para publicação); reutilização (formato de dados que permite a reutilização, a redistribuição e a combinação com outros conjuntos de dados – interoperabilidade); e não discriminação (o acesso aos dados não deve ser restrito a determinados propósitos ou sujeito a direitos autorais).

2 Em tradução livre: "Mensuração e gerenciamento do desempenho de tribunais é a disciplina e o processo de monitorar, analisar e usar dados de desempenho organizacional em uma base regular (idealmente em tempo real ou quase real) e contínua para fins de melhorias na eficiência e eficácia organizacional, na transparência e prestação de contas, e na confiança pública e confiança nos tribunais e no sistema de Justiça".

As estatísticas judiciais e a adoção de um padrão de dados para que possam ser acessados livremente somente é possível a partir da utilização de instrumentos de tecnologia da informação e de sistemas integrados que sejam capazes de dar robustez e confiabilidade às informações disponíveis. De maneira geral, é possível afirmar que a tecnologia já faz parte da grande maioria dos sistemas de Justiça e foi adotada como estratégia para melhorar a prestação jurisdicional. Nesse sentido, a tecnologia é utilizada não somente para a produção de informação sobre as atividades judiciais, mas também como mecanismo de acesso à Justiça, como é o caso dos processos judiciais digitais, formato que têm um impacto direto no tempo de tramitação dos processos; e da maior transparência e agilidade no acompanhamento dos processos, por meio das páginas digitais dos tribunais. De acordo com relatório publicado em 2017 pelo Banco Mundial sobre os resultados de reformas dos Judiciários realizadas em países como Índia, Brasil e Argentina, a tecnologia tem sido um instrumento central na modernização das instituições do sistema de Justiça e produz resultados em menor tempo e com maior impacto na medição do desempenho dessas instituições (CHEMIN, HARLEY e PANTER, 2017).

No caso brasileiro, a implementação, o uso e o desenvolvimento de tecnologia do Poder Judiciário é um foco importante de atuação do CNJ. Exemplo disso é o fato de que faz parte da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, que trata da gestão e do planejamento do Judiciário brasileiro, o Macrodesafio Melhoria da Infraestrutura e Governança de TIC, cujo objetivo é:

> [...] garantir confiabilidade, integralidade e disponibilidade das informações, dos serviços e sistemas essenciais da justiça, por meio do incremento e modernização dos mecanismos tecnológicos, controles efetivos dos processos de segurança e de riscos, assim como a otimização de recursos humanos, orçamentários e tecnológicos. (CNJ, 2018a)

Ainda no que diz respeito ao uso da tecnologia em gestão e planejamento do Judiciário, tem crescido o interesse acadêmico nessa área, com foco em estudos empíricos. Em um levantamento sobre produções acadêmicas tratando do desempenho de judiciários, Gomes e Guimarães (2013) localizaram 58 estudos empíricos, publicados entre 1992 e 2011, consultando as principais bases de periódicos – Spell; SciELO; ABI/Inform Global (ProQuest); SAGE Journal online; JSTOR Arts & Science I Collection; SpringerLink; Emerald; Oxford Journal.

Um quinto dessas publicações trata do Judiciário brasileiro, havendo pesquisas sobre o Judiciário norte-americano, judiciários de outros países latino-americanos, de países europeus, asiáticos e africanos. Há, também, alguns estudos com perspectiva comparativa global.

Os autores observaram que o conceito de desempenho judicial é abrangente, envolvendo diferentes dimensões e níveis de análise, com os estudos comunicando-se pouco entre si. Observaram, também, que as dimensões de eficiência e celeridade são as mais comumente utilizadas para avaliar o desempenho, com foco mais no gerenciamento dos processos inter-

nos do que nos recursos disponíveis. No que se refere ao nível de análise, o que predomina é o organizacional, com foco no desempenho de tribunais, seguido do individual, com dados referentes aos juízes.

As variáveis mais recorrentes para mensurar desempenho são os produtos da atividade judicial: processos julgados e decisões proferidas. E as variáveis mais utilizadas na explicação do desempenho são as de insumo: número de magistrados; número de servidores; recursos financeiros; quantidade e complexidade de procedimentos administrativos; perfil dos magistrados e uso de tecnologia (GOMES e GUIMARÃES, 2013, p. 389).

A maioria das pesquisas é baseada em dados secundários, sobretudo documentos e bancos de dados oficiais, daí a importância de conhecer como são produzidos os dados sobre o Judiciário brasileiro.

Dado o panorama geral sobre a construção de indicadores de desempenho da atividade judicial e a possibilidade de estudos comparados acerca do tema, como analisar o caso brasileiro? Quais avanços foram verificados e quais são os limites e desafios de nosso sistema de produção de dados que ainda precisam ser superados, no sentido de torná-lo mais transparente e instrumental? Qual o papel da tecnologia nesse caso?

1. A produção de informação no Judiciário brasileiro

O Brasil está entre os países com melhor desempenho no que se refere à publicidade de estatísticas judiciais. Desde a criação do CNJ, tem havido regularidade na publicação de estatísticas, na disponibilidade de dados agregados e na acessibilidade.

Elena (2015) afirma que, apesar de o Poder Judiciário ser uma das instituições estatais menos sujeitas ao escrutínio público na América Latina, e de não haver estratégias sistemáticas para promover a responsabilização judicial, nem políticas públicas eficientes para melhorar a qualidade dos serviços de Justiça, tem havido melhoria no que se refere a políticas de transparência e publicidade de estatísticas judiciais na região.

A autora avalia sete países (Brasil, Costa Rica, Chile, Argentina, México, Peru e Uruguai), observando a disponibilidade de dados sobre decisões judiciais, movimentação processual, orçamento e estrutura administrativa, verificando se e em que medida atendem às características de dados abertos. Cada país recebeu uma pontuação, em uma escala final que vai de 0 a 120,5. O país mais bem avaliado foi o Brasil, com 107,05 pontos, seguido pela Costa Rica, com 99,86 pontos.

Elena conclui que, embora existam políticas de transparência e publicidade de informação nos sete países, e apesar de todos eles serem membros da Open Government Partnership, nenhum deles publica todos seus dados judiciais em formato aberto. A autora afirma que a quantidade de dados judiciais disponíveis tem sido mais resultado de políticas para aumentar a transparência do que para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional ou a *accountability* (ELENA, 2015, p. 9).

Sadek, Soares e Stemler (2017) seguem na mesma linha, indicando que o Brasil está entre os países que disponibilizam estatísticas judiciais mais detalhadas. Os autores observaram que, de um total de 23 judiciários de países integrantes da Organização de Estados Ibero-americanos (OEI), em apenas 13 (Brasil, Chile, Uruguai, Paraguai, Equador, Costa Rica, Guatemala, Peru, Honduras, Nicarágua, Panamá, Colômbia e Espanha) foram identificados registros recentes e sistematizados sobre litigiosidade e movimentação processual.

O Poder Judiciário brasileiro atende em grande parte aos indicadores mínimos pautados pelos organismos internacionais, disponibilizando um conjunto considerável de variáveis e indicadores quantitativos de desempenho. O SIESPJ conta com 810 variáveis para leitura por tribunal. Integrado ao SIESPJ, o Módulo de Produtividade Mensal disponibiliza algumas dessas variáveis desagregadas por serventia judiciária e por magistrado.[3]

A 14ª edição do relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2018b), que sistematiza os dados do SIESPJ, mostra que em 2017 tramitaram nos tribunais brasileiros 111,1 milhões de processos, o que representa 1 processo a cada 2 brasileiros.[4] Ingressaram nesses tribunais 29,1 milhões de casos novos, sendo 79,7% deles em formato eletrônico.

Foram baixados 31 milhões de processos, com uma produtividade de 1.819 processos por magistrado, considerando os 18.168 cargos providos. Em um terço dos casos baixados, o benefício da justiça gratuita foi concedido.

O ano de 2018 teve início com um passivo de 80,1 milhões de processos pendentes de decisão, sendo 39% desse total casos de execução fiscal. Essa movimentação processual custou R$ 90,8 bilhões aos cofres públicos, o que corresponde a 1,4% do PIB, ou um custo de R$ 437,47 por habitante.

O relatório traz outros indicadores, incluindo: a localização da estrutura física do Poder Judiciário; o quadro geral de pessoal; receitas; taxas de recorribilidade interna e externa; tempos de tramitação processual até a sentença, até a baixa e a idade média do acervo; um índice de conciliação; os assuntos e as classes processuais mais frequentes; e um índice de produtividade comparada da Justiça (IPC-Jus), que compara o serviço prestado (processos baixados), de acordo com os recursos consumidos (quadro de pessoal, orçamento, demanda e estoque). Para o cálculo desse índice, emprega-se a técnica de análise envoltória de dados (DEA),

3 O Módulo de Produtividade Mensal pode ser acessado via painéis do CNJ, no *link* https://paineis.cnj.jus.br. Acesso em: 20 set. 2018.

4 O Poder Judiciário brasileiro é composto por 91 tribunais: STF; Superior Tribunal de Justica (STJ); Superior Tribunal Militar (STM); Tribunal Superior do Trabalho (TST); Tribunal Superior Eleitoral (TSE); 5 Tribunais Regionais Federais (TRFs); 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs); 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TREs); 3 Tribunais de Justiça Militar Estaduais (TJMs); e 27 Tribunais de Justiça no âmbito da Justiça Estadual (TJs). Este artigo trata dos 90 tribunais que integram o SIESPJ, excluindo, portanto, o STF.

identificando-se os tribunais mais eficientes, ou seja, aqueles que conseguem produzir mais baixas com a menor quantidade de recursos.

O retrato que esses indicadores delineiam é de um Judiciário lento, caro e congestionado, apesar da alta produtividade dos juízes. A litigiosidade segue crescendo (em 2009 eram 24,6 milhões de casos novos), mas o perfil dos litigantes não é identificado. Sabemos, a partir de estudos anteriores, que a litigiosidade está concentrada nas mãos de poucos e contumazes litigantes, públicos e privados, dentre os quais se destacam os órgãos da Administração Pública e as instituições financeiras (CNJ, 2011).

Sabemos, também, a partir de levantamentos populacionais, que há um contingente significativo de pessoas que não levam seus conflitos passíveis de judicialização ao sistema formal de Justiça: dados do *Suplemento de Vitimização de Justiça*, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) (IBGE, 2009), mostraram que cerca de 40% das pessoas que passaram por conflitos graves não foram ao Judiciário em busca de solução.

Outros levantamentos um pouco mais recentes, mas com cobertura e alcance amostral menores, seguem identificando esse mesmo cenário, em que parte significativa da população declara ter vivenciado situações de desrespeito a direitos passíveis de solução pela via judicial, mas o contingente dos que procuram o caminho da Justiça formal é diminuto (SÁ E SILVA, 2011; OLIVEIRA e CUNHA, 2016).

A impressão é que chegamos a 2018 praticamente com os mesmos problemas de desempenho diagnosticados nas décadas de 1990 e 2000. Antes, portanto, da Reforma do Judiciário e da instalação do CNJ. Continuamos a ter, com o empréstimo das palavras de Sadek (2004, p. 86), demandas de menos e demandas de mais.

> Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada. (SADEK, 2004, p. 86)

O problema de eficiência fica ainda mais evidente quando se considera a relação custo-benefício para a sociedade como um todo, dado o custo da máquina judiciária e o perfil dos litigantes: um serviço caro, atendendo predominantemente ao próprio Estado, ao mercado financeiro e a outras organizações privadas.

Esse diagnóstico é ainda mais preocupante quando recorremos às informações sobre os gastos com tecnologia no Judiciário brasileiro, que, de alguma forma, deveriam se converter em melhoria dos sistemas de informação. De acordo a 14ª edição do relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2018b), desde 2009 houve um crescimento médio anual de 13,8% nos gastos com o uso da tecnologia na gestão do Judiciário.

2. A TECNOLOGIA E A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, o uso da tecnologia nos tribunais não é uma novidade. Ao contrário, é um fenômeno anterior à aprovação da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) e que, conforme já apontado, ganhou maior intensidade com a criação do CNJ. Apenas como exemplo, em relatório do Banco Mundial publicado em 2004 acerca da produção de informação sobre as atividades do Judiciário brasileiro, a informatização dos tribunais no Brasil, nas diversas áreas e instâncias, já era uma realidade desde o início dos anos 2000, apesar de não significar produção de informação mais confiável, padronização na geração de dados ou utilização desses instrumentos para a melhoria da gestão dos tribunais (CUNHA *et al.*, 2004).

Nesse sentido, se em termos de quantidade, transparência e publicidade de dados o cenário é positivo, em termos da qualidade desses dados é preciso avançar. Os dados disponíveis hoje são melhores que os existentes há uma década, mas continuam a permitir apenas a avaliação da produtividade global do Judiciário, de tribunais e juízes, estando ainda distantes do que é necessário para possibilitar a elaboração e a avaliação de políticas públicas de melhoria da prestação dos serviços de Justiça.

A produção de dados segue o modelo clássico de avaliação de desempenho, reportando os insumos, a demanda (porta de entrada) e a resposta (porta de saída), em uma abordagem de performance instrumental, via gerenciamento do fluxo de casos, com foco em resultados quantitativos para tribunais como um todo. Recursos (financeiros, humanos, infraestrutura); volume de demandas; tempos de movimentações processuais; produtividade; e taxas de recorribilidade estão disponíveis para cada um dos tribunais, sendo possível ler apenas alguns desses indicadores por unidade judicial e para cada juiz, como o volume de casos novos, pendentes e baixados, e os índices que derivam desses dados, como a taxa de congestionamento e o índice de atendimento à demanda. São medidas muito gerais, que permitem poucos avanços para a proposta de medidas efetivas de melhoria da prestação jurisdicional.

As dimensões da avaliação de desempenho utilizadas são as de eficiência técnica (produtividade); eficiência econômica (custos); e celeridade (tempo). Não há medidas de efetividade, como o cumprimento de decisões. O que mais se aproxima disso é o quantitativo de processos baixados na fase de execução, mas não temos detalhamento sobre valores pagos/recebidos, nem o perfil detalhado dos casos em termos de partes e assuntos. Tampouco é possível separar a quantidade de processos findos (baixados) em decorrência do cumprimento da decisão daqueles baixados em razão de prescrição.

Faltam, também, indicadores de qualidade, e o *proxy* mais utilizado para isso, o indicador de reforma de decisões, parou de ser publicado por inconsistência e imprecisão dos dados, uma vez que não há um movimento padrão para extrair essa informação. Desse modo, tribunais diferentes contabilizavam como reforma (recurso provido, total ou em parte) aspectos diferentes, com alguns classificando nessa categoria a mera revisão de honorários advocatícios. Em 2014, ano do último relatório *Justiça em Números* que traz esses dados (CNJ, 2015), o indicador de reforma no 2º grau da Justiça estadual variou de 4,4%, para o Tribunal de Justiça

do Estado do Acre (TJAC), até 71,2%, para o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) contabilizou 12% de reforma, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), 20%.

O CNJ vem utilizando as estatísticas judiciais para identificar alguns gargalos – aplicando modelos como o DEA, que resulta no já citado IPC-Jus – e vem perseguindo uma agenda eficientista, com a preocupação de gerir o volume de litígios, mais do que lidar com suas causas. Para isso, seria necessário produzir dados mais detalhados, desagregados e com maior consistência sobre o perfil das demandas e das partes. Hoje só estão disponíveis quantitativos de processos por classe e assunto, e, como esses dados são gerados de maneira agregada, é impossível cruzar essas informações.

A principal política judiciária para lidar com a judicialização excessiva têm sido as metas de produtividade dos juízes, voltadas a desafogar o Judiciário.[5] Contudo, se observarmos que o passivo de processos só aumenta ano a ano, tendo crescido 32% entre 2009 e 2018, verificamos que essa política não tem sido efetiva, sugerindo que os indicadores de desempenho judicial não têm sido utilizados para propor políticas capazes de sanar as principais deficiências na prestação jurisdicional.

Há uma série de fatores que precisam ser considerados para entender por que o cenário do desempenho judicial mudou tão pouco, e sob alguns aspectos parece até mesmo ter piorado. Um deles é a necessidade de qualificação das estatísticas judiciais: há problemas quanto à forma como os dados são coletados; sua organização, consistência e confiabilidade; e sua instrumentalidade na administração dos tribunais.

Os dados existentes sobre desempenho judicial ainda estão muito distantes do que é necessário e realizável, dada a tecnologia hoje existente, para possibilitar a elaboração e a avaliação de políticas públicas de melhoria e acompanhamento da prestação dos serviços de Justiça.

2.1 Qualidade dos dados: limitações e desafios

As principais limitações que a produção de estatísticas judiciais apresenta estão relacionadas à forma de geração dos dados. Apesar da criação do CNJ em 2005, e da centralização na publicização dos dados, não houve uma mudança significativa na maneira como os dados

• • •

5 Os dados compilados nos relatórios *Justiça em Números* orientam a elaboração de diagnósticos e de metas aplicáveis ao Poder Judiciário Nacional. O CNJ acompanha o alcance dessas metas pelos diferentes tribunais ano a ano, a partir do *Relatório de Metas*, disponível no *link*: http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas (CNJ, 2018c). Uma vez que o interesse do presente artigo não está na gestão do Judiciário em si, mas sim na produção de estatísticas judiciais que permitam a elaboração de melhores diagnósticos (no sentido de mais precisos e instrumentais), voltados à orientação de ações para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, as metas não são objeto de análise aqui. Para uma discussão sobre metas e governança judicial, ver, entre outros, Ruschel, Silva e Rover (2010).

são extraídos e consolidados: isso continua a ser realizado previamente por tribunal, remetendo-se ao CNJ de maneira agregada, inicialmente por meio de planilhas e agora por meio de formulário eletrônico.

Os problemas se iniciam na arquitetura do sistema de informática dos tribunais – tecnologia –, que foi planejado para gerar dados individuais sobre cada processo em andamento, e não variáveis padronizadas sobre o conjunto dos processos. Essa característica é um limitador do ponto de vista estatístico, pois não permite a geração espontânea de dados globais – como o volume do contencioso no que diz respeito à matéria, às partes, à duração média de cada feito e ao número de recursos gerados por pedido. A maneira como os dados são gerados dificulta tanto o acompanhamento do percurso de um processo dentro do Judiciário quanto o conhecimento da solução que o tribunal confere para cada tipo de caso.

Nesse sentido, é possível afirmar que o uso da tecnologia nos tribunais, ou seus sistemas de informática, não aconteceu a partir do pressuposto de uma nova gestão pública, em que a transparência e a eficiência decorrem da racionalização dos processos administrativos, que só é possível quando são: (i) identificadas as especificidades de cada processo; (ii) padronizadas as classificações dos processos; e (iii) centralizadas a produção das informações sobre os processos. Isso sem falar na publicização e na transparência das informações, a fim de que a gestão pública seja acessível a uma gama cada vez maior de cidadãos (LIMA, FRAGA e OLIVEIRA, 2016). Ao contrário, a tecnologia nos tribunais brasileiros tem servido, em sua maioria, muito mais como uma política de modernização de seus recursos materiais do que efetivamente como tecnologia da informação e comunicação.

Por esse ângulo, o relatório do Banco Mundial de 2004, já indicado, mostrava que a tecnologia e o uso de computadores ou a digitalização dos processos não produziam efeito no tempo dos processos – até porque estes não eram mensurados –, na administração da Justiça ou na transparência das atividades do Judiciário, já que tinham como destinatário principal e imediato os advogados, que utilizavam e utilizam o sistema digital simplesmente para acompanhar o andamento processual (BANCO MUNDIAL, 2004).

A partir da criação do CNJ, buscou-se trazer um olhar sobre a importância da tecnologia e das estatísticas na gestão dos tribunais. Em 2006, foi criado o Banco de Soluções do Poder Judiciário, via Resolução CNJ n. 12 (de 14 de fevereiro de 2006), para definir os padrões de interoperabilidade a serem utilizados no Poder Judiciário. Em decorrência dessa resolução, foi acordado, em 2009, entre STF, CNJ, STJ, Conselho da Justiça Federal (CJF), TST, Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), Advocacia-Geral da União (AGU) e Procuradoria-Geral da República (PGR), o Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI). O MNI estabelece padrões para o intercâmbio de informações de processos judiciais. Assim, de acordo com o MNI, os tribunais precisam ser capazes de extrair, minimamente, as seguintes informações, com consistência, para processos baixados e em tramitação: número do processo; unidade judiciária; nome das partes; CPF ou CNPJ das partes; código e descrição da classe processual, do assunto e da movimentação (movimentos).

Um dos estímulos à adoção do MNI pelos tribunais foi o Selo Justiça em Números,[6] uma premiação aos tribunais que conseguissem gerar essas informações mínimas por processo (Portaria CNJ n. 186, de 17 de outubro de 2013). Essa premiação fez que a preocupação com a qualidade e fidedignidade dos dados estatísticos passasse dos técnicos para a alta administração dos tribunais. Porém, apesar de o Selo existir desde 2013, nem todos os tribunais disponibilizam os dados por processo.[7] Os dados existentes não são públicos, nem são utilizados para calcular os indicadores do Justiça em Números.

Em 2008, via Resolução n. 65, de 16 de dezembro de 2008, o CNJ estabeleceu a numeração única para os processos judiciais, padronizando e fixando o número dos processos ao longo de toda sua tramitação no Poder Judiciário, independentemente de mudança de instância. Essa solução facilitaria o acompanhamento do percurso dos processos se as estatísticas fossem produzidas tendo o processo como unidade básica de análise, e não o tribunal. Apesar disso, a mesma numeração em diferentes instâncias não é tratada de maneira igual pelos 91 tribunais brasileiros.[8]

Como decorrência direta dessa limitação, a estimativa do tempo de duração dos processos é feita com base no tempo médio até a sentença, no tempo médio até a baixa e na duração média dos processos pendentes, seguindo uma divisão unicamente por etapas de conhecimento e execução, separando os processos por instância e ramo de Justiça. Esse indicador não permite avaliações mais precisas para o direcionamento de políticas de combate à morosidade. Para isso, seria mais profícuo trabalhar com *quantis*, por agrupamento de processos semelhantes, segundo classe, assunto e perfil das partes. Para possibilitar essas análises seria necessário utilizar dados desagregados, considerando como unidade de análise o processo, e não o tribunal.

Esse acesso ainda é difícil porque, embora 4/5 dos processos novos tramitem em formato eletrônico, não há padronização no formato dos sistemas. A Resolução CNJ n. 185/2013, que instituiu o Sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe), não previu a obrigatoriedade do formato, havendo outros sistemas de tramitação eletrônica nos tribunais. Além disso, apesar de a Resolução CNJ n. 185/2013 indicar como uma das funções da implantação do PJe "o fornecimento de dados essenciais à gestão das informações necessárias aos diversos órgãos de supervisão, controle e uso do sistema judiciário", o que temos hoje é a existência de plataformas eletrônicas diferentes, nos diversos órgãos do Poder Judiciário, que têm como objetivo principal facilitar o acompanhamento processual dos casos em andamento nesses órgãos.

6 Para detalhamento do Selo Justiça em Números, conferir CNJ (s.d.).

7 De acordo com Barbão e Oliveira (2017, p. 27), para 2015, por exemplo, os tribunais de justiça estadual de São Paulo e Rio Grande do Norte e os tribunais federais das 1ª e 3ª regiões não forneceram os dados.

8 Ver nota 4.

De acordo com dados do 14º relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2018b, p. 90), em 2017 existiam pelo menos outros oito sistemas eletrônicos em uso nos tribunais estaduais e unidades judiciárias vinculadas (e-SAJ, Themis, Tucujuris, e-Proc, SCPV, UDI, Projudi, Ejud).

Essa diversidade de formatos no uso da tecnologia para a produção de informação das atividades dos tribunais gera desafios para a parametrização, no sentido de transformar os dados: dispersos em várias bases de dados, com códigos e regras de codificação diferentes, é preciso padronizar, validar e consolidar tudo em uma base única para extração de informações.

Assim, é possível afirmar que o uso de tecnologia no Judiciário brasileiro não atende à demanda por produção de informação sobre a atividade judiciária, tampouco favorece o uso dessa informação como instrumento de gestão e melhoria da prestação jurisdicional. Além disso, a diversidade de sistemas eletrônicos, em vez de contribuir para a democratização do acesso à Justiça, tem produzido obstáculos até mesmo para os usuários desses sistemas, que precisam criar cadastros distintos para acessar cada uma das plataformas dos diferentes tribunais e, muitas vezes, dispor de diferentes *softwares* para poder acessar essas plataformas (AQUINO, 2019).

Além de limitar o tipo de uso que se pode fazer dos dados, por não ser possível uma série de cruzamentos, a forma de geração dos dados ou do emprego da tecnologia provoca, também, problemas de inconsistência. Um dos mais notórios é o volume de processos pendentes. Se no ano de 2017 havia um passivo de 79,8 milhões de processos não finalizados em 2016; ingressaram 29,1 milhões de casos novos; e foram baixados 31,0 milhões de casos, o balanço final deveria ser de 77,9 milhões de processos pendentes, e não os 80,1 milhões reportados. A diferença é de 2,2 milhões de processos. A diferença pode parecer pequena, mas deveríamos ter condições de contar com precisão o número de processos.

Em 2017, o CNJ passou a contabilizar os processos já baixados que retornam à tramitação, por qualquer motivo, sem figurar como caso novo. Foram cerca de 600 mil casos reativados. Ainda assim, resta uma diferença substancial, com o total de casos pendentes seguindo superestimado.

Essa diferença é devida, possivelmente, ao que é contabilizado como caso novo e à forma como esses dados são extraídos por cada tribunal. O CNJ disponibiliza glossários, regras de parametrização e *scripts* do PJe detalhados para aferição de cada variável, mas não há garantia de que todas as extrações realizadas pelos tribunais estejam corretas.

É preciso considerar, ainda, as especificidades na contabilização de caso novo; nem todas as classes processuais são incluídas e os processos baixados na fase de conhecimento são contabilizados como novos, mais uma vez, se ingressam na fase de execução. A contabilização segue a lógica de mensuração de esforço de trabalho dos magistrados, que podem ser beneficiados ou penalizados de acordo com sua produtividade – em vez de seguir a lógica de acompanhamento da qualidade da prestação jurisdicional, a partir da trajetória do processo.

Outras inconsistências ocorrem por conta do processo de cadastramento dos casos. Processos mal-autuados, classificados em categorias indevidas, que recebem movimentos e assuntos

lançados de maneira inadequada, contribuem para gerar problemas de consistência, prejudicando a sistematização dos dados. É praticamente impossível saber hoje, por exemplo, a quantidade exata de processos que reivindicam acesso a uma medicação específica, em uma das frentes que vêm sendo discutidas no campo da judicialização da saúde. Pesquisadores interessados nessa temática têm lançado mão de estratégias diversas para obter acesso ao total de processos, sendo a pesquisa nas páginas eletrônicas individuais de cada um dos tribunais o principal recurso quando se trata de acompanhar decisões de primeira instância (sentenças).

Da mesma maneira, por mais que existam esforços em verificar os litigantes recorrentes, as análises produzidas pelas pesquisas empíricas que utilizam os sistemas digitais dos tribunais trazem apenas aproximações da realidade. Isso porque a tecnologia utilizada no Judiciário não é capaz de produzir essa informação e, assim, dar consistência aos dados. O que o uso da tecnologia tem feito nos tribunais brasileiros é apenas contabilizar casos de diferentes complexidades, com causas e consequências diversas dentro e fora dos tribunais, que, por sua vez, aprofundam o desconhecimento sobre o impacto da Justiça no dia a dia do cidadão, sobre o acesso à Justiça e sobre a imparcialidade da lei.

Embora o CNJ tenha criado as Tabelas Processuais Unificadas, para dar uniformidade à taxonomia e terminologia de classes, aos assuntos e movimentações processuais no Poder Judiciário (Resolução CNJ n. 14, de 18 de dezembro de 2007), seu uso ainda não é universal; e mesmo entre as unidades judiciárias que utilizam as tabelas ainda há equívocos, com critérios empregados indiscriminadamente para a classificação dos processos. Além disso, falta padronização no cadastro das partes, e em muitos casos essa informação está ausente. Falta, também, sistematicidade no corpo das decisões – por exemplo, quando se trata dos valores pagos aos jurisdicionados e, no caso de reforma de decisão, qual o teor da revisão, ou seja, o que exatamente foi alterado.

Aqui, mais uma vez, é preciso ressaltar que a existência de sistemas digitais incapazes de produzir informações automaticamente e a simples criação das Tabelas Processuais Unificadas, sem que antes tenha havido debate sobre a importância e a utilidade dessas informações, limita o alcance do uso da tecnologia, muitas vezes mascarando informações que poderiam ser utilizadas para a construção de novas políticas públicas na área, melhorando efetivamente a prestação jurisdicional do Estado. Santiago Varella (2017), em artigo recente sobre a produção de indicadores da Justiça, mostra que não somente é preciso melhorar a produção de dados sobre o Judiciário, mas é também fundamental que haja debate e troca entre as instituições do sistema de Justiça, a academia e os institutos de pesquisa a respeito do uso dos dados, seu alcance e sua limitação.

Na área criminal, foi criado o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP 2.0, instituído e regulamentado pela Resolução CNJ n. 251, de 4 de setembro de 2018), que procura contabilizar e detalhar os processos criminais que envolvem penas privativas de liberdade. Resta verificar em que medida os tribunais irão fornecer informações para esse registro e se esses dados serão confiáveis.

A tecnologia, nesse sentido, deve ser um instrumento para melhoria, e não para tornar as instituições públicas reféns de sistemas de informática que sustentam um discurso de modernidade, mas que, na verdade, não contribuem para a transformação das políticas públicas.

O CNJ tem estabelecido políticas voltadas à padronização de informações, mas sua adoção pelos tribunais tem se dado de modo e em graus variados, com pouca capacidade de *enforcement*. A crítica feita por Sadek (2006) ao excesso de descentralização e autonomia administrativa do Poder Judiciário permanece válida, com esse poder levando a suas últimas consequências o federalismo.

Por outro lado, é preciso também levar em conta em que medida o uso da tecnologia no Judiciário por meio da introdução de computadores e sistemas digitais como instrumento de trabalho vem produzindo um novo tipo de magistrado. De acordo com a análise de Fernando Fontainha (2012) em seu trabalho *Juízes empreendedores: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros*, se em um primeiro momento o uso de computadores e da tecnologia nos tribunais tinha como objetivo facilitar o trabalho dos juízes, reduzindo o tempo dos processos, melhorando a prestação dos serviços e a satisfação dos usuários, impactando positivamente a prestação jurisdicional, tal estratégia levou ao surgimento de um novo tipo de juiz, voltado para o que o autor chama de "juiz-empreendedor".

O juiz-empreendedor tem como interesse fundamental a gestão dos tribunais e, ao fim e ao cabo, o cumprimento de metas quantitativas impostas pelo CNJ, em vez de se atentar à atividade para a qual foi selecionado e treinado, qual seja, a prestação jurisdicional (FONTAINHA, 2012).

Apesar da existência de processos digitais e do uso de ferramentas como protocolos eletrônicos e videoconferências, ou do aplicativo de mensagens WhatsApp para realizar intimações judiciais, o foco está na gestão das atividades, e não no impacto que o Judiciário tem na sociedade.

No que se refere à produção de indicadores de desempenho judicial, depois de mais de uma década da instalação do CNJ, continuamos, em essência, produzindo dados agregados sobre o volume de casos processados pelo Poder Judiciário, que buscam exclusivamente quantificar os casos, não sendo possível identificar as partes ou o perfil dos tipos de casos mais frequentes ou que causam maior impacto. O objetivo da estatística judicial no Brasil parece continuar a ser o de acompanhar o volume de trabalho dos juízes e dos tribunais, não tendo se transformado em um instrumento importante no sentido de informar e organizar a elaboração de políticas públicas na área, nem a avaliação de medidas adotadas. A integração dos sistemas e sua capacidade de produzir informações de maneira automática e confiável são essenciais para a evolução e a melhoria dos serviços públicos dentro do Judiciário brasileiro.

Embora existam dificuldades reconhecidas para se mensurar o desempenho não apenas do Judiciário, mas do setor público como um todo (NOGUEIRA, 2010), é preciso avançar na produção de dados mais consistentes e detalhados, e que de fato possam balizar políticas públicas efetivas para os problemas há décadas diagnosticados.

Ainda que se considere apenas o critério de eficiência, área em que a produção de estatísticas mais avançou, com o CNJ produzindo, inclusive, um indicador sintético de desempenho (o IPC-Jus), não parece ter havido melhoria concreta no desempenho dos tribunais a partir de seus resultados. Conforme aponta Yeung (2018), a maioria dos tribunais estaduais inicialmente apontados como ineficientes, a partir do emprego de modelos DEA, continua ineficiente após vários anos. Segundo a autora, juízes e mesmo gestores do CNJ não parecem ter captado o verdadeiro valor da análise de eficiência, pois, embora defendam a agenda do aumento de eficiência, as ações e políticas parecem adotadas por "tentativas e erros", sem uma análise das causas da ineficiência disseminada (YEUNG, 2018, p. 8).

Essa constatação vai ao encontro do que Lima (2008) observou sobre a produção de estatísticas de segurança pública no Brasil, no sentido de assinalar que a produção de dados pode gerar uma ilusão de transparência, ou uma "opacidade".

> O aumento da quantidade de dados produzidos, advindo da modernização tecnológica do Estado, provoca, por sua vez, a opacidade do excesso de exposição e permite que discursos de transparência sejam assumidos mas não provoquem mudanças nas regras e práticas de governo [...] a redefinição dos papéis de tais estatísticas e a superação desse quadro têm menos relação com aspectos técnicos, que são controláveis e dependem da tomada de decisões, e, mais, com aspectos políticos que deem conta de atribuir responsabilidades, evitar conflitos de competência e definir o significado e o sentido dos dados necessários às ações democráticas no campo da justiça e da segurança pública no Brasil. (LIMA, 2008, p. 69)

No caso específico das estatísticas de movimentação processual do Poder Judiciário, é preciso vontade política para impor uma transformação na lógica de produção e publicação dos dados, que precisam ser desagregados por processo e encaminhados no padrão já existente do MNI, no sentido de permitir qualificar melhor essas estatísticas e transformá-las em informações e conhecimentos úteis.

Ao mesmo tempo, mudanças em termos técnicos precisam ser implementadas, tanto no sentido de aperfeiçoamento das variáveis, da forma como se contabilizam casos novos, por exemplo, quanto na promoção da qualidade dos registros (protocolo) – além de políticas de treinamento dos servidores, até mesmo do desenvolvimento e emprego de técnicas de *text mining* para verificar a qualidade dos registros e desenvolver classificadores automáticos. Para tanto, parece ser necessária uma nova concepção no quadro de recursos humanos no Judiciário, incorporando os servidores na gestão dos tribunais, tarefa que hoje é feita de maneira prioritária e que consome a maior parte do tempo dos magistrados, mantendo a mesma situação diagnosticada em pesquisas realizadas no início da década de 2000 (BANCO MUNDIAL, 2004).

Vivemos a efervescência do *big data*, havendo tecnologia disponível para aumentar a qualidade e a consistência da informação judicial, e também para melhorar o acesso. O Poder

Judiciário não dispõe de *application programing interface* (API) para facilitar o acesso do público às informações processuais, mantendo e privilegiando o acesso individual de cada processo por advogados, partes, magistrados ou pesquisadores.

Por fim, não basta o investimento na produção de estatísticas de movimentação processual e de dados administrativos. Como sabido, a avaliação de desempenho judicial envolve variáveis internas e externas, objetivas e subjetivas. A dimensão da percepção do desempenho do Poder Judiciário precisa ser incorporada. Seja na perspectiva de mensuração de atributos judiciais (STAATS, BOWLER e HISKEY, 2005), com base nas opiniões daqueles diretamente envolvidos com o sistema legal – advogados, servidores e partes –, seja na perspectiva da satisfação com o atendimento recebido e o serviço prestado.

Indicadores de desempenho e estatísticas não são perfeitos, não são isentos de vieses, e sempre constituirão uma aproximação e uma representação da realidade. Mas quanto mais detalhadas e desagregadas forem as informações, mais próximas da realidade se tornam e mais instrumentais para gestão de políticas públicas.

Conclusão

O Brasil tem uma tradição de produção de informação sobre o Judiciário. Esses dados já foram trabalhados no século XX pelo IBGE, que em alguns de seus anuários trazia informações detalhadas sobre os processos judiciais. A partir do final da década de 1990, estimulada pelo processo de modernização do Estado, via incorporação de paradigmas da nova gestão pública, e nos anos 2000, pela aprovação da EC n. 45/2004 e pela criação do CNJ, a estatística judicial vinculada ao uso da tecnologia ganhou impulso adicional nessa área.

A digitalização dos processos, o uso de sistemas digitais para o acompanhamento processual e a institucionalização das páginas eletrônicas dos tribunais já são uma realidade no Judiciário brasileiro. Porém, o foco principal do uso da tecnologia nesses casos não é a melhoria da prestação jurisdicional ou mesmo a análise, discussão e produção de políticas públicas a fim de melhorar a qualidade do serviço prestado pela instituição e a satisfação e confiança do cidadão.

Ao privilegiar a produção de dados para métricas quantitativas da eficiência dos tribunais com dados principais de entrada e saída dos processos no sistema, sem se ater às especificidades e complexidades dos casos, ao perfil das partes que utilizam o Judiciário e à forma pela qual ele é utilizado, o uso da tecnologia nos tribunais não vem acompanhando o movimento para o emprego de *big data* como instrumento de monitoramento efetivo das atividades do Judiciário e das demais instituições do sistema de Justiça.

Apesar dos esforços do CNJ para centralizar e uniformizar a coleta de dados, impulsionando políticas a fim de que as instituições do sistema de Justiça possam trocar informações e avançar no sentido de garantir que os dados sejam mais confiáveis e robustos, o discurso de modernização dos tribunais a partir do uso de tecnologia e produção de dados permanece o mesmo desde o início da década de 2000, tendo envelhecido consideravelmente.

É como se atualmente as políticas na área estivessem simplesmente atualizando o atraso, ao não observar a necessidade de mudança do foco dos usuários dessas informações, que podem e devem partir de um paradigma que não esteja simplesmente fincado na ideia de eficiência, como aumentar o número de casos resolvidos em relação aos casos novos. É preciso avançar, incorporando a ideia de qualidade, para saber exatamente o que os servidores e juízes estão produzindo em termos de serviços públicos e do exercício de poder do Estado, o qual foi a eles concedido.

Rever a gestão da administração da Justiça, não como um fim em si mesma, mas como princípio norteador para maior segurança jurídica, previsibilidade de decisões e resultados eficazes, discutindo, compartilhando e revendo as formas de coleta, manipulação e publicização dos dados, que devem ser objeto de discussão e análise por profissionais de diferentes áreas de conhecimento, é essencial para que possamos fazer que a tecnologia esteja a favor da melhoria da prestação jurisdicional, e não o contrário.

AGRADECIMENTOS

As autoras agradecem o apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp – 2018/00395-9) e as sugestões e críticas dos pareceristas anônimos.

REFERÊNCIAS

AMARILES, David Restrepo. Transnational Legal Indicators: The Missing Link in a New Era of Law and Development Policy. *In*: FORTES, Pedro; BORATTI, Larissa; PALACIOS, Andres; DALY, Tom (eds.). *Law and Policy in Latin America*: Transforming Courts, Institutions, and Rights. Palgrave Macmillan, 2016. p. 95-111.

AQUINO, J. C. G. X. Processos digitais e o direito de acesso à Justiça: entraves com sistemas podem prejudicar usuários. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 8 fev. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/02/processos-digitais-e-o-direito-de-acesso-a-justica.shtml. Acesso em: 10 ago. 2019.

BANCO MUNDIAL. Brazil Making Justice Count Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil. *Report*, n. 32789-BR. Washington D.C.: Poverty Reduction and Economic Management Unit –

Latin America and the Caribbean Region. 30 dez. 2004. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/625351468017065986/pdf/327890REPLACEM10AS0PREVIOUS0RECORD1.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*, n. 2, p. 24-33, 2017.

BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. *Beyond the Washington Consensus*: Institutions Matter (English). Washington D.C.: World Bank, 1998. [World Bank Latin American and Caribbean Studies: Viewpoints]. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/556471468265784712/Beyond-the-Washington-Consensus-institutions-matter. Acesso em: 23 jan. 2019.

BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Comparative International Study of Court Performance Indicators*: A Descriptive and Analytical Account. Washington D.C.: The World Bank: The International Bank for Reconstruction and Development, 1999.

CHEMIN, Matthieu; HARLEY, Georgia; PANTER, Elaine Rene Elizabeth. *What Works?* Examples of Empirically Proven Justice Reforms. Washington, D.C.: World Bank Group, 2017. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/506611513850612331/What-works-examples-of-empirically-proven-justice-reforms. Acesso em: 23 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Histórico Selo Justiça em Números*. [s.d.]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/selo-justica-em-numeros. Acesso em: 20 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório de acompanhamento da estratégia nacional*: 2016/2017. Brasília: CNJ, 2018a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/43c48f805354b9f7ce7c9e3e581ff3f3.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *CNJ em números*: 2018. Brasília: CNJ, 2018c. Disponível em: https://wwwh.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-em-numeros. Acesso em: 12 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2015*: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/07/23fa2e5e06f732d0bb353d2747de333e.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

CUNHA, Luciana Gross. Indicadores de desempenho do Judiciário: como são produzidos e qual a sua finalidade. *Cadernos FGV Projetos*, v. 12, p. 41-45, 2010.

CUNHA, Luciana Gross. Rule of Law and Development: The Discourses on Institutional Reforms in the Justice System. *DIREITO GV: Working Papers*, n. 21, jun. 2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2835. Acesso em: 22 jan. 2019.

CUNHA, Luciana Gross *et al.* O sistema de justiça brasileiro, a produção de informações e sua utilização. *Cadernos DIREITO GV*, v. 1, n. 4, jun. 2004. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/2805. Acesso em: 10 ago. 2019.

DAKOLIAS, Maria. *Court Performance Around the World*: A Comparative Perspective. Washingon, D.C.: The World Bank: The International Bank for Reconstruction and Development, 1999.

DOMINGO, Pilar; SIEDER, Rachel (eds.). *Rule of Law in Latin America*: The International Promotion of Judicial Reform. London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001.

ELENA, Sandra. Open Data for Open Justice: A Case Study of the Judiciaries of Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Mexico, Peru and Uruguay. *In*: OPEN DATA RESEARCH SYMPOSIUM. Center for the Implementation of Public Policies Promoting Equity and Growth. Ottawa, Canada, 27 maio 2015. Disponível em: http://www.opendataresearch.org/dl/symposium2015/odrs2015-paper10.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Juízes empreendedores*: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário: conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 379--401, 2013.

INTERNATIONAL CONSORTIUM FOR COURT EXCELLENCE (ICCE). *Global Measures of Court Performance*. Melbourne: Secretariat for the International Consortium for Court Excellence. 2018. Disponível em: http://www.courtexcellence.com/~/media/Microsites/Files/ICCE/Global%20Measures%20Pre-Publication%20-%20Sep%202018.ashx. Acesso em: 21 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil*. PNAD, 2009. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv47311.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

LIMA, Daniella Munhoz da Costa; FRAGA, Valderez Ferreira; OLIVEIRA, Fátima Bayma. O paradoxo da reforma do Judiciário: embates entre a nova gestão pública e a cultura organizacional do jeitinho. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 6, p. 893-912, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122016000600893&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24 jan. 2019.

LIMA, Renato Sérgio de. A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 80, p. 65-69, 2008.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia. *A gestão do Poder Judiciário*: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do Judiciário brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, p. 318-349, 2016.

RUSCHEL, Aírton José; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo; ROVER, Aires José. O Governo Eletrônico na gestão do Judiciário. *Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 16, n. 23, p. 25-44, 2010.

SÁ E SILVA, Fábio. *SIPS*: Sistema de Indicadores de Percepção Social: Justiça. Brasília, Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. A produção acadêmica sobre o sistema de justiça. *Cadernos Direito GV*. São Paulo, v. 2, n. 3, p. 29-33, 2006.

SADEK, Maria Tereza Aina; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Estudos, pesquisas e dados em justiça. *In*: OLIVEIRA, Fabiana Luci de (org.). *Justiça em foco*: estudos empíricos. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 15-61. v. 1.

SADEK, Maria Tereza Aina; SOARES, Gabriela; STEMLER, Igor. Judiciário e transparência: *Justiça em Números* do Brasil se destaca com ampla diversidade de informações. *Jota*, 12 dez. 2017. Disponível

em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judiciario-e-transparencia-12122017. Acesso em: 20 set. 2018.

STAATS, Joseph; BOWLER, Shaun; HISKEY, Jonathan. Measuring Judicial Performance in Latin America. *American Politics & Society*, v. 47, n. 4, p. 77-106, 2005.

VARELLA, Santiago. Estatística, planejamento e políticas judiciárias: ainda um debate de surdos. *Jota*, 1º mar. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315716525_Estatistica_planejamento_e_politicas_judiciarias_ainda_um_debate_de_surdos. Acesso em: 24 jan. 2019.

YEUNG, Luciana. *Measuring Efficiency of Brazilian Courts*: One Decade Later. 21 jun. 2018. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3200588. Acesso em: 20 set. 2018.

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1948. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201948.

Fabiana Luci de Oliveira

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Professora Adjunta do Centro de Educação e Ciências Humanas do Departamento de Sociologia da UFSCar. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

fabianaluci@ufscar.br

Luciana Gross Cunha

Doutora em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP). Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

Luciana.Cunha@fgv.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 31.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201949

Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras

ONLINE DISPUTE RESOLUTION IN REGULATORY AGENCIES

Sérgio Guerra[1] e *Natasha Schmitt Caccia Salinas*[2]

Resumo
Este artigo tem por objetivo analisar empiricamente as funções jurisdicionais e extrajurisdicionais dos meios eletrônicos de resolução de conflitos (MERC) geridos por agências reguladoras no Brasil. Os MERC adotados por agências reguladoras têm especificidades na medida em que desempenham funções não apenas extrajudiciais, mas também extrajurisdicionais. Para além de resolver conflitos entre agentes econômicos regulados e consumidores, os MERC são também importantes ferramentas para auxiliar nas ações regulatórias, fiscalizatórias e sancionadoras das agências. É analisada também a eficácia dos MERC no desempenho dessas funções a partir da análise de dados abertos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Entre os fenômenos analisados estão a evolução nos índices de reclamações contra agentes regulados e as taxas de resolução dos conflitos dos MERC adotados por ambas as agências reguladoras. O artigo revela tendência de crescimento dos índices de reclamações e níveis modestos de resolutividade dos conflitos.

Palavras-chave
Resolução eletrônica de conflitos; regulação; agências reguladoras; Anac; ANS.

Abstract
This article empirically analyzes the jurisdictional and extrajurisdictional facets of online dispute resolution (ODR) conducted by federal regulatory agencies in Brazil. ODRs governed by regulatory agencies play extrajudicial and extrajurisdictional functions. Besides resolving conflicts between regulated economic agents and consumers, ODR are used to improve agencies' regulatory, auditing and sanctioning performances. It is also analysed the effectiveness of ODR mechanisms by analyzing open data provided by the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (ANS) and the National Civil Aviation Agency (Anac). Among the analyzed phenomena are complaint rates against economic agents and ODR's success rates. The article reveals increasing trends in complaint rates and modest levels of ODR's success rates.

Keywords
Online dispute resolution; regulation; regulatory agencies; ANAC; ANS.

1 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2373-7369

2 Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1012-1132

CC BY-NC

Introdução

As agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta que ingressaram no cenário brasileiro no contexto da reforma do Estado empreendida ao longo dos anos 1990. Embasando-se em um modelo de Estado pluricêntrico e na possível distinção entre políticas de Estado e de governo, às agências reguladoras foram outorgados poderes de regulação, normatização, controle e fiscalização sobre setores variados da economia. No âmbito federal, foram criadas agências para regular o comportamento de agentes econômicos inseridos em setores variados como os de transportes terrestre, aquaviário e aéreo, gestão de recursos naturais, produção audiovisual, planos de saúde e vigilância sanitária.

Em pouco mais de vinte anos da instituição da primeira agência reguladora no Brasil,[1] construiu-se um ambiente regulatório[2] no qual as agências federais assumiram papel de destaque. Ao longo desse período, inclusive, as agências reguladoras editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional.[3] A produção dessas normas tem sido acompanhada da realização de milhares de audiências e consultas públicas,[4] garantindo à população o direito de participar do processo de construção dessas normas. As agências também conduzem processos licitatórios e celebram contratos de concessão dos serviços por elas regulados, além de fiscalizar a execução desses serviços, apurar infrações, impor sanções e mediar conflitos entre agentes regulados e usuários/consumidores.

O período de criação das agências reguladoras coincidiu com o momento de ampliação do uso da Internet[5] no Brasil e no mundo. Consequentemente, as agências reguladoras desempenham, desde sua criação, suas atividades com o apoio das tecnologias de informação e comunicação (TICs).

A intermediação de conflitos entre agentes regulados e consumidores é um exemplo de atividade exercida pelas agências reguladoras com o apoio das TICs. Especialmente para

1 A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) foi a primeira agência instituída no país, por meio da edição da Lei n. 9.427/1996.

2 Um ambiente regulatório é aquele constituído por uma pluralidade de regras e um conjunto de instituições encarregadas de implementá-las. A expressão "ambiente", ou "espaço", foi adotada metaforicamente por Hancher e Moran (1998) para dar ênfase às organizações que ocupam o ambiente regulatório e disputam, portanto, posições centrais nesse espaço.

3 Nos últimos vinte anos, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Aneel produziram 1.523 atos normativos. Dados extraídos de http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/ e http://biblioteca.aneel.gov.br/index.html.

4 Até a presente data, tem-se registro de 5.140 audiências/consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, número esse obtido por contagem manual nos *sites* das agências reguladoras federais.

5 A liberalização da Internet se deu a partir de 1995, período que coincidiu com a criação da primeira agência reguladora no Brasil.

conflitos de baixa gravidade, as agências reguladoras disponibilizam plataformas próprias ou de terceiros que permitem aos consumidores e agentes regulados solucionarem conflitos no ciberespaço.

As agências reguladoras utilizam-se desses meios eletrônicos de resolução de conflitos[6] para atingir alguns objetivos principais. Em primeiro lugar, elas empregam os meios eletrônicos de resolução de conflitos para induzir os agentes econômicos regulados a corrigir de modo voluntário atos que eventualmente estejam em desconformidade com as normas vigentes. O objetivo é, portanto, persuadir agentes econômicos regulados a corrigir seus erros sem a necessidade de instauração de processo administrativo sancionador (PEDROSO NETO, 2018).

Os meios eletrônicos de resolução de conflitos são também muito utilizados para o aprimoramento das ações fiscalizatórias e sancionadoras das agências. A gestão dos meios de resolução eletrônica de conflitos possibilita às agências monitorar as infrações cometidas por agentes regulados, permitindo-lhes, por exemplo, fiscalizar e punir infrações de maior gravidade ou práticas infratoras reiteradas (MIRALDO, 2016). Por fim, a gestão dos meios de resolução eletrônica de conflitos permite que agências aprimorem suas funções normatizadoras, especialmente nos casos em que os agentes econômicos regulados descumpram as normas por falta de conhecimento ou de instrução, ou por dificuldade de se adaptar às exigências legais. Os meios eletrônicos de resolução de conflitos auxiliam, portanto, as agências reguladoras a desempenhar várias de suas competências. Diferentemente dos MERC geridos por atores privados, os mecanismos analisados neste artigo, geridos por órgãos públicos, desempenham funções múltiplas e variadas. Essas funções não são apenas extrajudiciais, mas também extrajurisdicionais, já que visam subsidiar iniciativas regulatórias das agências que extrapolam a atividade de resolução de conflitos.

O objetivo deste artigo é analisar a eficácia dos meios eletrônicos de resolução de conflitos no desempenho dessas funções. Para tanto, o artigo analisa dados abertos dos meios eletrônicos de resolução de conflitos de duas agências reguladoras federais – a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Essas duas agências possuem modelos distintos de resolução eletrônica de conflitos. A Anac é a única agência reguladora no país a adotar a plataforma consumidor.gov.br, gerida pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), para a resolução alternativa dos conflitos de seus agentes

6 Neste artigo, optou-se por denominar as formas de resolução de conflitos no ciberespaço, consagradas internacionalmente por *online dispute resolution* – ODSR (KATSH e RIFIKIN, 2001), por "meios eletrônicos de resolução de conflitos" (MERC). Como será visto, a resolução de conflitos se dá predominantemente em rede, mas pode contar com o apoio de diversos meios eletrônicos de comunicação, incluindo contatos telefônicos. No Brasil, costumam-se adotar expressões variadas como "resolução *on-line* de conflitos" (AMORIM, 2017) e "métodos de solução de conflitos em rede" (LIMA e FEITOSA, 2016).

regulados.[7] A ANS, por sua vez, administra mecanismo próprio de resolução alternativa de conflitos envolvendo seus agentes regulados. O mecanismo adotado pela ANS aproxima-se daquele adotado por outras agências reguladoras, como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), mas se diferencia dele na medida em que atrela o meio de resolução de conflitos a um processo administrativo sancionador.[8]

Entre os principais dados analisados estão o número e a natureza dos conflitos processados, o índice de reclamações contra agentes regulados, a taxa de resolutividade dos casos e o nível de satisfação dos usuários dos meios eletrônicos de resolução de conflitos. O artigo também oferece uma análise crítica às metodologias utilizadas na gestão de informação dessas plataformas, tendo em vista que elas impactam nas atividades regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias das agências estudadas.

1. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COMO TÉCNICA REGULATÓRIA

As agências reguladoras dispõem de uma série de técnicas para regular, normatizar, controlar e fiscalizar comportamentos de agentes econômicos. É dever das agências reguladoras prescrever comportamentos a seus entes regulados e garantir seu cumprimento para que a ação regulatória sistêmica seja eficaz.[9]

Quando um agente econômico descumpre uma norma regulatória, cabe ao órgão regulador empreender técnicas para corrigir essa ação. Em um extremo, situam-se as técnicas coercitivas, cujo principal objetivo é identificar e punir o infrator. Em outro, estão as técnicas conciliatórias,[10] que buscam incentivar ou persuadir o infrator a corrigir sua ação.

As técnicas regulatórias conciliatórias focam, portanto, na infração, e não no infrator. Sua preocupação consiste em controlar o número de ocorrências de infrações e suas consequências por meio de estímulos aos potenciais infratores para que esses venham a cumprir as regras (REISS, 1984, p. 25). Geralmente, quem opta por técnicas regulatórias conciliatórias privilegia

7 Como será visto, todas as reclamações recebidas pelos canais de atendimento da Anac são redirecionadas ao portal consumidor.gov.br. A Anac passou a adotar esse procedimento após ter celebrado acordo de cooperação com a Senacon no ano de 2016.

8 Como será visto, o processo administrativo sancionador é instaurado caso as partes não resolvam o conflito por meio do sistema eletrônico gerido pela ANS e caso haja indícios de irregularidade por parte do agente econômico regulado.

9 A regulação não deve pender para qualquer lado em especial. Uma correta regulação não deve pensar em privilegiar o Estado, o empresário ou o consumidor/usuário. Deve perseguir, sob uma visão sistêmica, o equilíbrio entre os diversos aspectos envolvidos (GUERRA, 2018, p. 145).

10 A expressão "conciliatória" é utilizada aqui em sentido amplo, e não técnico, para se referir a quaisquer técnicas regulatórias que não exijam a aplicação de sanções.

métodos alternativos de resolução de conflitos. Os métodos coercitivos são utilizados em último recurso, apenas se a negociação vier a falhar. O emprego de medidas coercitivas, nesse caso, representa uma derrota, e não uma vitória, para o órgão regulador (HAWKINS, 1984, p. 8).[11]

A literatura costuma apontar fatores que condicionam a escolha de técnicas conciliatórias em detrimento de técnicas coercitivas. As técnicas conciliatórias são preferidas quando o processo de investigação e de aplicação de sanções aos infratores mostram-se excessivamente complexo e custoso (REISS, 1984, p. 26). As técnicas conciliatórias mostram-se mais apropriadas para remediar infrações de menor gravidade[12] e tendem a ser mais apropriadas para lidar com infrações que costumam ter um caráter contínuo ou repetitivo (HAWKINS, 1984, p. 6).

A efetividade da técnica conciliatória não depende, no entanto, apenas da natureza da infração cometida, mas também do perfil do agente regulado (BALDWIN, 1990, p. 324). Para agentes motivados pelo senso de responsabilidade (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), porém mal-informados ou ineficientes no cumprimento das normas,[13] técnicas conciliatórias podem revelar-se suficientes para remediar e prevenir determinados atos infracionários.

A depender, portanto, dos atores e das interações de um determinado ambiente regulatório (HANCHER e MORAN, 1998), o modelo de regulação pode privilegiar técnicas conciliatórias como primeiro e principal recurso. As técnicas coercitivas podem ser usadas subsidiariamente para resolver conflitos de maior gravidade ou conflitos não detectados pelas técnicas conciliatórias.

As técnicas conciliatórias podem ser empregadas isoladamente ou com técnicas coercitivas. Recomenda-se que as técnicas conciliatórias estejam integradas a técnicas coercitivas em especial quando os agentes estiverem motivados pela racionalidade econômica (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Nesse sentido, a ameaça de aplicação de uma sanção pode permear todo o processo de negociação mediado pelos órgãos reguladores, cabendo ao infrator decidir se prefere suportar os custos do cumprimento às normas ou os custos de sua inobservância (REISS, 1984, p. 25).[14]

• • •

11 A prática reiterada de infrações por um agente regulado pode revelar não apenas falhas nas técnicas conciliatórias, mas também nas normas elaboradas pelo órgão regulador. Infrações frequentes podem sugerir não somente que o agente regulado não se ajusta à norma, mas, ainda, que a norma foi mal formulada e que, portanto, deve ser modificada (HOOD, 1986, p. 56).

12 Nas infrações de menor significância, as regras tendem a assumir um papel menor nas negociações. Nesses casos, "questões de fato" costumam ser mais importantes do que "questões jurídicas" (BALDWIN, 1990, p. 326).

13 Hood (1986, p. 55-60) denomina esses agentes regulados de incompetentes. Baldwin (1990, p. 324) refere-se a eles como bem-intencionados e bem-informados.

14 Baldwin (1990, p. 325) identificou haver correlação entre o sucesso da negociação e a existência de uma norma que estabeleça uma sanção precisa. Hood (1986, p. 55-56) defende que o emprego de técnicas conciliatórias jamais pode se dar de modo inteiramente descolado da ameaça de aplicação de sanções.

Os meios alternativos de resolução de disputas nada mais são do que técnicas regulatórias à disposição das agências reguladoras. Essas técnicas têm caráter conciliatório e podem ou não estar atreladas a técnicas coercitivas, a depender do modelo de regulação adotado pela agência reguladora.

2. Modelos de resolução eletrônica de conflitos nas agências reguladoras

Como visto, as TICs sempre estiveram presentes na interação das agências reguladoras com seus entes regulados e os consumidores (ALBUQUERQUE JR. *et al.*, 2013). Isso gera uma particularidade específica, que é a de que as TICs não surgem necessariamente para automatizar serviços que antes eram prestados de maneira presencial ou manual (DINIZ, 2009, p. 27). Os meios de resolução de conflitos promovidos pelas agências reguladoras já nascem eletrônicos, de modo que as TICs são elementos constitutivos da própria natureza do serviço prestado por esses órgãos.

A literatura aponta três mecanismos eletrônicos de resolução de conflitos principais: (i) negociação assistida e automatizada; (ii) mediação eletrônica; (iii) arbitragem *on-line* (TEITZ, 2001, p. 999-1.002).

O serviço oferecido pelas agências reguladoras federais para a resolução de conflitos é predominantemente virtualizado, não exigindo etapas presenciais. Os conflitos entre agentes regulados e consumidores não necessariamente decorrem de interações no ciberespaço.[15] No entanto, a adoção de meios eletrônicos de resolução de conflitos se justifica pelas proporções continentais do Brasil, que mantêm distantes agentes regulados, consumidores e agências reguladoras.

Esses sistemas gerenciam as negociações entre consumidores e agentes regulados e conferem autonomia às partes para a resolução de conflitos. Nesse sentido, os MERC adotados por agências reguladoras se aproximam do que a literatura denomina como negociação assistida.

Como será visto, no entanto, o procedimento adotado pelas agências reguladoras não oferece a possibilidade de negociação plena, já que não há engajamento do sistema de informação com os participantes da negociação. A falta de interação dos MERC das agências reguladoras brasileiras é o que os distingue dos mecanismos de ODR usualmente adotados, por exemplo, em países da União Europeia (SCHMIDT-KESSEN, NOGUEIRA e GAMITO, 2019).

A seguir são apresentados dois modelos de resolução eletrônica de conflitos praticados por agências reguladoras no Brasil. No primeiro, o meio de resolução eletrônica é gerido pela própria agência reguladora e está vinculado a processo administrativo sancionador. No segundo,

15 Hoje se entende que a origem do conflito não é determinante para a escolha da adoção de MERC (LIMA e FEITOSA, 2016).

o meio de resolução eletrônica de conflitos é gerido por outro órgão público e não guarda relação com as atividades sancionadoras da agência reguladora.

2.1 O modelo de resolução eletrônica de conflitos na ANS

A ANS adotou um procedimento pré-processual de solução de conflitos entre beneficiários e operadoras de planos privados de saúde.[16] Denominado de Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), esse procedimento permite que beneficiários de planos de saúde apresentem, por meio de qualquer canal de atendimento da ANS,[17] uma ou mais demandas de reclamação envolvendo descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais por parte das operadoras de planos de saúde.

Para enquadrar-se em NIP, a demanda deve estar relacionada a ato que afete diretamente o beneficiário do plano de saúde.[18] Demandas de caráter difuso e coletivo não são registradas em NIP e, portanto, devem se sujeitar a processo administrativo sancionador.[19]

A ANS, ao receber a reclamação, verifica se a demanda está ou não relacionada à cobertura assistencial de plano de saúde para então registrá-la, respectivamente, como NIP assistencial ou não assistencial.[20]

A NIP gerida pela ANS permite que a empresa se voluntarie para reparar dano causado ao beneficiário. A reparação voluntária tempestiva[21] ou a improcedência da demanda,[22]

16 O procedimento de solução alternativa de controvérsia foi instituído pela Resolução Normativa n. 226, de 25 de agosto de 2010, e é atualmente regido pela Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015.

17 O beneficiário pode submeter a reclamação por vários meios, incluindo ligação telefônica, preenchimento de formulário eletrônico no *site* da ANS, envio de e-mail ou até mesmo contato presencial. Em qualquer situação, a demanda de reclamação será registrada como procedimento de NIP, no qual os atos de comunicação trocados entre a ANS e as operadoras serão praticados exclusivamente por meio eletrônico, no espaço restrito à operadora no *site* da agência (Art. 7º da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015).

18 Art. 5º, II, da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015.

19 Essa solução está de acordo com o entendimento de que meios alternativos de resolução de conflitos devem ser utilizados sobretudo para demandas de menor gravidade (BALDWIN, 1990, p. 326).

20 A NIP para demandas de reclamação em casos não relacionados à cobertura assistencial foi introduzida em 2013, com a edição da Resolução Normativa n. 343/2013. Demandas de reclamações de natureza não assistencial envolvem assuntos como reajustes de plano de saúde, cumprimento de carências, descumprimento contratual, entre outros.

21 Uma vez notificada pela ANS, a operadora tem até 5 dias úteis para adotar as medidas necessárias na NIP assistencial e 10 dias úteis na NIP não assistencial (Art. 10, I e II, da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015).

22 Ao discordar da reclamação do beneficiário, a operadora pode se defender dela e pedir à ANS que considere a demanda improcedente.

confirmada pelo setor de fiscalização da ANS, impedem a instauração de processo administrativo sancionador.

Para que a demanda seja considerada resolvida por reparação voluntária tempestiva, a operadora deve informar e comprovar à ANS, no prazo de 5 dias úteis da NIP assistencial e de 10 dias úteis da NIP não assistencial, que contatou o beneficiário e que solucionou sua demanda.

Não é necessário, para que a demanda seja considerada resolvida pela ANS, que o beneficiário contate novamente a agência. Caso o beneficiário não se manifeste, a ANS presumirá que a demanda foi resolvida dez dias após receber a resposta de reparação voluntária pela operadora.[23]

Os meios de reparação voluntária variam conforme a natureza da demanda. Em caso de reclamação contra negativa de cobertura assistencial, por exemplo, a reparação deve envolver a aceitação da cobertura do procedimento pela operadora. Já para a reparação de valores cobrados indevidamente, a norma que rege a NIP obriga a operadora a devolver o dobro da quantia paga, acrescido de juros e correção monetária.[24]

Esses dispositivos que tratam da reparação voluntária mostram que a NIP não possibilita a ampla e irrestrita negociação entre agente econômico regulado e consumidor. Por esse motivo, a ANS prefere se referir ao procedimento da NIP como uma plataforma de mediação eletrônica,[25] e não de negociação.

Ainda que não confira ampla autonomia negocial, a NIP é vantajosa para o agente econômico regulado, já que ele não sofrerá sanções pelas infrações anteriormente praticadas. Como visto na seção anterior, técnicas conciliatórias têm por foco corrigir a infração – e não punir o infrator.

O processo administrativo sancionador, no entanto, é instaurado quando a operadora decidir não reparar o beneficiário. Nesses casos, a ANS analisará se houve ou não infração e, em caso afirmativo, aplicará as sanções cabíveis ao agente econômico regulado.

Diversas são as potencialidades usualmente atribuídas à NIP. Para o beneficiário de plano de saúde, a NIP lhe garante uma resposta mais ágil em casos como o de negativa de cobertura

23 A presunção de resolução em caso de não manifestação do beneficiário não impede que ele possa, a qualquer tempo, retomar o contato com a ANS para relatar que sua demanda não foi solucionada. Nesse caso, a demanda é reaberta e encaminhada para análise fiscalizatória (Art. 12, § 1º, da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015).

24 Art. 20, § 3º, da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015.

25 Tecnicamente, esse procedimento tampouco poderia ser denominado como mediação eletrônica, na medida em que a atuação dos servidores da ANS não é apenas a de facilitar a comunicação entre os envolvidos. Para considerar o caso como resolvido sem a manifestação do beneficiário, os servidores da ANS devem verificar se a operadora corrigiu a conduta originária da reclamação.

assistencial. Para a operadora, esse mecanismo permite a resolução de conflitos de casos particulares por meio da reparação voluntária e eficaz.

A resolução da demanda por reparação voluntária impede que a ANS instaure processo administrativo[26] e, portanto, apure infrações e aplique eventuais penalidades à operadora. Como visto, técnicas conciliatórias podem ser utilizadas com técnicas coercitivas. Essa foi a solução adotada pela ANS para induzir seus agentes regulados, usualmente motivados pela racionalidade econômica, a resolverem seus conflitos de modo voluntário.[27]

Para a própria ANS, a NIP reduz o número passivo de processos administrativos, haja vista que induz as partes à composição dos conflitos. A agência reguladora pode, assim, concentrar-se na fiscalização e no controle das demandas mais relevantes e de maior gravidade.

2.2 O modelo de resolução eletrônica de conflitos da Anac

Diferentemente da ANS, a Anac não dispõe de mecanismo eletrônico próprio de resolução alternativa de conflitos entre consumidores e companhias aéreas. A Anac, no entanto, é a primeira e única agência reguladora federal a adotar a plataforma consumidor.gov.br para monitorar as reclamações de consumidores de serviços aéreos.[28] A agência aderiu a essa plataforma para esse fim de monitoramento e, desse modo, produzir conhecimento necessário para instruir sobre suas atividades de fiscalização e regulação.[29]

A plataforma consumidor.gov.br, criada em junho de 2014, é gerida pela Senacon, com a qual a Anac celebrou acordo de cooperação (Anac, 2016). Essa plataforma permite que

• • •

26 O processo administrativo sancionador, no entanto, é instaurado em demandas que envolvam infração de natureza potencialmente coletiva, independentemente do retorno do consumidor.

27 A Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015, apresenta outros incentivos econômicos para a operadora reparar o dano. Mesmo depois de concluída a NIP, a operadora pode usufruir de desconto de até 80% no pagamento da multa caso ofereça ao beneficiário uma solução ao caso antes de o processo administrativo de fato se iniciar (Art. 34, § 1º, da Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015).

28 Os consumidores de outros tipos de serviços regulados também podem recorrer ao portal consumidor.gov.br para resolver seus conflitos. Os beneficiários de planos de saúde, por exemplo, podem tanto recorrer à ANS quanto ao portal consumidor.gov.br para solucionar suas controvérsias com as operadoras desses planos. A especificidade do caso Anac está justamente no fato de que as reclamações submetidas à agência são imediatamente redirecionadas para o portal.gov.br. Além disso, a Anac utiliza-se das informações do portal consumidor.gov.br para monitorar a qualidade de seus serviços e promover ações fiscalizatórias.

29 O acordo de cooperação entre a Senacon e a Anac previu a elaboração de relatórios trimestrais para análise das reclamações registradas na plataforma. Espera-se, com a produção desses relatórios, a geração de conhecimento que subsidie a melhoria da qualidade dos serviços aéreos prestados pelos agentes regulados pela Anac.

consumidores registrem suas reclamações contra empresas cadastradas no portal. Essas empresas,[30] por sua vez, se comprometem a oferecer resposta no prazo limite de 10 dias. Findo esse prazo, o consumidor informa via portal se sua reclamação foi ou não resolvida e indica seu nível de satisfação com o atendimento recebido.

Anteriormente à celebração do acordo com a Senacon, a Anac não dispunha de mecanismo alternativo de resolução de conflitos entre consumidor e agente econômico regulado. Ao receber a reclamação, a Anac contatava a empresa aérea e verificava se ela havia ou não cometido alguma infração às normas de aviação civil. Em caso afirmativo, a agência determinava a sanção aplicável. Por outro lado, as informações sobre as reclamações dos consumidores do setor aéreo registradas no portal consumidor.gov.br foram, até 2016, apenas aproveitadas pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Desde março de 2017, no entanto, quando o acordo de cooperação com a Senacon entrou em vigor, a Anac passou a redirecionar[31] reclamações de usuários recebidas por seus canais de atendimento para a plataforma consumidor.gov.br. Assim como a ANS, a Anac passou a estimular a resolução alternativa de conflitos por meio da Internet. Diferentemente da ANS, no entanto, a Anac terceiriza a gestão e a operação desse serviço para outro órgão público.

Além disso, a plataforma consumidor.gov.br utiliza-se de procedimentos distintos dos adotados na NIP pela ANS. As possibilidades de negociação entre agente regulado e consumidor são significativamente maiores no portal consumidor.gov.br.

Por fim, a Anac mantém a autonomia do mecanismo de resolução alternativa de conflitos em relação a suas ações fiscalizatórias e sancionatórias. Essa solução se diferencia da adotada pela ANS, que define a mediação eletrônica como etapa pré-processual a sua atividade sancionatória.

3. Metodologia de extração e categorização dos dados

A extração dos dados dos mecanismos de resolução eletrônica de conflitos da ANS compreendeu o período entre 1º de janeiro de 2013[32] e 22 de outubro de 2018.[33] Os dados correspondem

30 As companhias aéreas devem voluntariamente se cadastrar no portal. Antes de a Anac aderir ao portal, apenas cinco empresas aéreas haviam se cadastrado na plataforma. O acordo de cooperação impulsionou o cadastramento de mais uma empresa nacional e outras 14 companhias aéreas estrangeiras.

31 As reclamações são registradas por contato telefônico ou pela Internet no canal *Fale com a Anac*.

32 Essa data coincide com a criação da NIP pela ANS.

33 Esta foi a data em que os dados foram extraídos para a elaboração da pesquisa que originou este artigo.

ao universo total das reclamações convertidas em NIP e foram extraídos do Sistema Integrado de Fiscalização (SIF) da ANS.[34]

As NIP recebem uma classificação no SIF que permite identificar se as reclamações dos usuários à ANS foram ou não atendidas. Essa informação, como será mencionado adiante, é relevante para medir o índice de resolutividade das NIP, que é calculado pela fração entre as reclamações resolvidas e o total de reclamações enviadas à agência reguladora. As classificações possíveis para as NIP[35] são "resolvida",[36] "retorno de fluxo",[37] "núcleo",[38] "não procedente",[39] "não se aplica",[40] "inativa",[41] "exceção"[42] e "em andamento".[43] A ANS entende como caso resolvido aquele que é finalizado sem a necessidade de abertura de processo administrativo sancionador. Desse modo, não apenas as NIP classificadas pela ANS como resolvidas mas também as inativas são consideradas atendidas pela agência reguladora.

Entende-se, no entanto, que essa interpretação enviesa os dados, de modo que apenas as NIP classificadas como resolvidas são consideradas neste artigo para medir o índice de resolutividade desse mecanismo eletrônico de resolução de conflitos adotado pela ANS.

A base de dados das NIP também fornece o número absoluto de reclamações por modalidade de operadora de plano de saúde. Para tornar esses números comparáveis entre os diferentes tipos de operadoras, dividiu-se o número absoluto de reclamações pelo número total de beneficiários de cada modalidade.[44]

34 Os dados analisados são abertos e estão disponíveis em ANS ([s.d.]a).

35 O glossário dessa classificação está disponível em ANS ([s.d.]b).

36 NIP resolvida é aquela em que houve manifestação expressa do reclamante de que sua demanda foi atendida.

37 Reclamações que foram reabertas por requerimento do usuário/consumidor.

38 Reclamações encaminhadas aos núcleos da ANS para abertura de processo administrativo em razão da não resolução do conflito entre operadora e usuário/consumidor no âmbito da NIP.

39 Reclamações sem indício de infração à legislação vigente.

40 Reclamações em que é identificado que o usuário/consumidor não pertence à operadora reclamada, com dados insuficientes para continuidade ou quando é configurada duplicidade.

41 Reclamações arquivadas após o não recebimento de resposta do usuário/consumidor no período de 10 dias da manifestação da operadora.

42 Reclamações ainda em atendimento, aguardando contato com o consumidor ou complemento de informações para o prosseguimento da NIP.

43 Reclamações em que os prazos da NIP ainda estão em curso.

44 Foi possível obter a série histórica do número de beneficiários de cada modalidade de operadora no próprio *site* da ANS. Disponível em ANS ([s.d.]a).

Já a extração dos dados que envolvem empresas aéreas reguladas pela Anac compreendeu o período entre maio de 2014[45] e outubro de 2018. Esses dados foram extraídos da base aberta ao público disponibilizada pelo portal consumidor.gov.br.[46]

As reclamações registradas no portal consumidor.gov.br são classificadas como "resolvida", "não avaliada" e "cancelada". As demandas resolvidas são aquelas que receberam avaliação do consumidor por meio de notas de satisfação que variam de 1 a 5. Já as reclamações não avaliadas são aquelas nas quais não há manifestação do consumidor acerca do atendimento de sua demanda. Por fim, as reclamações canceladas são aquelas revogadas pelo consumidor.

O sistema de informações do portal consumidor.gov.br também classifica como solucionadas não só as demandas classificadas como resolvidas, mas também as reclamações não avaliadas. Assim como ocorre com a ANS, verifica-se distorção de dados por parte do portal que administra as reclamações da Anac.

Ajustes nessas distorções foram feitos para que pudesse haver comparação entre os índices de resolutividade dos sistemas de resolução de conflitos de ambas as agências.

A base de dados do portal consumidor.gov.br também fornece o número absoluto de reclamações por companhia aérea. Para tornar esses números comparáveis entre as companhias, dividiu-se o número absoluto de reclamações pelo número total de passageiros pagos de cada empresa aérea.[47] Procurou-se, na medida do possível, analisar dados equivalentes da Anac e da ANS. Ressalta-se, no entanto, que as equiparações entre as agências nem sempre foram possíveis, em razão das assimetrias nos conteúdos das bases das duas agências reguladoras. Entre os dados que não guardam equivalência estão a classificação dos reclamantes e as avaliações de satisfação dos usuários. Enquanto a base de dados da ANS agrega informações por modalidades de operadoras, a base de dados do portal consumidor.gov.br apresenta apenas informações individualizadas por companhias aéreas. Se por um lado o portal consumidor.gov.br conta com dados sobre o grau de satisfação dos consumidores com os mecanismos de resolução de conflitos, a base de dados das NIP da ANS, por outro lado, não apresenta informações dessa natureza.

3.1. A experiência da NIP na ANS

O funcionamento pleno da NIP na ANS iniciou-se em 2013, com a edição da Resolução Normativa n. 343/2013.[48] Nos seis anos de funcionamento desse mecanismo de resolução de

45 Essa data coincide com a criação do portal consumidor.gov.br.

46 Esses dados estão disponíveis em consumidor.gov.br (s.d.).

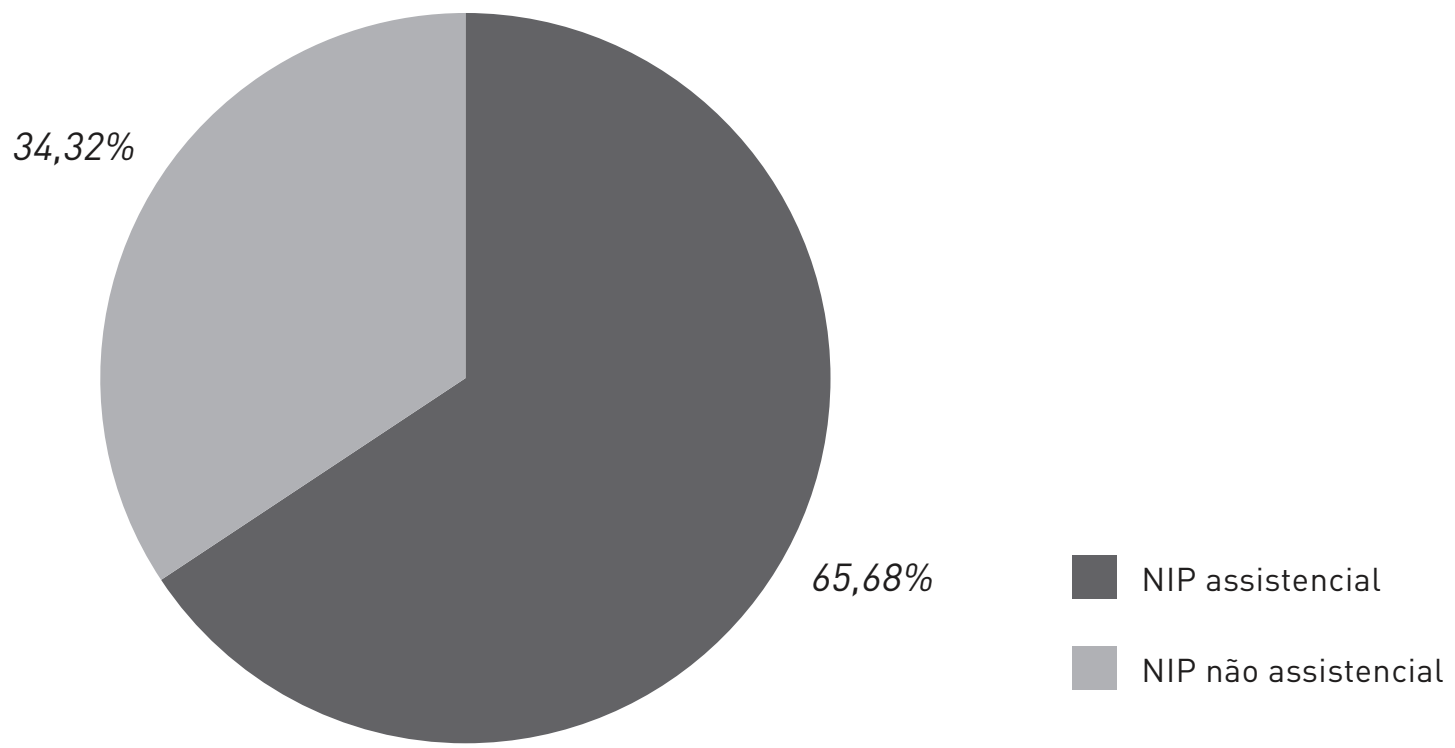
47 Também foi possível obter a série histórica do número de passageiros de cada empresa aérea no próprio *site* da Anac (2018b).

48 Essa resolução normativa permitiu a criação da NIP não assistencial.

conflitos, a agência reguladora transformou em NIP 564.385 reclamações de beneficiários recebidas por seus diversos canais de atendimento. Cerca de dois terços das demandas de reclamação foram convertidas em NIP assistencial e um terço, em NIP não assistencial (Gráfico 1).

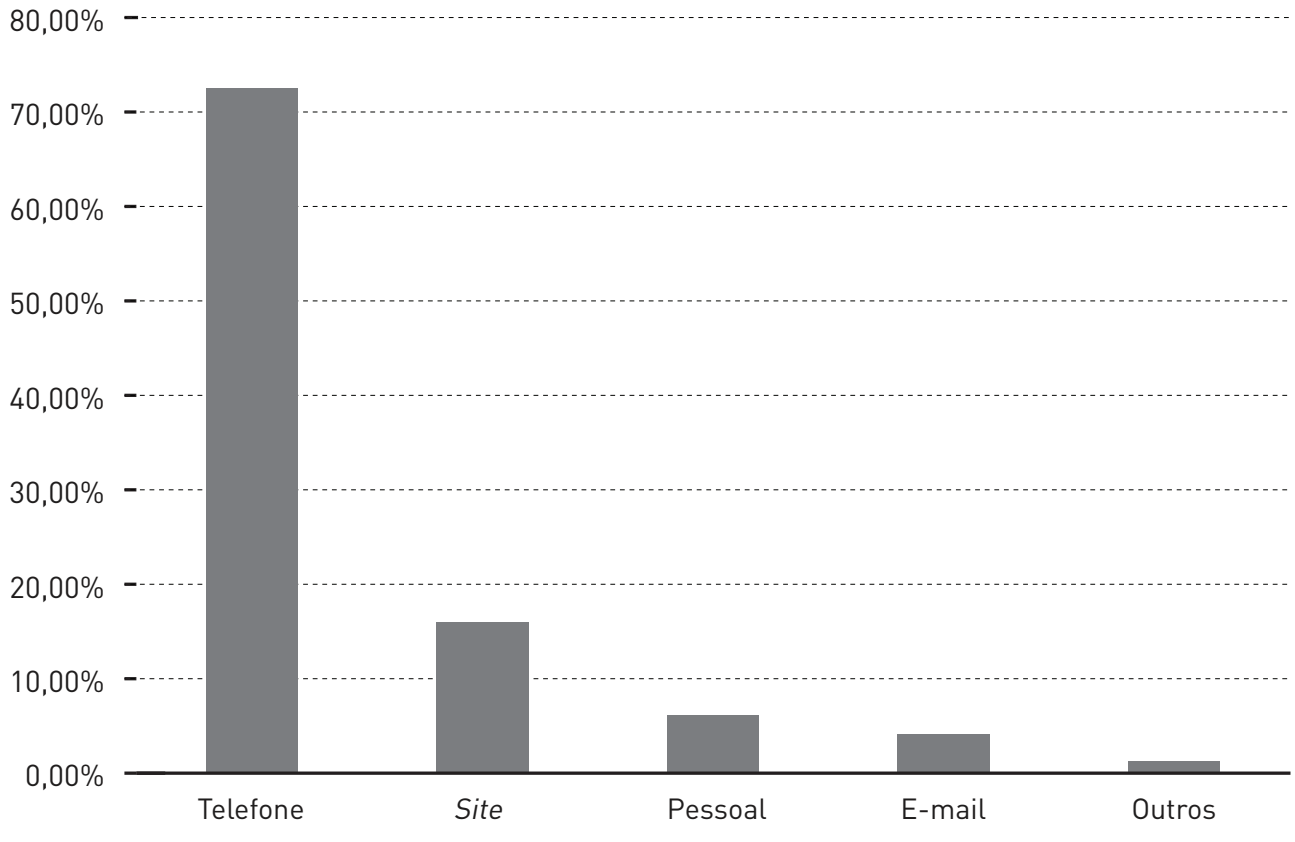
Sobre a forma como a reclamação é registrada na ANS, verifica-se que 72,54% das demandas são recebidas por telefone (Gráfico 2). Essa demanda é depois digitalizada e analisada em meio eletrônico. De todo modo, os beneficiários que procuram a ANS parecem desconhecer a plataforma digital da NIP.

GRÁFICO 1 – **NATUREZA DA NIP**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

GRÁFICO 2 – **MEIO DE RECEBIMENTO DAS RECLAMAÇÕES**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

Atualmente, há cerca de 800 operadoras em atuação no país[49] que ofertam serviços a cerca de 25% da população brasileira. As modalidades de operadoras de planos de saúde que recebem o maior número de reclamações são aquelas que dominam o mercado, notadamente as operadoras de medicina de grupo,[50] as cooperativas médicas[51] e as seguradoras

• • •

49 O setor de saúde suplementar vem se tornando cada vez mais concentrado. Em 1999, ano em que foi instituído o novo regime jurídico do setor, havia cerca de 1.380 operadoras em atividade no país. Em 2016, embora existissem cerca de 800 operadoras no Brasil, apenas 10% delas concentravam 72% dos beneficiários de planos em nível nacional (BAIRD, 2017, p. 103).

50 Empresas de medicina de grupo lideram o setor, tendo ocupado, em 2018, 38% do mercado de planos de saúde. Amil é a empresa médica de grupo com maior faturamento no Brasil. A Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge) e o Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (Sinamge) são duas importantes entidades representativas das empresas desse segmento.

51 As cooperativas de saúde atendiam, em 2018, 37% dos beneficiários de planos de saúde no país. Elas configuram organizações cujos sócios são, ao mesmo tempo, administradores do plano e prestadores de serviço. A Unimed, que se organiza em unidades municipais, é a maior cooperativa médica do Brasil. As cooperativas Unimed são representadas por federações estaduais e por uma confederação nacional – a Unimed do Brasil.

de saúde.[52] Essas três modalidades de operadoras são as que atendem o maior número de beneficiários e possuem os maiores faturamentos do setor (BAIRD, 2017, p. 105). O quarto e quinto grupos de maior faturamento são representados, respectivamente, pelas autogestoras[53] e pelas administradoras de benefícios[54] (BAIRD, 2017, p. 105), que também ocupam a quarta e quinta posições em maior número de reclamações convertidas em NIP na ANS.

De 2013 a 2018, os índices de reclamações direcionadas a esses grupos de operadoras mantiveram-se relativamente estáveis (Gráfico 3). Algumas variações, no entanto, chamam a atenção, como a do número de reclamações contra cooperativas médicas, que teve um crescimento abrupto em 2014 e uma queda acentuada em 2015.[55] Esse movimento brusco de crescimento e queda nas reclamações contra as cooperativas médicas deve-se sobretudo às crises administrativas e econômico-financeiras da Unimed-Rio e da Unimed Paulistana. A Unimed Paulistana, 8ª empresa com o maior número de reclamações na ANS,[56] teve sua liquidação extrajudicial decretada pela agência no início de 2016. Já a Unimed-Rio, 3ª empresa com o maior número de reclamações na agência,[57] vem sendo monitorada pela ANS e por outros órgãos governamentais.

Nos dois últimos anos, o número de reclamações das seguradoras de saúde teve um crescimento mais acentuado que o das outras modalidades, conforme mostram os Gráficos 4 e 5.

52 As seguradoras de saúde, vinculadas muitas vezes a bancos, atuam de maneira semelhante às empresas de medicina de grupo e cooperativas, na medida em que comercializam planos de saúde mediante oferta referenciada, com pagamento direto ao prestador. Bradesco Saúde e SulAmérica são protagonistas desse segmento. Essas empresas respondiam, em 2018, por 12% do mercado de planos de saúde no país. Até 2007, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg) foi a principal entidade representativa desse segmento. Essa entidade desmembrou-se em várias entidades representativas de seguros, e a representação da área de saúde suplementar passou a ser exercida pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde).

53 As autogestoras, que atendem 10% dos beneficiários de planos de saúde no país, são entidades que fornecem diretamente os serviços médicos a seus próprios funcionários. Cassi e Geap Autogestão em Saúde, por exemplo, são operadoras dessa modalidade. A União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas) é a principal entidade representativa desse segmento.

54 Já as administradoras de benefícios contratam planos coletivos para outras empresas, órgãos públicos ou entidades representativas profissionais. As administradoras de benefícios diferenciam-se de todas as anteriores por não possuírem beneficiários diretos (como as de autogestão), tampouco rede de prestadores própria, credenciada ou referenciada (como as empresas de medicina de grupo, cooperativas, filantrópicas e seguradoras (BRASIL, 2009). A Qualicorp é a principal empresa do setor, e a Associação Nacional das Administradoras de Benefícios (Anab) é a principal entidade representativa desse segmento.

55 O número de reclamações por 10.000 beneficiários para as cooperativas de saúde subiu de 12, em 2014, para 20, em 2015, conforme indica o Gráfico 4.

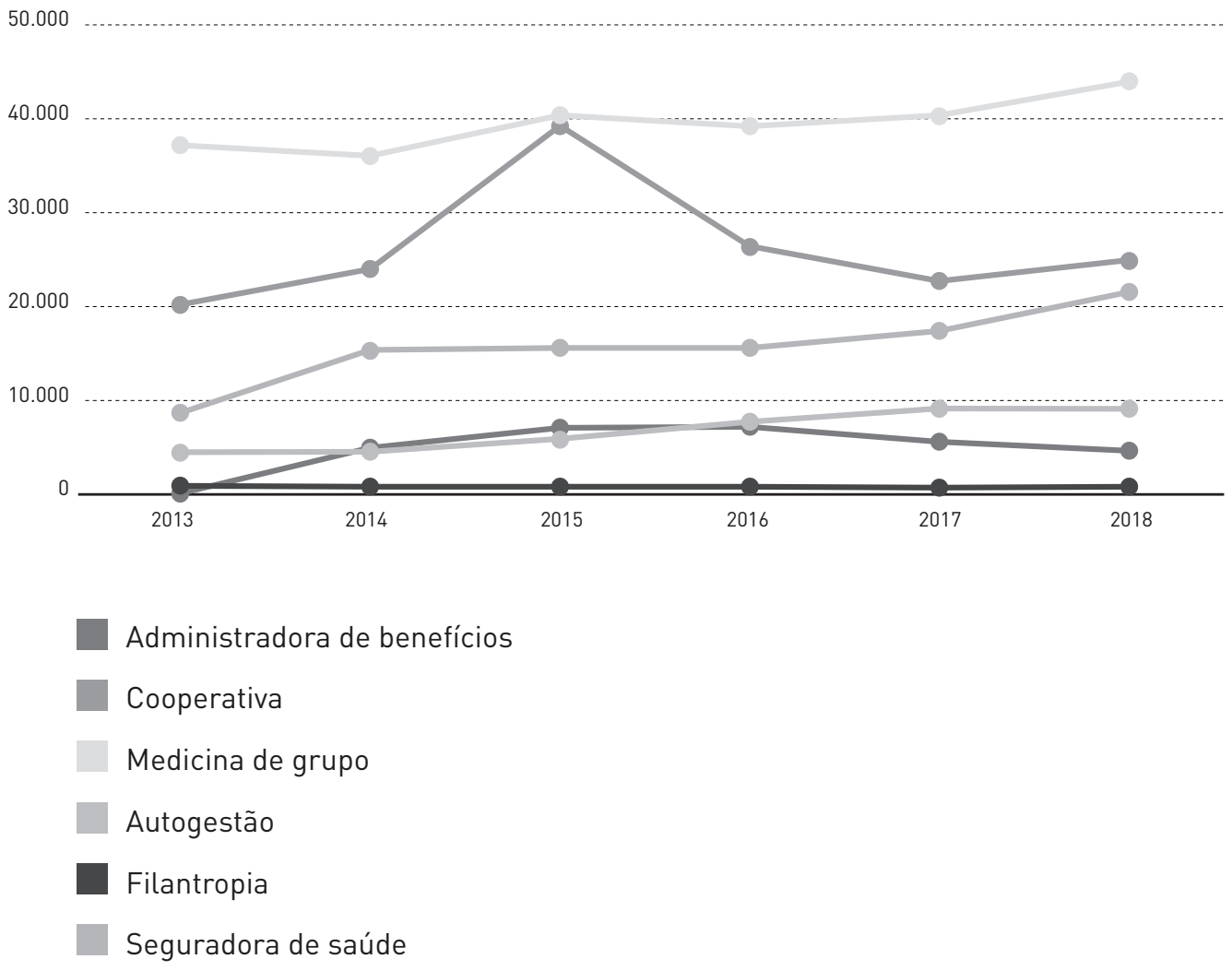
56 A Unimed Paulistana recebeu 16.340 reclamações até a decretação de sua liquidação extrajudicial.

57 Foram registradas, de janeiro de 2013 a outubro de 2018, 34.861 reclamações contra a Unimed-Rio.

O Gráfico 5 mostra que o número de reclamações por 10.000 beneficiários[58] das seguradoras de saúde quase triplicou entre 2013 e 2018, ao mesmo tempo que o *market share* dessas operadoras caiu no mesmo período.

Já o Gráfico 6 indica que o número de reclamações por 10.000 beneficiários das empresas de autogestão cresceu 2,3 vezes entre 2013 e 2018, enquanto o *market share* dessas operadoras manteve-se estável no mercado de saúde suplementar.

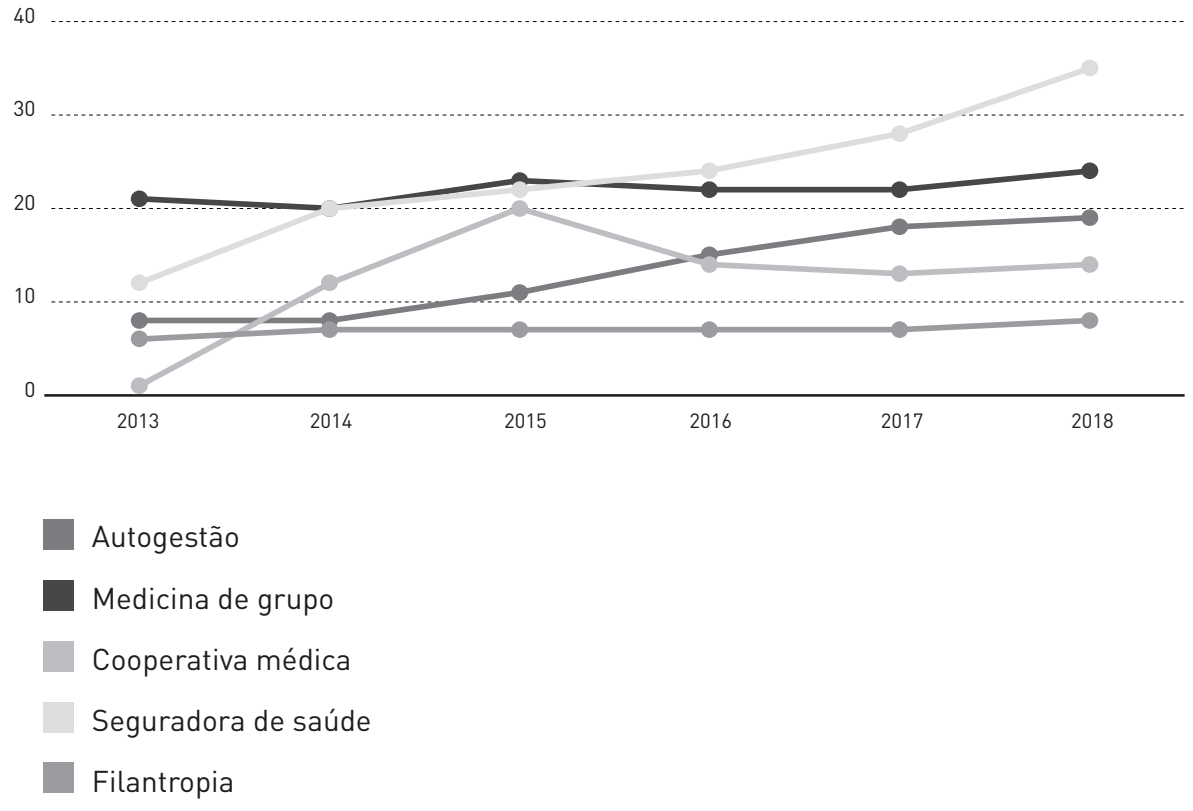
GRÁFICO 3 – **NÚMERO ABSOLUTO DE RECLAMAÇÕES POR MODALIDADE DE OPERADORA**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

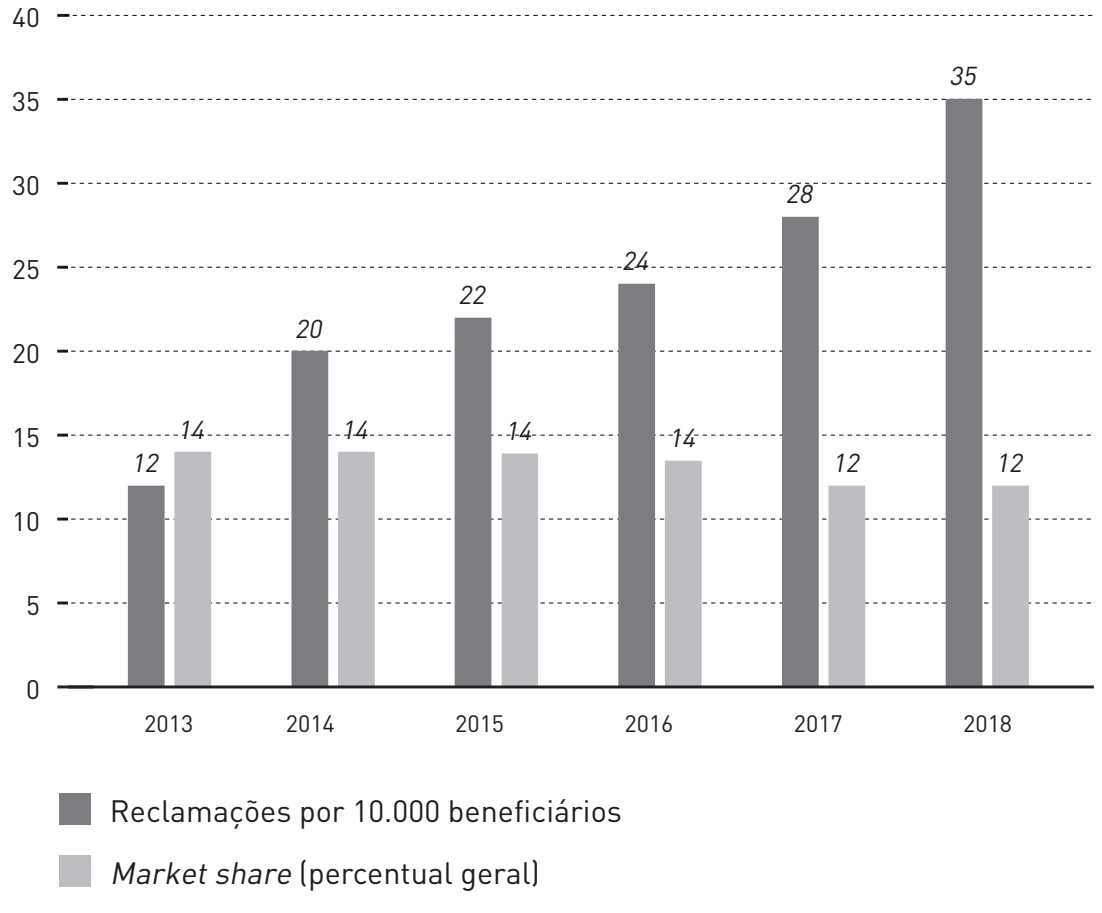
58 Esse número é calculado pela divisão entre o total de reclamações e a média do número de beneficiários, multiplicado por 10.000. Adota-se esse índice para comparar o desempenho das operadoras entre si e também para avaliar a performance de uma operadora ao longo do tempo (ANS, [s.d.]c).

GRÁFICO 4 – **NÚMERO DE RECLAMAÇÕES POR 10.000 BENEFICIÁRIOS DE CADA MODALIDADE DE OPERADORA**



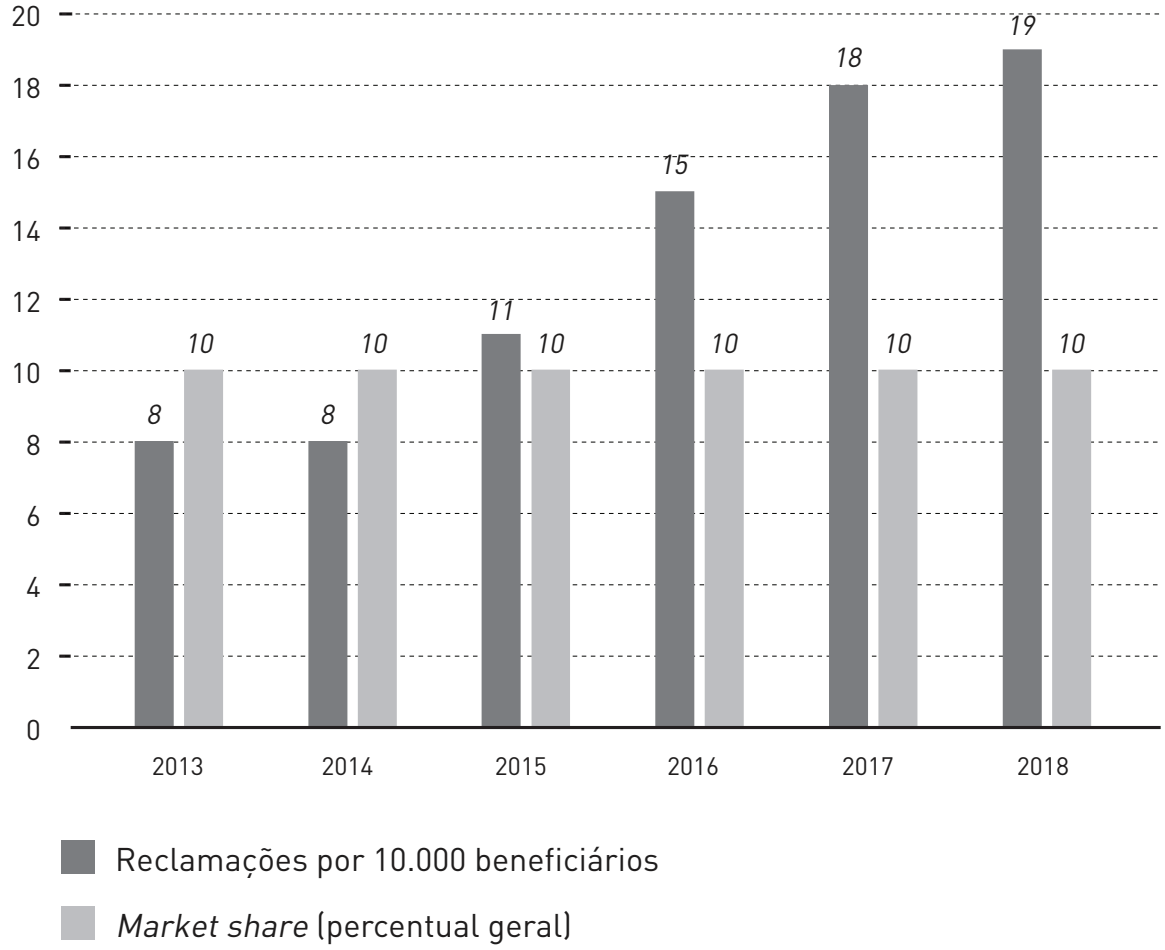
Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

GRÁFICO 5 – **RECLAMAÇÕES E *MARKET SHARE* DAS SEGURADORAS DE SAÚDE**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

GRÁFICO 6 – **RECLAMAÇÕES E *MARKET SHARE* DAS EMPRESAS DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

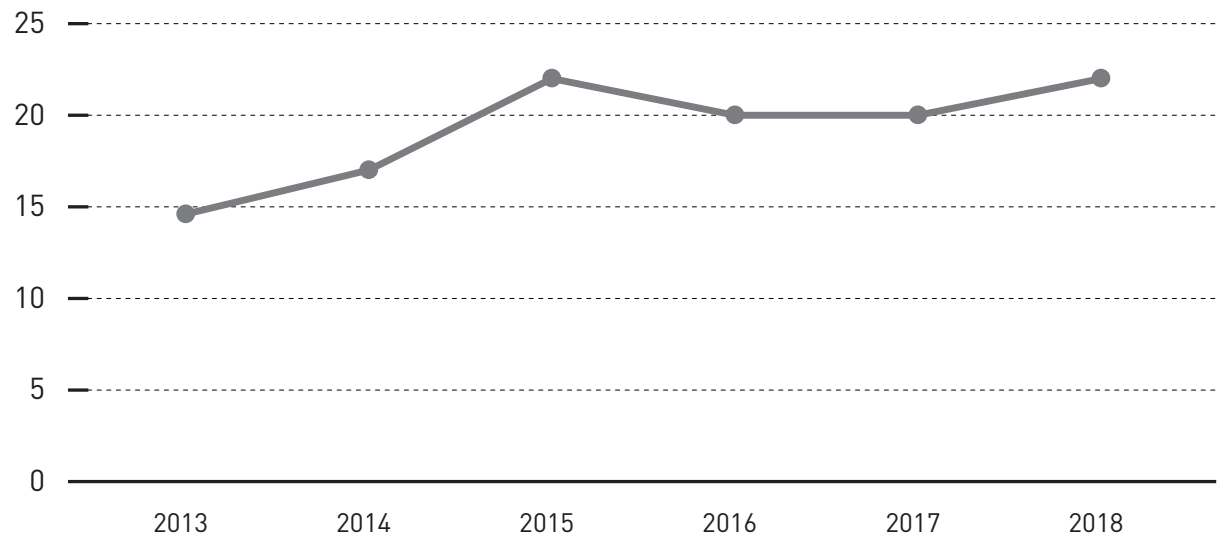
O meio eletrônico de resolução de conflitos, como visto, serve também como um instrumento para monitorar a qualidade dos serviços prestados no setor. Desse modo, uma queda no índice geral de reclamações[59] poderia sugerir mudanças nas políticas e nos procedimentos das companhias ocasionadas pelas resoluções de conflitos bilaterais no âmbito da NIP.

Os Gráficos 4 a 7 mostram que não há uma tendência de crescimento no índice de reclamações geral e por modalidades de operadoras.[60]

59 Como visto, o índice representa o número de reclamações a cada 10.000 beneficiários da operadora.

60 Isso não significa, no entanto, que não haja queda no índice geral de reclamações de operadoras específicas.

GRÁFICO 7 – **ÍNDICE GERAL DE RECLAMAÇÕES** (NÚMERO DE RECLAMAÇÕES POR 10.000 BENEFICIÁRIOS)



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

Outro indicador utilizado pela ANS para instruir sobre suas ações fiscalizatórias com o apoio da NIP é o índice de resolução de conflitos. Esse índice permite verificar se as operadoras reparam voluntariamente suas condutas em procedimentos da NIP. O índice de resolutividade é calculado pela ANS da seguinte forma (ANS, [s.d.]c):

$$\frac{\text{TOTAL DE RECLAMAÇÕES FINALIZADAS}}{\text{TOTAL DE RECLAMAÇÕES ENVIADAS PARA NIP}} \text{ X } 100$$

Verifica-se, no entanto, uma deficiência na metodologia de cálculo desse índice que acaba por distorcer os dados apresentados.[61]

A ANS entende como caso resolvido aquele que é finalizado sem a necessidade de abertura de processo administrativo sancionador. Como visto, a demanda é considerada resolvida quando o beneficiário não se manifesta após o recebimento da resposta de reparação voluntária pela operadora.[62] Embora a ANS registre em seu sistema essa demanda como inativa, e

61 Essa deficiência foi também apontada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) (BRASIL, 2017).

62 A presunção de resolução em caso de não manifestação do beneficiário não impede que ele possa, a qualquer tempo, retornar contato com a ANS para relatar que sua demanda não foi solucionada.

não como resolvida, ambas são consideras resolvidas[63] para fins de cálculo do índice de resolutividade. Nos relatórios de atividades de 2017 publicados pela agência (BRASIL, 2018), o índice de resolutividade da NIP assistencial do último ano é de 90%, ao passo que o da NIP não assistencial é de 86,7%. Ocorre, no entanto, que um número elevado de casos utilizados para a composição desse item refere-se a demandas inativas.

De todos os casos da NIP até hoje concluídos,[64] 356.078 reclamações, equivalentes a 73,14% dos casos, estão registradas como demandas inativas. Desses casos, 22,76% não foram solucionados e apenas 4,10% foram de fato resolvidos. Ou seja, das 486.870 NIP finalizadas, 356.078 foram tidas como encerradas sem que houvesse uma confirmação do beneficiário acerca de sua resolução, 110.812 não foram resolvidas – e, portanto, seguirão na fase processual sancionatória – e apenas 19.980 foram encerradas com manifestação expressa do beneficiário que efetuou a reclamação.

Essa metodologia adotada pela ANS, que considera como resolvidos os casos em que não houve manifestação expressa do beneficiário, distorce os resultados dos índices de resolutividade. Isso porque não é possível confirmar, em 73,14% dos casos finalizados, se de fato o beneficiário teve sua demanda resolvida (Gráfico 8).[65]

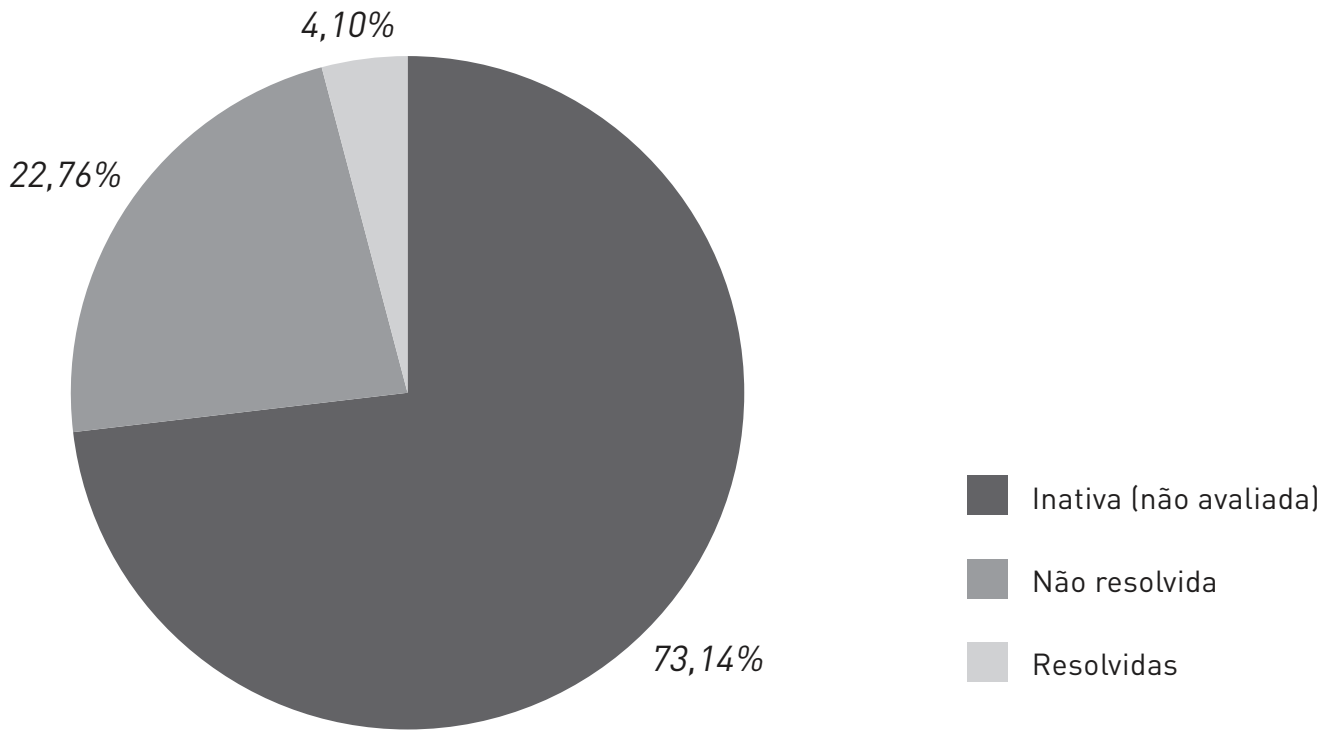
• • •

63 Para o cálculo índice de resolutividade, que a ANS denomina de Percentual de Finalização Assistencial (PFA), a ANS considera a reparação voluntária eficaz, as demandas inativas e as demandas improcedentes.

64 Exclui-se, da análise dos casos finalizados, aqueles em andamento, bem como os arquivados por conta de demanda inaplicável ou improcedente (ANS, [s.d.]c).

65 Ciente dessa limitação metodológica, a ANS vem pesquisando por amostragem suas demandas inativas. Em uma das pesquisas, realizada em 2015, a agência informou que 69,08% dos respondentes da amostra referente às demandas cadastradas entre 19 de dezembro de 2014 e 18 de março de 2015 responderam que a reclamação havia sido resolvida por meio da NIP. As metodologias adotadas nessas pesquisas por amostragem têm se alterado ao longo do tempo e evidenciam a necessidade da criação de incentivos para que os beneficiários se comuniquem com a agência reguladora.

GRÁFICO 8 – **RESULTADO DAS NIP FINALIZADAS**



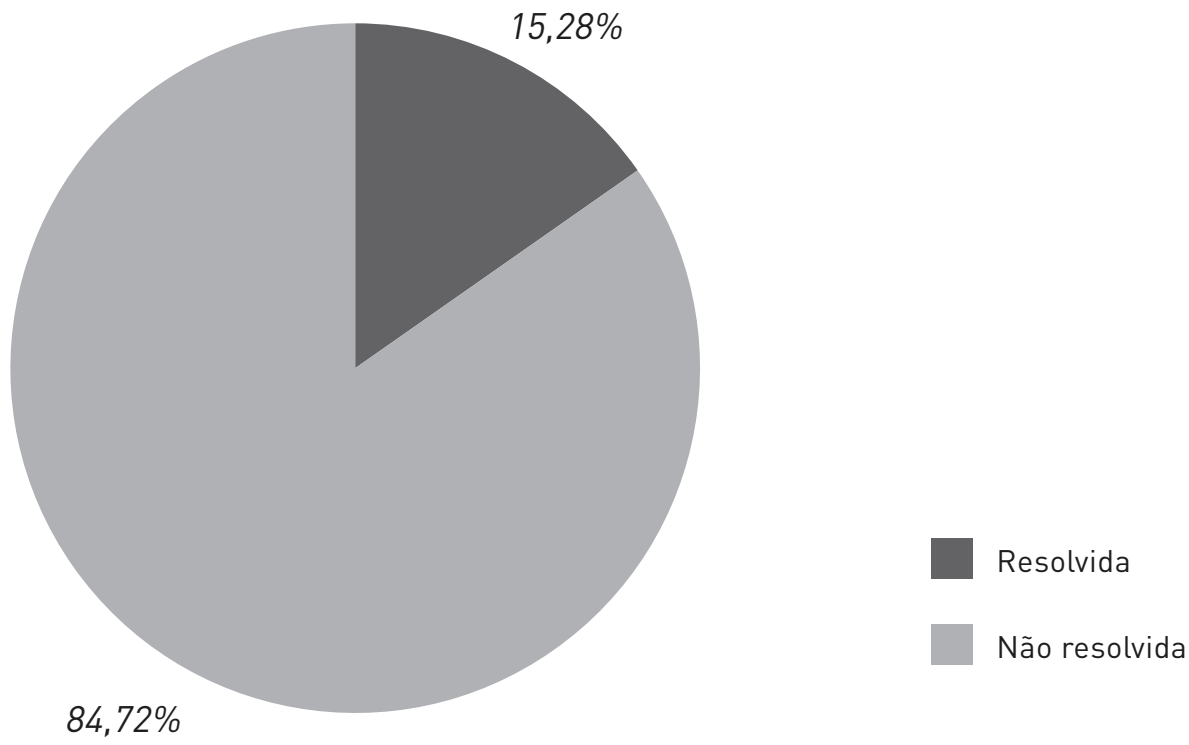
Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

Se os casos registrados como inativos forem desconsiderados para a composição do índice de resolutividade, chega-se a um percentual de apenas 15,28% de casos seguramente resolvidos (Gráfico 9). Esse percentual é baixo, especialmente quando comparado ao dos casos resolvidos e avaliados pelos usuários do portal consumidor.gov.br, como será visto adiante.

Os percentuais de casos inativos, resolvidos e não resolvidos têm se alterado ao longo do tempo. O Gráfico 10 mostra que o percentual de demandas inativas tem aumentado e o percentual de demandas resolvidas, diminuído. Embora seja razoável pressupor que parte dos casos registrados como inativos tenha sido de fato resolvida, é justo inferir que a ANS não tem desenvolvido mecanismos para aprimorar a gestão de informações dos conflitos da NIP.

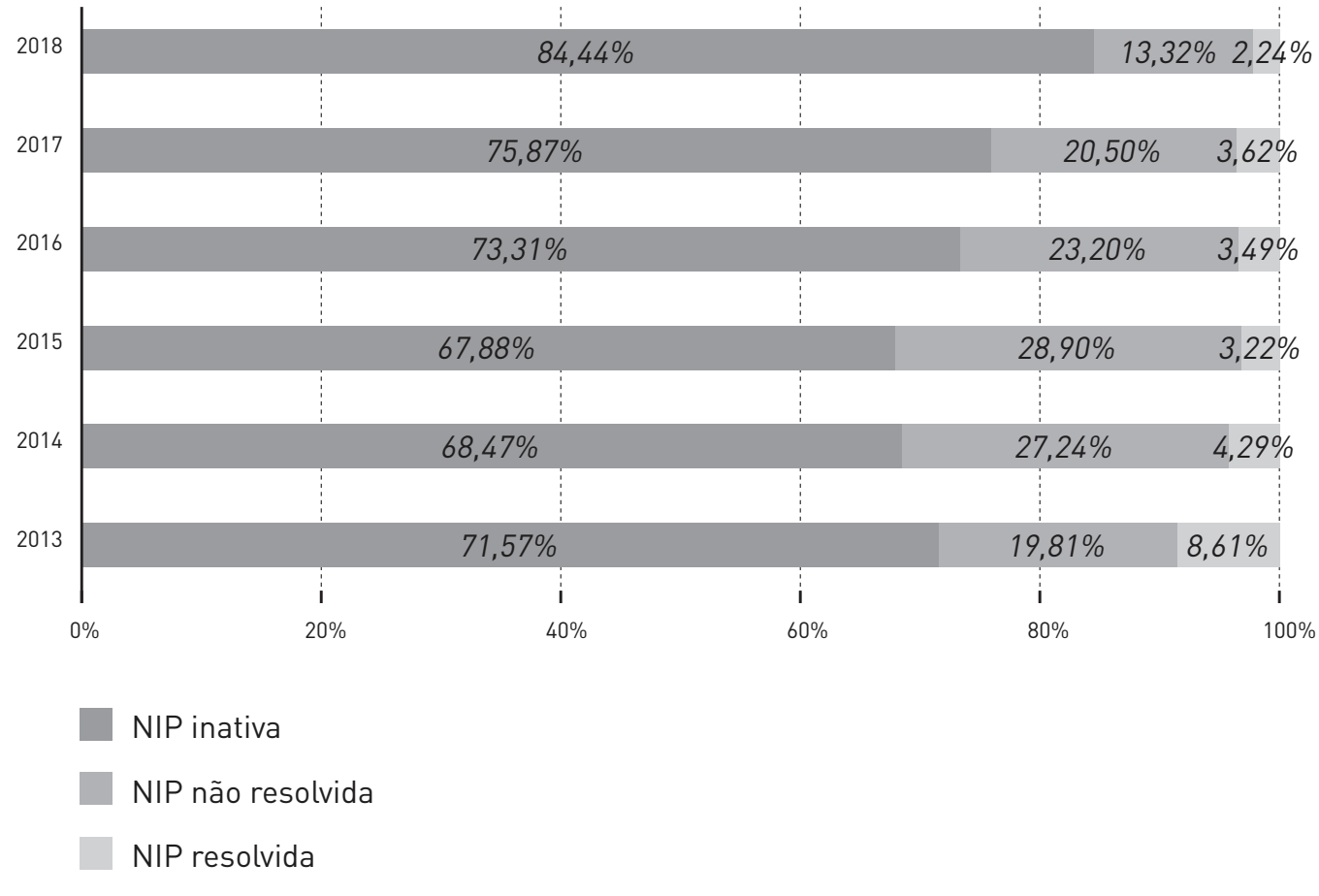
Essa falta de precisão dos dados prejudica a avaliação da efetividade da NIP como mecanismo de resolução de conflitos, bem como enfraquece o potencial do mecanismo para instruir sobre ações fiscalizatórias e sancionatórias pela agência. O índice de resolutividade pode servir para punir aquelas operadoras cujos índices dessa natureza mantêm-se baixos ao longo do tempo. No entanto, se esse índice estiver distorcido, seu potencial explicativo se torna prejudicado.

GRÁFICO 9 – **RESULTADO DAS NIP FINALIZADAS** (NÃO INATIVAS)



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

GRÁFICO 10 – **RESULTADO DAS NIP NO TEMPO**

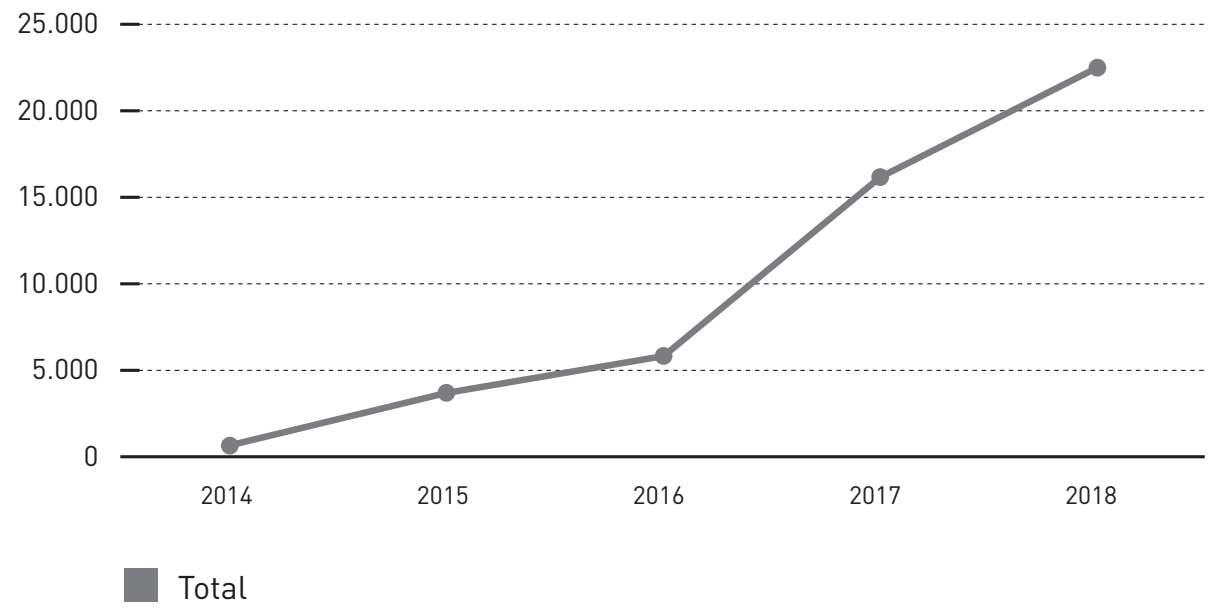


Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do SIF/ANS).

3.2 A experiência do portal consumidor.gov.br e sua utilização pela Anac

Desde a instituição do portal consumidor.gov.br em junho de 2014, o número de reclamações registradas que envolvem companhias aéreas ou empresas que vendem passagens cresceu continuamente. O maior crescimento se deu com a adesão da Anac a esse portal. Em 2016, o portal recebeu 5.900 reclamações. No ano seguinte, quando a Anac passou a redirecionar as reclamações recebidas para o portal, o número de reclamações do setor aéreo na plataforma aumentou 2,7 vezes, totalizando 16.161 registros. Em 2018, foram mais de 22 mil reclamações registradas até a data da extração dos dados, em 15 de outubro desse ano (Gráfico 11).

GRÁFICO 11 – **Número de reclamações do setor aéreo no portal consumidor.gov.br**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

Após a celebração do acordo de cooperação entre a Anac e a Senacon, o número de empresas do setor cadastradas no portal aumentou de 13[66] para 30.[67]

66 Em 2016, ano da celebração do acordo de cooperação, haviam aderido ao portal 5 companhias aéreas nacionais – Latam Airlines, Azul Linhas Aéreas, Gol Linhas Aéreas, Avianca – Ocean Air e Avianca Aerovias – e 8 empresas comercializadoras de passagens aéreas – Decolar.com, Submarino Viagens, ViajaNet, Latam Travel, Latam Cargo, Flytour Viagens, Americanas Viagens e Shoptime Viagens.

67 Aderiram ao portal, após a celebração do acordo de cooperação entre a Anac e a Senacon, 12 companhias aéreas internacionais – Lufthansa, Swiss Airlines, Iberia Líneas Aéreas, Air France, Tap Air Portugal, United Airlines, Aeromexico, KLM, Air Europa, British Airways, Turkish Airlines, Delta Air Lines – duas companhias aéreas nacionais – MAP Linhas Aéreas e Passaredo Linhas Aéreas – e duas empresas comercializadoras de passagens aéreas – Guichê Virtual e Condor.

As empresas com o maior número de reclamações são aquelas que estavam cadastradas na plataforma consumidor.gov.br antes da adesão da Anac. Em números absolutos, a Latam Airlines é a companhia aérea com maior percentual geral de reclamações – 37,41% do total –, seguida de Azul Linhas Aéreas, Gol Linhas Aéreas e Avianca Ocean Air (Gráfico 12).[68]

O número de reclamações contra essas empresas cresceu de modo contínuo todos os anos, notadamente quando a Anac passou a redirecionar suas reclamações para o portal consumidor.gov.br.[69] É preciso, no entanto, aguardar séries históricas mais longas para identificar se o crescimento no número de reclamações se deveu exclusivamente à ampliação do acesso à plataforma.

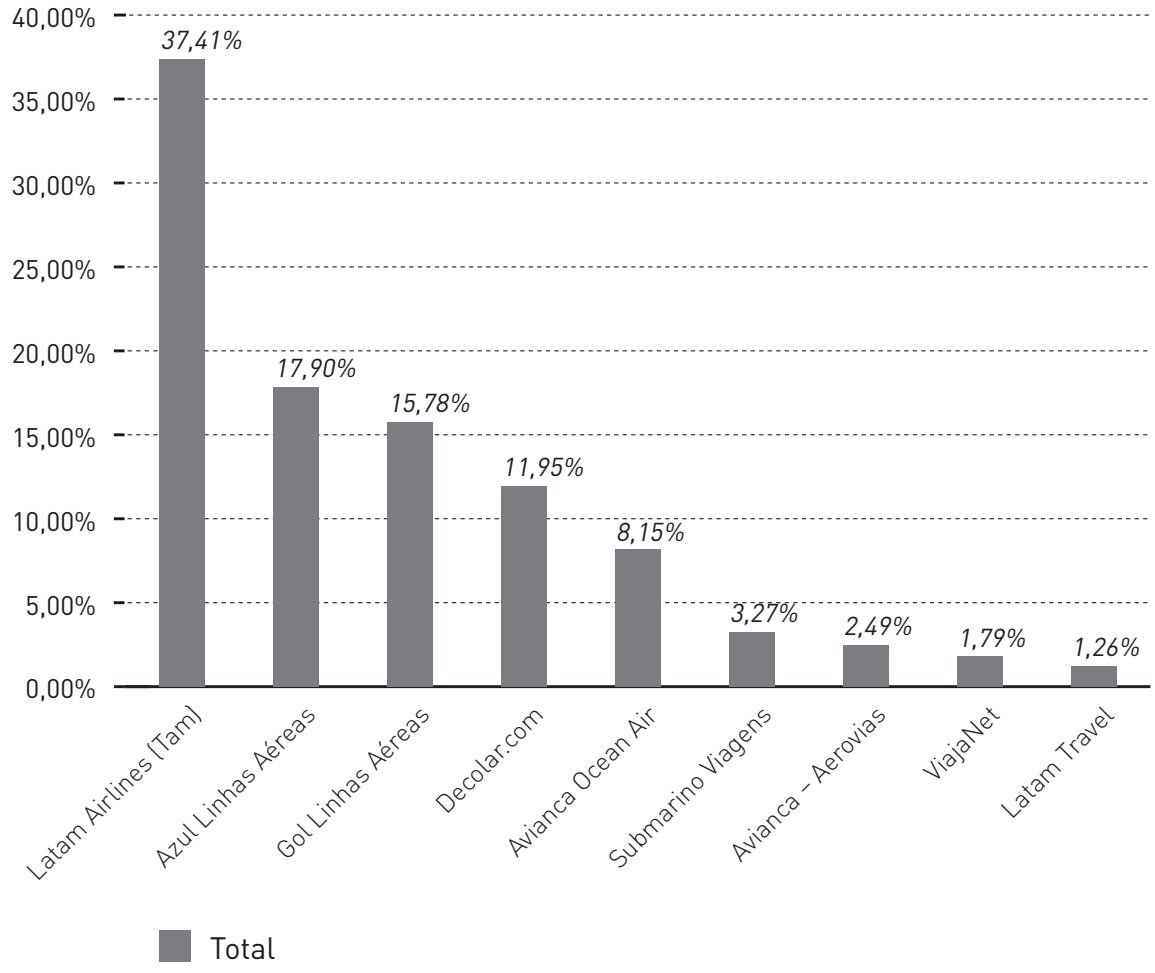
Quando se compara o índice de reclamações entre as companhias aéreas, verifica-se que Latam e Azul Linhas Aéreas têm os maiores números de reclamações por passageiros (Gráfico 13). Já a Gol Linhas Aéreas, apesar de ocupar, entre 2014 e 2018, a primeira e a segunda posições[70] no mercado relevante de vendas de passagens aéreas, foi a empresa que recebeu o menor número de reclamações em todo esse período, entre Avianca Ocean Air, Azul Linhas Aéreas e Latam Airlines, conforme mostra o Gráfico 14. O número de reclamações contra a empresa Avianca Ocean Air foi o que mais cresceu entre os anos de 2016 e 2018, em uma proporção muito superior ao crescimento de seu mercado relevante, conforme mostra o Gráfico 15.

68 A Decolar é a quarta empresa com maior número de reclamações. O *site* dessa empresa, no entanto, é um intermediador na compra e na venda de passagens, de modo que as reclamações que ele recebe referem-se exclusivamente à temática de compra de passagens. Além disso, não é possível comparar o índice de reclamações do *site* com o das companhias aéreas, tendo em vista que o primeiro não ocupa mercado relevante de serviços aéreos.

69 Só houve quedas momentâneas nos índices de reclamações contra a Avianca Ocean Air entre os anos de 2015 e 2016, e contra a Azul Linhas Aéreas entre 2017 e 2018, conforme mostra o Gráfico 13, mais adiante.

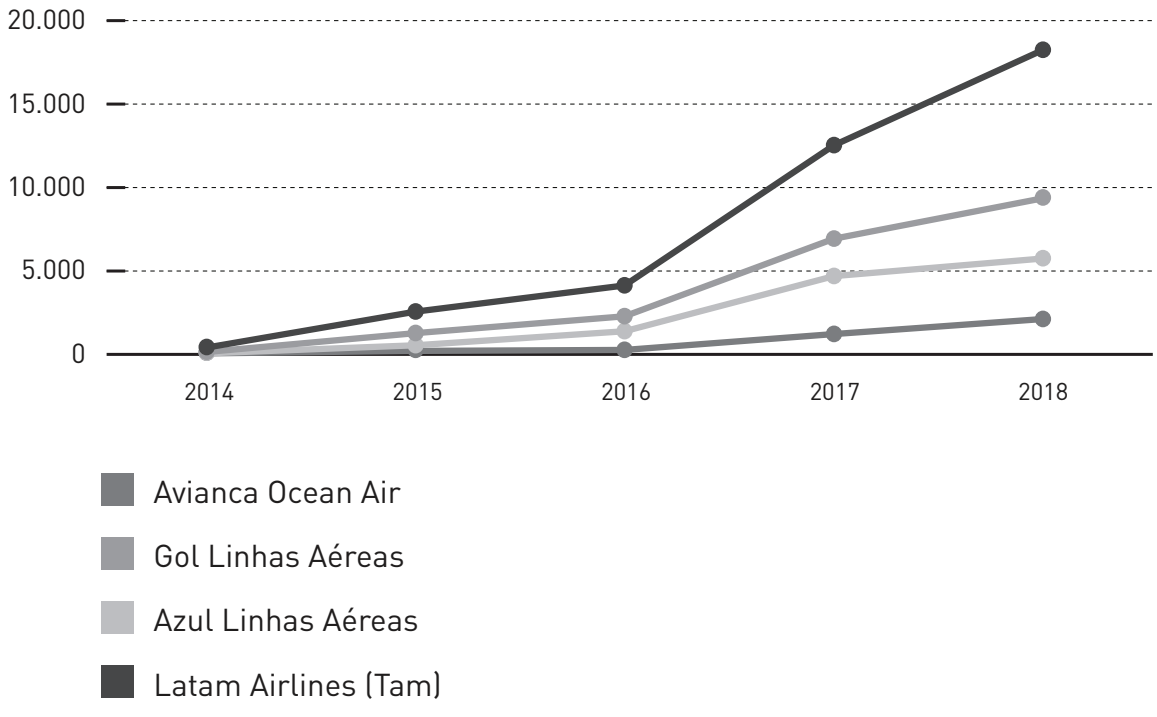
70 A Gol ocupou o primeiro lugar no mercado relevante de venda de passagens aéreas nos anos de 2014 e 2015 e a segunda posição entre os anos de 2016 e 2018.

GRÁFICO 12 – **EMPRESAS COM OS MAIORES NÚMEROS DE RECLAMAÇÕES**



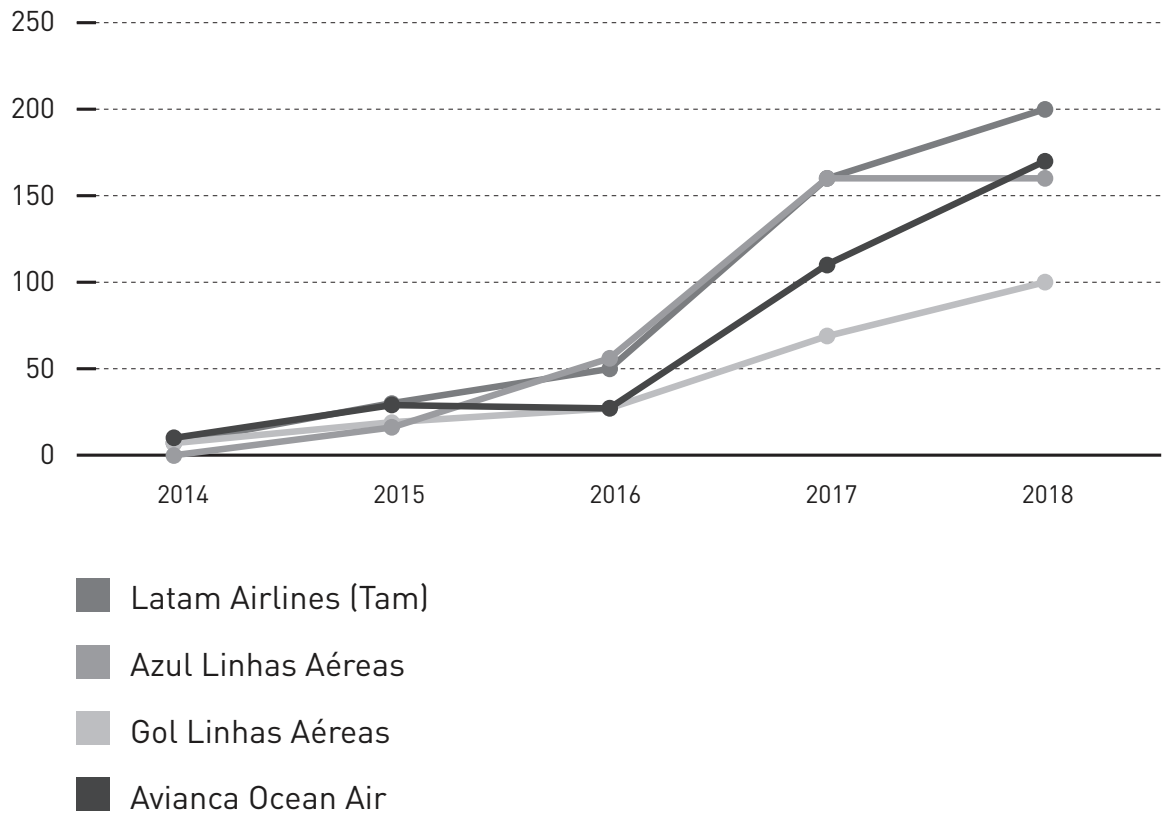
Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 13 – **NÚMERO DE RECLAMAÇÕES POR EMPRESA NO TEMPO**



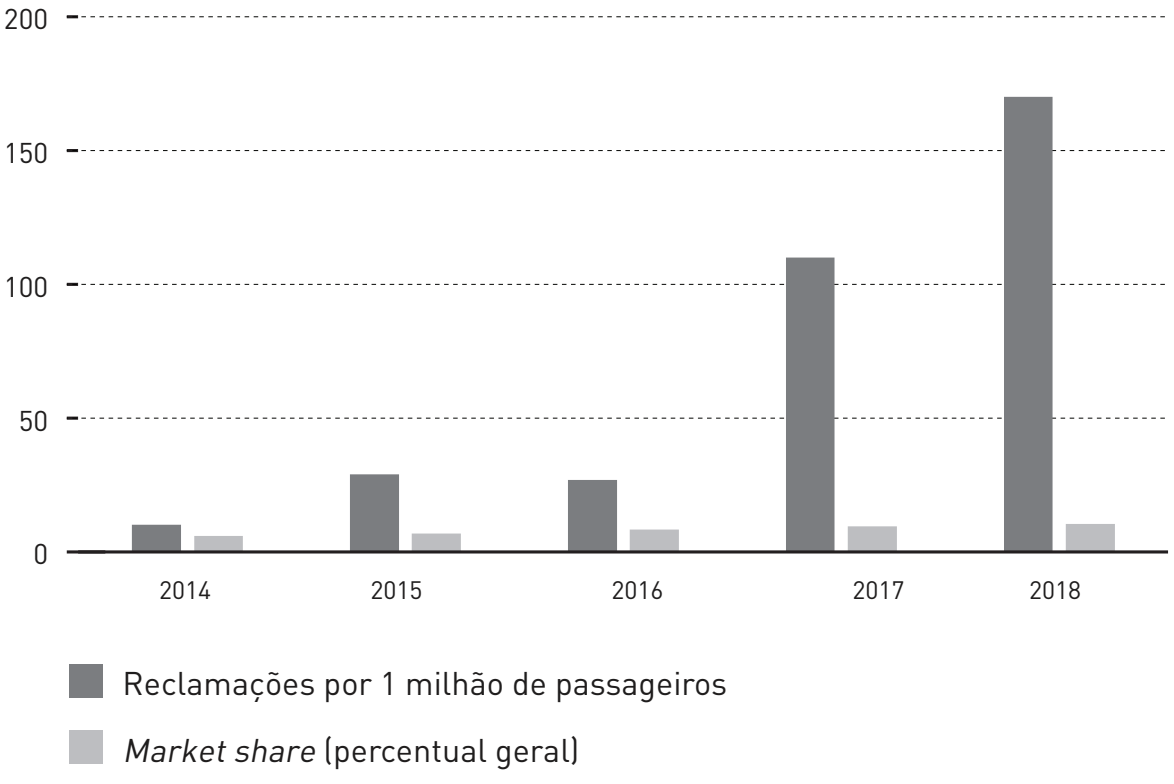
Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 14 – **NÚMERO DE RECLAMAÇÕES POR 1 MILHÃO DE PASSAGEIROS**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 15 – **RECLAMAÇÕES E *MARKET SHARE* DA EMPRESA AVIANCA OCEAN AIR**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

Os temas das reclamações registradas no portal são variados. Entre os principais identificados estão compra e venda de passagens, alteração de voo pelo passageiro e pela empresa aérea, *check-in* e embarque, condições do voo, transporte de bagagem, reembolso, discussões sobre cláusulas contratuais, programas de fidelidade, entre outros (Anac, 2018a).

Os mesmos problemas metodológicos identificados na composição do índice de resolutividade dos conflitos da ANS são identificados nos casos do portal consumidor.gov.br.

A taxa de resolutividade do portal entre os anos de 2014 e 2018, que mede o percentual médio de conflitos resolvidos em relação à totalidade das denúncias apresentadas no período, é de 50,19%.

No entanto, o banco de dados construído a partir do registro das reclamações no portal consumidor.gov.br – que serve, como visto, para monitorar as atividades do setor aéreo e subsidiar as ações fiscalizatórias da Anac – não retrata com precisão a taxa de resolutividade das reclamações.

Isso ocorre porque apenas 58,31% das reclamações registradas no portal foram avaliadas pelos consumidores. Como visto, cabe ao consumidor informar via portal se sua reclamação foi ou não resolvida. Em 36,74% dos casos, no entanto, os consumidores não forneceram essa informação. Assim como ocorre com a ANS, a gestão das informações desse mecanismo de resolução de conflitos depende da ação voluntária do consumidor. Os gestores do portal consumidor.gov.br não criaram, até o presente momento, soluções para aumentar o número de casos avaliados e, assim, produzir um retrato mais preciso da efetividade do portal na resolução de conflitos.

Nos relatórios de atividades do portal consumidor.gov.br, as taxas de resolutividade são sobrevalorizadas, já que consideram os casos não avaliados como resolvidos.[71] Por exemplo, no boletim de monitoramento do setor aéreo referente ao primeiro trimestre de 2018 (Anac, 2018a), a taxa de resolutividade dos conflitos envolvendo empresas brasileiras é de 70,5%. Para a composição dessa taxa, no entanto, foram incluídos os casos não avaliados pelos consumidores. A taxa de resolutividade sem a inclusão desses casos é de 30% (Gráfico 16).

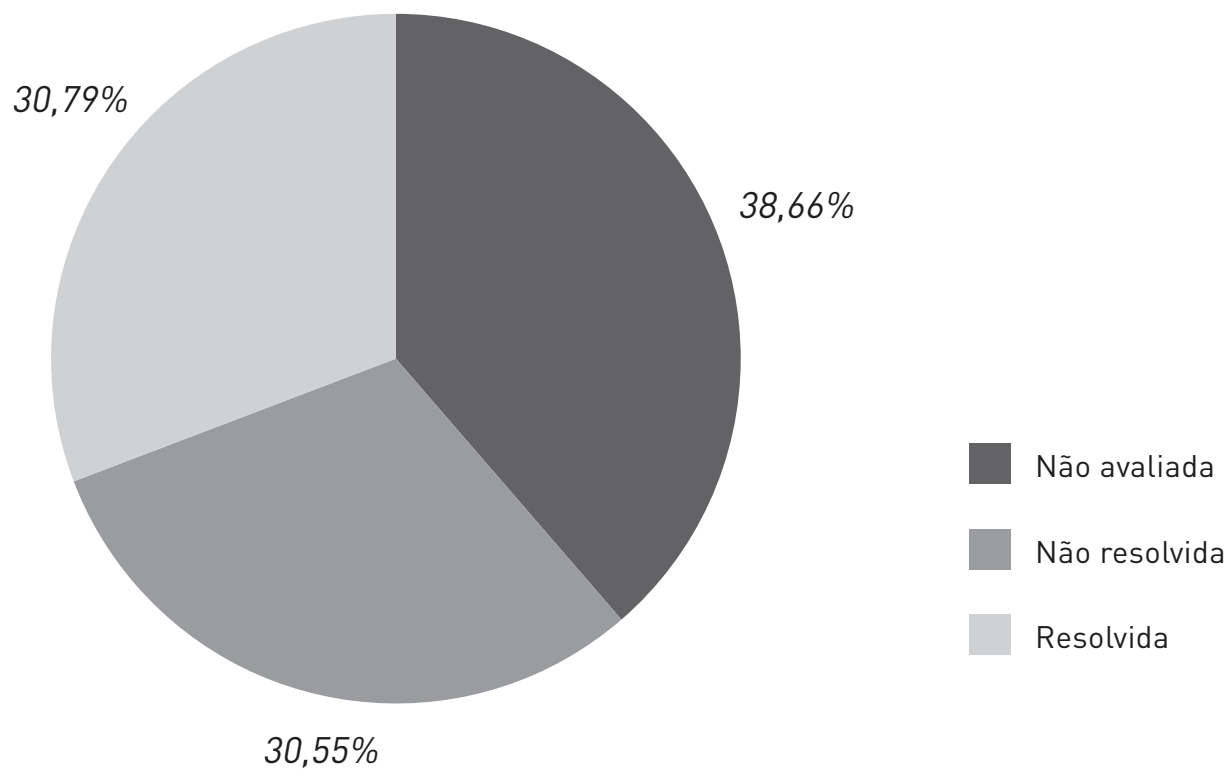
Se neste artigo fosse utilizada a metodologia usualmente adotada nos relatórios produzidos pelos gestores do portal, a taxa média de resolutividade do setor aéreo não seria de 50,19%, mas sim de 66%, já que somaria os casos avaliados resolvidos (29,04%) com os casos não avaliados (36,74%) (Gráfico 17).

Não apenas é incorreto afirmar que a taxa média de resolutividade do setor aéreo é de 66%, mas também é impreciso dizer que a taxa de resolutividade é de 50,19%. Pode-se,

71 Dias, Quirino e Rodrigues (2018) já haviam alertado para essa distorção dos dados do portal consumidor.gov.br. Os autores identificaram que no relatório que publicou o balanço de 2017 o índice de resolutividade geral do portal foi de 80,8%. No entanto, esse índice correspondia, na verdade, à soma dos casos avaliados e resolvidos (39,57%) com os casos não avaliados (41,25%).

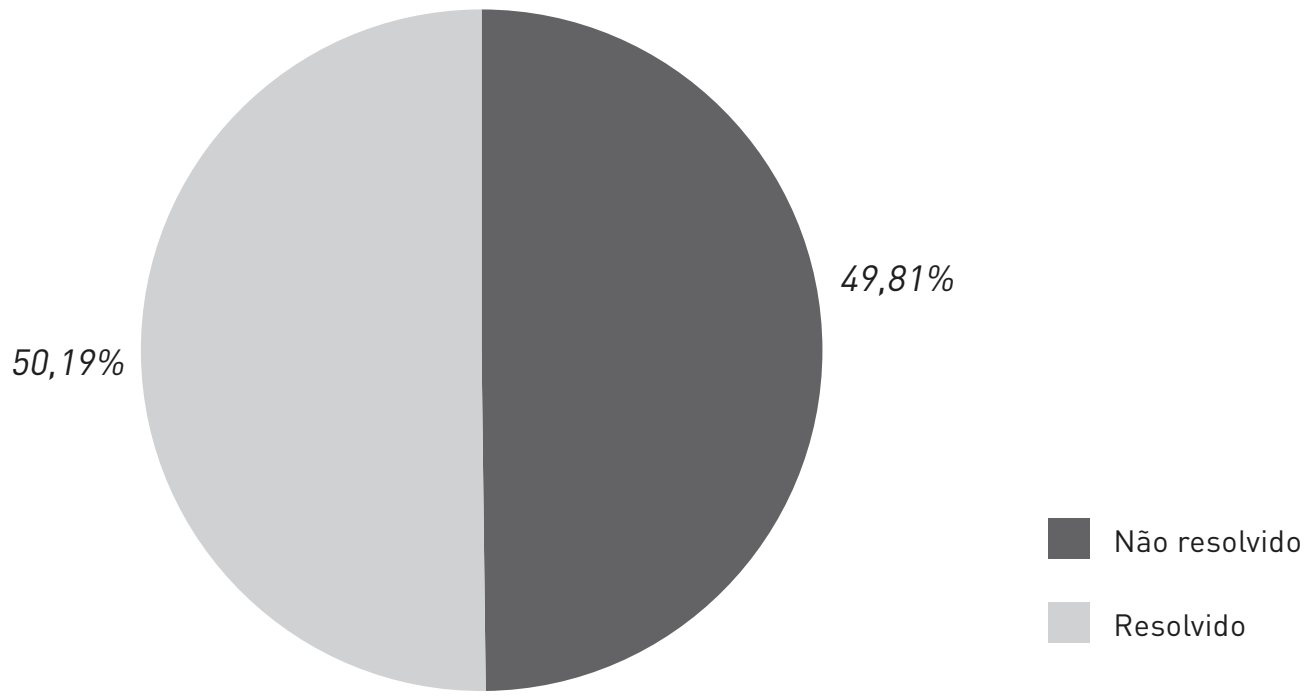
tão somente, indicar que 50,19% dos 58,31% casos avaliados pelos consumidores no portal são resolvidos. Desse modo, não se sabe ao certo qual é a taxa de resolutividade dos conflitos aéreos apresentados ao portal consumidor.gov.br, sendo possível apenas afirmar que essa taxa é de, no mínimo, 29,26% dos casos do portal.

GRÁFICO 16 – **RESULTADOS DAS DEMANDAS FINALIZADAS**



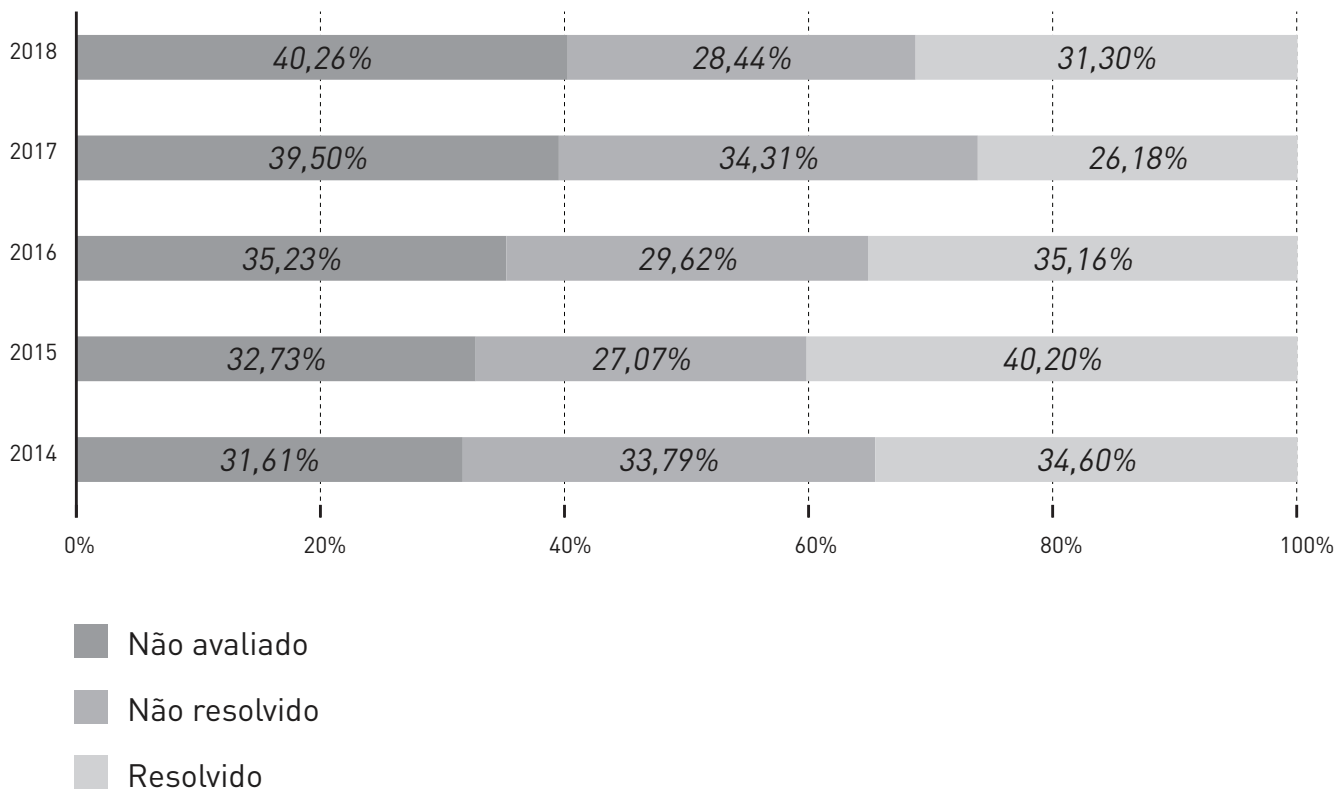
Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 17 – **TAXA MÉDIA DE RESOLUTIVIDADE DOS CONFLITOS AVALIADOS**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 18 – **RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO TEMPO**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

O banco de dados gerado pelo portal consumidor.gov.br contém, no entanto, outra informação útil para analisar a efetividade desse mecanismo de resolução de controvérsias.

O consumidor, ao se manifestar acerca da resolução ou não de uma reclamação submetida ao portal, indica também, em uma escala de 1 a 5, seu nível de satisfação com o mecanismo de resolução alternativa de conflitos.

A nota 1 – pior nota – foi a indicada em 44,85% de todos os casos (resolvidos e não resolvidos). Entre os casos não resolvidos,[72] a nota 1 é aquela indicada em 83,28% deles (Gráfico 19).

Já a nota 5 é atribuída a 26,29% de todos os casos (resolvidos e não resolvidos), seguida da nota 4 (12,3%), da nota 3 (9,9%) e da nota 2 (6,67%). Entre os casos resolvidos, a nota 5 é atribuída a 61,68% deles, seguida da nota 4 (23,06% dos casos) e da nota 3 (10,94% dos casos) (Gráfico 19).

Quando o grau de satisfação do usuário é analisado ao longo do tempo, verifica-se que a nota 1 é a mais indicada em todos os anos, seguida das notas 5, 4, 3 e 2 (Gráfico 20).

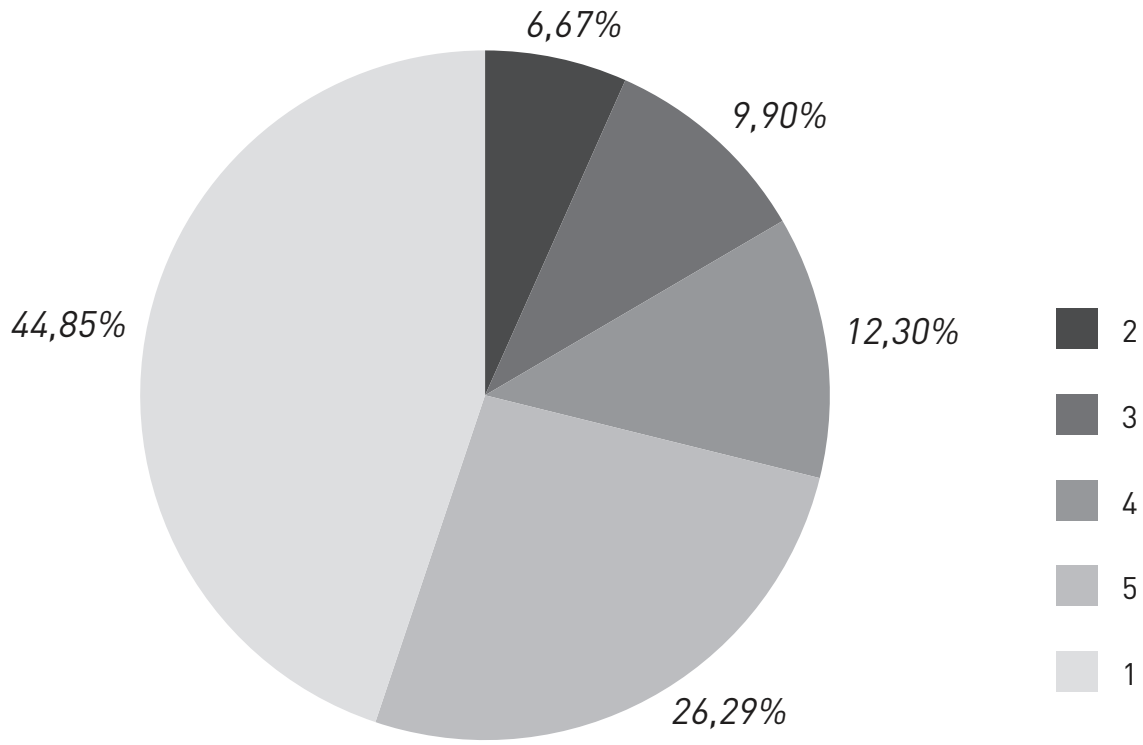
Os dados indicam, portanto, que a maioria dos usuários fica insatisfeita (nota 1) quando os casos não são resolvidos, e o grau de satisfação varia entre plenamente satisfeito (nota 5) ou satisfeito (nota 4) quando os casos são resolvidos.

Em 2017, o primeiro ano de funcionamento da parceria entre o portal e a Anac, houve uma queda no índice de resolutividade dos casos, o que explica o aumento de insatisfação dos usuários no período. O Gráfico 18 indica que esse foi o único ano, desde a criação do portal, em que o percentual de casos não resolvidos (entre os avaliados) foi maior do que o de casos resolvidos. No entanto, o crescimento da taxa de resolutividade e, consequentemente, o do grau de satisfação dos usuários no ano seguinte indicam, possivelmente, que 2017 foi um ano de transição e adaptação das empresas aéreas e dos usuários à adesão da Anac ao portal.

No entanto, o Gráfico 18 mostra que não há tendência clara de aumento do índice de demandas resolvidas. Embora tenha havido, entre 2014 e 2018, uma relativa queda no número de demandas não resolvidas, o número de demandas não avaliadas cresceu consideravelmente, de 31,61%, em 2014, para 40,26%, em 2018. Além disso, o índice de demandas resolvidas, embora tenha crescido em 2018, é inferior ao dos anos de 2014, 2015 e 2016.

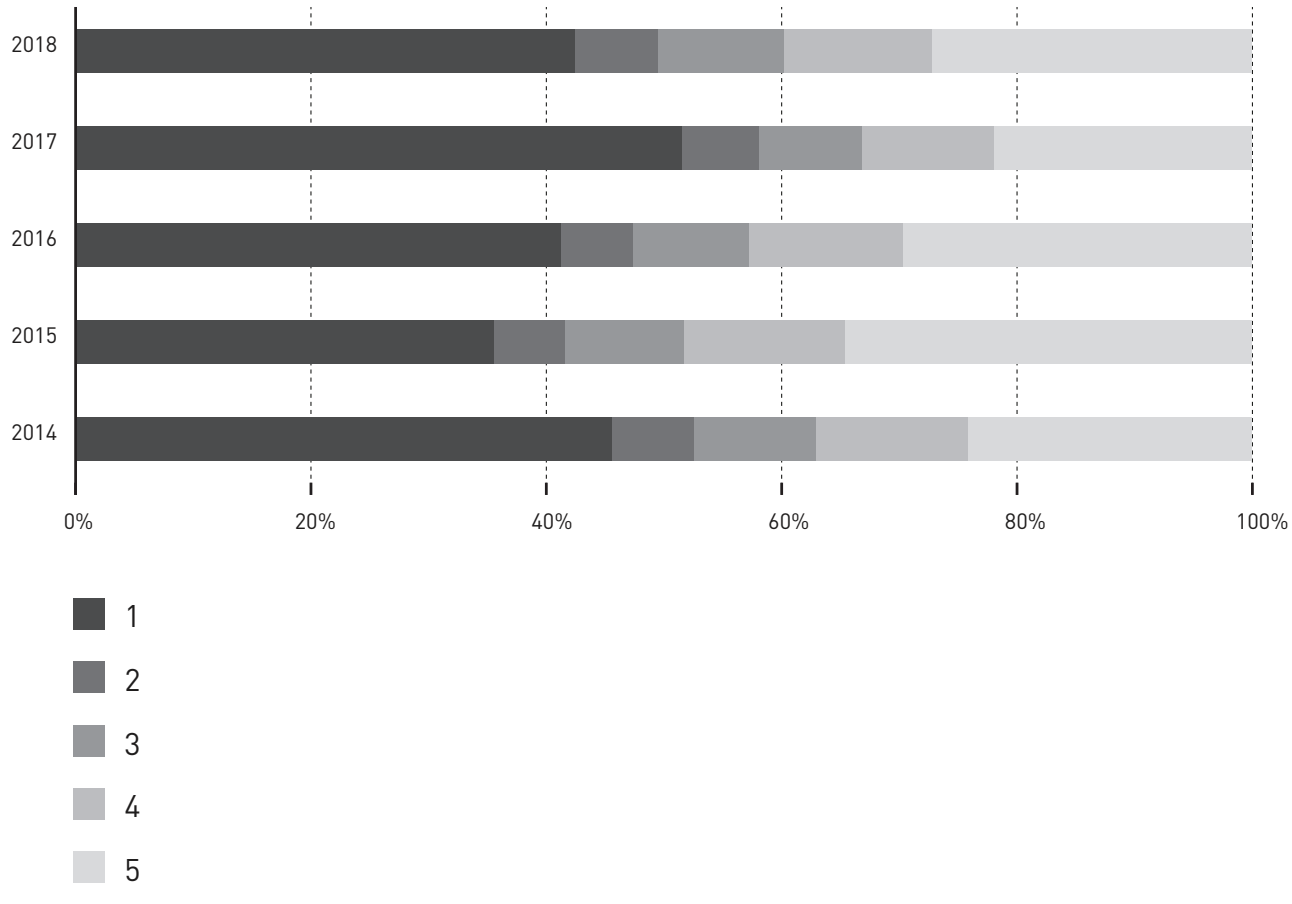
72 Como visto, 49,81% dos casos não são resolvidos.

GRÁFICO 19 – **GRAU MÉDIO DE SATISFAÇÃO DO CONSUMIDOR COM O PORTAL CONSUMIDOR.GOV.BR**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

GRÁFICO 20 – **GRAU DE SATISFAÇÃO DO CONSUMIDOR NO TEMPO**



Fonte: Elaboração própria (dados extraídos do *site* consumidor.gov.br).

Conclusão

A experiência das agências reguladoras na gestão dos meios eletrônicos de resolução de controvérsias é recente. Enquanto a NIP, nos moldes em que hoje funciona, foi adotada pela ANS em 2013, o pleno funcionamento da plataforma consumidor.gov.br para resolver conflitos do setor aéreo foi instituído em meados de 2016.

É muito cedo, portanto, para avaliar a efetividade desses mecanismos, seja em seu propósito mais imediato, que é o de resolver conflitos entre agentes regulados e consumidor, seja em seu objetivo mais amplo, que é o de orientar as ações fiscalizatórias e sancionadoras das agências reguladoras.

Como visto, os mecanismos de resolução eletrônica de conflitos geridos por órgãos do Poder Executivo têm propósitos mais amplos do que os meios administrados por entes privados, já que extrapolam as funções exclusivamente jurisdicionais. Os meios eletrônicos de resolução de conflitos geridos por órgãos reguladores não são desenvolvidos apenas para solucionar conflitos e, portanto, satisfazer os direitos dos usuários. Eles servem igualmente para orientar ações regulatórias, fiscalizatórias e sancionadoras.

Até o presente momento, foi presenciada a uma queda no índice de reclamações contra agentes econômicos regulados, tanto na ANS quanto na Anac. A análise da curta série histórica dos dados dos MERC das agências reguladoras revela, inclusive, crescimento no índice de reclamações de agentes regulados específicos.

Quanto à análise da resolutividade dos conflitos processados nos MERC, identificou-se uma imprecisão no tratamento das informações sobre gestão eletrônica dos conflitos. Viu-se, neste artigo, que a metodologia adotada para a análise dos resultados dos conflitos torna os índices de resolutividade dos conflitos declarados pelas agências reguladoras sobreinclusivos. Por considerarem como resolvidos casos não avaliados pelos consumidores e beneficiários dos serviços, seguramente as agências estão considerando como resolvidos diversos casos que não o são.

Os relatórios produzidos pelas agências retratam os meios eletrônicos de resolução de conflitos como plenamente eficazes. No entanto, quando são observados apenas os conflitos avaliados pelos usuários, verificam-se índices de resolutividade muito baixos, no caso da ANS, e moderados, para a Anac.

A fim de promover ações que revertam esse quadro, no entanto, é preciso que as agências adotem metodologias mais conservadoras na avaliação dos dados e que aperfeiçoem seus sistemas de gestão de informações. Do contrário, os meios eletrônicos de resolução de conflitos atenderão de maneira limitada seus propósitos.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem o apoio financeiro da Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado (RPCAP) da Fundação Getulio Vargas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Anac adere plataforma consumidorgov.br da Senacon. 13 dez. 2016. Disponível em: http://www.anac.gov.br/noticias/2016/anac-adere-plataforma-consumidor-gov-br-da-senacon. Acesso em: out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). *Boletim de Monitoramento do consumidor.gov.br*. 1º trimestre. 2018a. Disponível em: http://www.anac.gov.br/consumidor/boletim-de-monitoramento. Acesso em: out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). *Consulta interativa*: indicadores do mercado de transporte aéreo. 22 mar. 2018b. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa/demanda-e-oferta-ranking-de-empresa. Acesso em: jul. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Reclamações*. [s.d.]a. Disponível em: http://www.ans.gov.br/anstabnet/notas_reclamacoes.htm. Acesso em: out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Índice de reclamações das operadoras*. [s.d.]b. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/Antes_e_depois_-_%C3%8Dndice_de_Reclama%C3%A7%C3%B5es_Final.docx.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Índice de reclamações*. [s.d.]c. Disponível em: http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes. Acesso em: 25 nov. 2019.

ALBUQUERQUE JR., Antonio Eduardo; MACHADO, Kaliane Caldas de Brito; TOURINHO, Gustavo Levi Fernandes; SANTOS, Ernani Marques dos. As agências reguladoras federais e os canais de controle e participação da sociedade. *Revista Eletrônica Gestão e Sociedade*, v. 7, n. 18, p. 303-325, 2013.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Pensar*. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, 2017.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation*: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAIRD, Marcello Fragano. Redes de influência, burocracia, política e negócios na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-01082017-182440/pt-br.php.

BALDWIN, Robert. Why Rules Don't Work. *The Modern Law Review*, v. 53, n. 3, p. 321-337, 1990.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Relatório de atividades 2017*. 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/Prestacao-de-Contas/Relatorio_de_Atividades/2017_relatorio_atividades.pdf. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 196, de 14 de julho de 2009. Disponível em: http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 79/2017*. 2017. Relator: Ministro Bruno Dantas. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A79%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520. Acesso em: 20 jan. 2019.

CONSUMIDOR.GOV.BR. *Indicadores*. [s.d.]. Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/pages/dadosabertos/externo. Acesso em: out. 2018.

DIAS, Daniel; QUIRINO, Carina; RODRIGUES, Eduarda. O balanço do consumidor.gov.br merece reclamação no próprio consumidor.gov.br? *JOTA*, 6 abr. 2018.

DINIZ, Eduardo Henrique; BARBOSA, Alexandre Fernandes Barbosa; JUNQUEIRA, Alvaro Ribeiro Botelho; PRADO, Otavio. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 1, p. 23-48, 2009.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HANCHER, Leigh; MORAN; Michael. Organizing Regulatory Space. *In*: BALDWIN, Robert *et al.* (org.). *A Reader on Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

HAWKINS, Keith. *Environment and Enforcement*: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Oxford University Press, 1984.

HOOD, Christopher. *Administrative Analysis*: An Introduction to Rules, Enforcement and Organizations. New York: St. Martin's Press, 1986.

KATSH, Ethan; RIFIKIN, Janet. *Online Dispute Resolution*: Resolving Conflicts in Cyberspace. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

LIMA, Gabriela V.; FEITOSA, Gustavo R. P. Online Dispute Resolution (ODR): a solução de conflitos e novas tecnologias. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, RS, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016.

MIRALDO, Claudio de Oliveira. *A utilização de sistema de informação para gestão das demandas dos beneficiários de operadoras de saúde suplementar, como estratégia frente à regulação do setor*. 162 p. Dissertação (Mestrado) – Uninove, São Paulo, 2016.

PEDROSO NETO, Marcos. *Defesa coletiva do consumidor em TIC*: *alternative dispute resolutions* sob o viés da análise econômica do direito. 122 p. Dissertação (Mestrado) – Unisinos, São Leopoldo, 2018.

REISS, Albert J. Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life. *In*: HAWKINS, Keith; THOMAS John M. (eds.). *Enforcing Regulation*. Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984. p. 23-35.

SCHMIDT-KESSEN, Maria José; NOGUEIRA, Rafaela; GAMITO, Marta Cantero. Sucess or Failure? Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and the EU. *CBS Law Research Paper*, n. 19-17, 19 abr. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3374964. Acesso em: jul. 2019.

TEITZ, Louise Ellen. Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution. *Fordham Law Review*, v. 70, n. 3, p. 985-1.016, 2001.

Como citar este artigo:

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; GUERRA, Sérgio. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1949. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201949.

Sérgio Guerra

Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO) no Programa de Pós-Graduação em Direito da Regulação (Mestrado e Doutorado). Pós-Doutor (Visiting Researcher) pela Yale Law School e Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Editor da *Revista de Direito Administrativo* (RDA). Coordenador do Curso International Business Law da University of California – Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Consultor Jurídico da Comissão de Direito Público da OAB/RJ.

sergio.guerra@fgv.br

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Professora do Programa de Mestrado em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws (LL.M.) pela Yale University.

natasha.salinas@fgv.br

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 31.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201950

Entraves ao governo aberto na Justiça Federal brasileira

HINDRANCES TO OPEN GOVERNMENT IN BRAZILIAN FEDERAL JUSTICE

Isabela Cristina Sabo[1], *Lahis Pasquali Kurtz*[2], *Paula Adão Reginaldo*[3], *Paloma Maria Santos*[4] e *Aires José Rover*[5]

Resumo

Com a promessa de dar mais agilidade e transparência aos trâmites processuais, o Poder Judiciário, no contexto de governo aberto e acesso à Justiça, vem implementando, ao longo da última década, o processo judicial eletrônico para aprimorar o desenvolvimento de suas atividades administrativas. Tendo em vista analisar até que ponto isso se efetiva na prática, buscou-se verificar, por meio de um estudo de caso estruturado no âmbito da Justiça Federal brasileira, os entraves ao acesso de dados e a disponibilização de informações processuais. Tal verificação considerou: a agilidade no retorno das solicitações; a diversidade de órgãos internos acionados; o grau de informatização dos processos judiciais eletrônicos; a transparência no retorno das solicitações; e a burocracia envolvida no manejo das solicitações. As dificuldades no acesso aos dados processuais, à aplicação da Lei de Acesso à Informação, bem como a lenta e desordenada informatização demonstram que ainda há uma distância considerável entre a realidade forense e os avanços legislativos.

Palavras-chave

Governo aberto; acesso à Justiça; Lei de Acesso à Informação; processo judicial eletrônico; Justiça Federal brasileira.

Abstract

Promising more agility and transparency to lawsuit procedures, Judicial Branch, in a context of open government and access to justice, through the last decade, has been implementing electronic case filing to enhance its management activities. Aiming to analyze to what extent this is effective in practice, we sought to verify, by means of a case study on Brazilian Federal Justice scope, the hindrances to obtain access to judicial process data and information. This analysis considered: agility in returning solicitations; diversity of internal organs requested; degree of informatization of electronic case filing; transparency in returning requests; and bureaucracy involved on handling requests. The difficulties in accessing data of judicial files, to the application of Access to Information Act, as well as the slow and chaotic informatization show that there is still considerable distance between courts reality and regulation advances.

Keywords

Open government; access to justice; Access to Information Act; electronic case filing; Brazilian Federal Justice.

1 Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-4246-3997

2 Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9051-3269

3 Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7813-627X

4 Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Tecnológico, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6660-5270

5 Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1070-5357

CC BY-NC

Introdução

No contexto de governo aberto, acesso à informação e acesso à Justiça, fala-se do processo judicial eletrônico como ferramenta que proporciona maior agilidade, confiabilidade e publicidade aos atos processuais. Para além de ser uma forma de acesso remoto às atividades processuais, dispensando o deslocamento e a total intermediação pelo Poder Judiciário e por advogados entre as partes e demais atores envolvidos na tutela judicial, o processo judicial eletrônico é uma ferramenta que gerencia dados e informações. Por meio dele, pode-se ter acesso à organização e à produção de dados e informações sobre o desempenho do Poder Judiciário, bem como dos processos dos quais o Estado faz parte.

Em teoria, a informatização processual possibilita a identificação de gargalos na atividade judiciária, além da criação de novas soluções automatizadas e padronizadas para lidar com atividades de gerenciamento processual. Ao mesmo tempo que daria opções mais acuradas e previsíveis ao gestor judicial em busca de celeridade nos trâmites, forneceria a possibilidade de fiscalização informada ao cidadão, ao publicizar o desenrolar dos processos de maneira efetiva.

O que se questiona, nesse cenário, é se a realidade reflete essas promessas da informatização e do governo aberto, ou o quanto ela deixa claro quais são os problemas visualizados pela teoria – como em Janssen, Charalabidis e Zuiderwijk (2012, p. 261), os quais identificam mitos sobre esse modelo –, mas talvez não pelos idealizadores do processo eletrônico no Brasil. Não é de maneira automática que se dá a dinamização e o uso de dados para gerar soluções efetivas e eficientes aos problemas enfrentados nas instituições. Na prática, o acesso a dados e informações extraídos do sistema de publicização de trâmites do processo judicial eletrônico pode apresentar problemas, revelando barreiras ao acesso prometido pela informatização. Mitos – como os de que disponibilizar informação *on-line* é suficiente, de que abrir dados significa abertura do governo, de que, quanto mais dados disponíveis, melhor será o grau de aproximação e compreensão do cidadão sobre aquelas atividades – são revelados.

Diante dessa conjuntura, busca-se, pelo método indutivo e por meio de um estudo de caso, investigar quais entraves o cidadão encontra ao buscar acesso a dados e informações processuais na Justiça Federal brasileira. A escolha da Justiça Federal e dos procedimentos de execução fiscal promovidos pela União se deu em função da intenção de comparar, utilizando os mesmos critérios, trâmites semelhantes nos diferentes tribunais com amplitude nacional.

A finalidade desta coleta é acessar os dados e as informações processuais a fim de, em etapa posterior da pesquisa, verificar a atuação do Poder Público (Poder Judiciário) no sentido de melhor gerenciar suas atividades-fim, sugerir quais funcionalidades e ferramentas no processo judicial eletrônico poderiam ser implementadas em maior escala em outros tribunais. Para o cidadão leigo, essa informação permitiria fiscalizar a atuação processual no sentido de um acesso à Justiça que dê conta das demandas apresentadas.

O trabalho divide-se em três partes, além desta introdução: a primeira parte, contextual, que trata da conexão entre processo judicial eletrônico e governo aberto, em especial no

contexto de um Judiciário que busca cumprir com preceitos de acesso à Justiça; a segunda, que faz uma análise crítica da realidade do acesso a dados e informações processuais a partir de metadados obtidos pela equipe de pesquisa em tentativas junto à Justiça Federal; e a terceira, na qual se apresentam as conclusões e a resposta ao problema de pesquisa lançado.

1 Contexto e revisão bibliográfica: governo aberto no Poder Judiciário brasileiro

Nesta seção, a fim de dar aporte à parte analítica do artigo, conceitua-se "governo aberto", destacando o papel de dados abertos em sua concretização, bem como se apresentam as premissas do processo judicial eletrônico para esse novo modelo de governo que é possibilitado pelo avanço das tecnologias digitais.

1.1 Governo aberto e lei de acesso à informação

Não há na literatura um consenso sobre o que se entende por "governo aberto". Em que pese os distintos conceitos encontrados, por vezes confundidos com os de "governo eletrônico" ou "governança eletrônica", diversas instâncias do Estado têm implementado iniciativas de governo aberto como forma de ampliar a transparência e a *accountability*, a fim de combater a corrupção e fomentar o desenvolvimento econômico (RUVALCABA-GOMEZ, CRIADO e GIL-GARCIA, 2018, p. 1).

Segundo Calderón e Lorenzo (2010, p. 215), a ideia de governo aberto é tão velha quanto a própria democracia e está implícita na maioria das leis fundamentais e constituições dos Estados ocidentais modernos. Trata-se da evolução para um governo cujas ações, projetos e programas visem à promoção da transparência, à prestação de contas e à responsabilização dos agentes públicos (*accountability*), ao incentivo à participação social nos debates e na proposição de soluções que busquem um governo mais responsivo e eficiente, e ao desenvolvimento e utilização de novas tecnologias na gestão e na prestação de serviços públicos que atendam às necessidades dos cidadãos (BRASIL, s.d.).

Sua materialização implica uma transformação profunda sobre o modo como se dá a interação sociopolítica entre os diferentes atores, o que requer um modelo de democracia mais agregativo, que dê prioridade à representatividade e aos processos e cuja orientação seja voltada a criar um governo mais transparente, acessível e receptivo, passível de escrutínio e supervisão cidadã (CRUZ-RUBIO, 2015, p. 139).

> Quando se fala de Governo Aberto, não está se falando somente da ideia de governança, nem se fala somente em renovar a administração pública, estamos falando de reinventar e reorganizar todo o nosso sistema, dando-lhe novas capacidades em todos os seus pontos, provenientes da abertura à cidadania (CALDERÓN e LORENZO, 2010, p. 16).

A abertura do governo está diretamente ligada ao direito de acesso à informação. Sua posse amplia o potencial do cidadão para fiscalizar as ações empreendidas pelo governo, criar novos serviços e melhorar substancialmente a vida em sociedade.

Além desses benefícios no campo da transparência e do controle social, a adoção do governo aberto introduz formas inovadoras de governança colaborativa, na medida em que possibilita a criação de informações e aplicativos pela própria sociedade, atuando de maneira participativa e colaborativa com o governo e as instituições privadas (VAZ, RIBEIRO e MATHEUS, 2010, p. 48; MAIER-RABLER e HUBER, 2011, p. 184).

Assim, um governo mais aberto pode reforçar a legitimidade e a credibilidade da instituição e ajudar a responder às crescentes demandas públicas por informações e serviços mais acessíveis e de melhor qualidade. O grande desafio que os governos enfrentam no momento é conseguir equilibrar a necessidade de preservar a abertura dos dados com a de garantir a segurança nacional (OECD, 2005, p. 3).

A ideia de governo aberto, portanto, perpassa por práticas de dados abertos, que são uma das facetas desse modelo, aliadas à transparência e à participação[1] – e esta última não será o enfoque do presente trabalho, visto que o aporte dos dados aqui apresentados não permite conclusões acerca desse aspecto do governo aberto no Poder Judiciário. Tal aspecto merece estudos complementares, não sendo adequado, metodologicamente, fazer inferências acerca da temática sem observar dados que as suportem, como assinalado por King, Keohane e Verba (1994, p. 119). O enfoque da discussão aqui traçada permeia, por isso, os aspectos relativos a dados abertos, tocando por vezes na temática da transparência.

Janssen, Charalabidis e Zuiderwijk (2012, p. 261) salientam que nem sempre é fácil encontrar, interpretar, processar e utilizar os dados disponibilizados pelo governo. Há que se lidar com o excesso de formalismos, os distintos formatos e as capacidades de análise do que é fornecido.

A questão é que nem sempre os dados estão, de fato, abertos. Um dado pode ser considerado aberto quando nenhuma instituição tenha sobre ele controle exclusivo, direito autoral ou patente, e quando for possível sua utilização e redistribuição independentemente da finalidade, estando, no máximo, sujeito à exigência de crédito da autoria e da preservação da licença aberta (IMPRENSA NACIONAL, s.d.).

Para Diniz (2010, p. 4), o objetivo da disponibilização de dados abertos governamentais é ultrapassar as barreiras impostas aos usuários de informações do serviço público, de modo que eles facilmente encontrem, acessem, entendam e utilizem os dados da maneira que melhor

1 Participação, neste artigo, é entendida no sentido de um modelo que caminhe para a democracia participativa, em que o exercício da cidadania vai além do voto e consiste em espaços de contato com o Poder Público, podendo influenciar e também concretamente participar da elaboração e da execução de políticas. Ver: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadania.com*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 67.

lhes convier, abrindo a possibilidade para que possam misturá-los e combiná-los, agregando ainda mais valor.

Os dados abertos governamentais exercem um efeito positivo sobre as políticas públicas (BRASIL, 2019), uma vez que possibilitam:

: Inclusão: fornecer dados em formatos padronizados abertos e acessíveis permite que qualquer cidadão utilize qualquer ferramenta de *software* para adaptá-los a suas necessidades.

: Transparência: informações do setor público abertas e acessíveis melhoram a transparência, pois as partes interessadas podem usá-las da maneira mais adequada a seu propósito.

: Responsabilidade: os conjuntos apropriados de dados abertos, devidamente associados, podem oferecer vários pontos de vista sobre o desempenho dos governos no cumprimento de suas metas em políticas públicas.

Fora isso, algumas barreiras para a adoção dos dados abertos já começam a ficar evidentes: dados dispersos (espalhados), dificuldade de publicação dos dados em função de sua qualidade (conjunto de dados desconexos, sem metadados ou semântica), alto custo para sua administração e falta de clareza na forma de licenciamento (SALM JÚNIOR, 2012, p. 70-71).

No âmbito internacional, a Open Government Partnership (OGP) é uma iniciativa que objetiva assegurar compromissos concretos de governos em relação aos cidadãos, tendo em vista promover a transparência, o combate à corrupção, a participação social e o fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias (COELHO e WAISBICH, 2013, p. 13).

O Brasil, como um dos oito membros fundadores e parceiro da OGP, participa dessa ação desde 2011 (COELHO e WAISBICH, 2013, p. 13). Na esfera dessas atividades, foi criado, no dia 15 de setembro de 2011, pela então Presidente da República Dilma Rousseff, por meio de decreto sem número, o qual institui o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto (PNGA), o Comitê Interministerial para Governo Aberto (CIGA), coordenado pela Controladoria Geral da União (CGU).

Uma das principais medidas adotadas pelo governo para implementar o PNGA foi a promulgação da Lei de Acesso à Informação (LAI) em 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011), cujo principal objetivo é consolidar os acordos firmados pelo Brasil de abertura das informações públicas. A referida lei, que representa um importante fortalecimento da democracia brasileira, caminha em consonância com os preceitos institucionais e com diversos tratados[2] dos quais o Brasil é signatário.

2 O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que objetivam aumentar a transparência e combater a corrupção: Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA), Convenção contra a Corrupção de

Ao estabelecer esse marco regulatório, com a promulgação da LAI, o Brasil dá um importante passo em direção à consolidação e ao amadurecimento do processo democrático, possibilitando a transição da cultura do segredo para a do acesso. Nesse cenário, a informação é a regra, e o sigilo, a exceção (SANTOS, BERNARDES e ROVER, 2012, p. 46-47).

Essa transformação, entretanto, não se dá sem que haja esforços concretos. Existem alguns mitos que tornam fácil uma visão demasiadamente otimista acerca da abertura de dados governamentais em qualquer grau, quando más práticas podem, inclusive, ter efeito reverso à ampliação democrática. Sobre tais mitos, Janssen, Charalabidis e Zwiderwijk (2012, p. 264-266) alertam que: (i) os benefícios da publicização de dados não são automáticos; (ii) existem restrições quanto aos custos e observância a direitos pessoais para isso ser realizado; (iii) não se trata de simplesmente disponibilizar dados, mas de torná-los amigáveis e utilizáveis pelo cidadão; (iv) as necessidades e capacidades dos cidadãos devem ser consideradas; e (v) informação sem direcionamento pode trazer confusão e incompreensão ao cidadão sobre as atividades públicas, resultando em um governo mais distante e fechado.

Esse panorama de mitos sobre dados abertos e governo aberto pode tornar uma implementação meramente formal ou parcial da LAI, ainda que bem-intencionada, potencialmente prejudicial ao contexto de cultura do acesso que ela visa promover. Ignorar as barreiras e os problemas causados por sua não superação pode gerar um afastamento ainda maior entre governo e cidadão. Gerar uma impressão de que a fronteira governamental é intransponível – reforçando a sensação de impotência do cidadão ante a estrutura institucional em que ele deveria sentir-se apto e capaz de influenciar – é um grande risco da má-implementação de um projeto de governo aberto.

Essa adoção despretensiosa de algumas medidas de dados abertos, como se fossem sinônimos de governo aberto, torna-se um perigo ainda maior quando se fala no Poder Judiciário. Nesse âmbito, a cultura do acesso não se dá somente por meio da ideia de acessar os dados, mas também por meio de inserção do cidadão no sistema, possibilitando-lhe exigir do Estado a tutela de seus direitos, concretizando o acesso à Justiça.

Saber como e onde ingressar com uma ação judicial, poder acompanhar a atuação dos tribunais e conhecer a interpretação dada ao aparato legislativo na tutela de fatos cotidianos é fundamental para a integração do cidadão como sujeito ativo nas políticas públicas. Como a própria possibilidade de demandar junto ao poder estatal e perceber sua atuação liga-se à capacidade de compreendê-lo e criticá-lo, o acesso à Justiça e o acesso à informação no Poder Judiciário se conectam profundamente, uma vez que esse poder é mais técnico e obscuro aos

Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) e Convenção das Nações contra a Corrupção (ONU).

leigos do que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, cujas composição e atuação são representativas e flexíveis à pressão social (DAHL, 2012, p. 84; DALLARI, 2002, p. 6).

1.2 O processo judicial eletrônico e o acesso à Justiça no governo aberto

A informatização processual e o acesso à Justiça são temas que vêm sendo tratados de maneira associada, conforme levantamento feito por Kurtz (2017, p. 103-105). Autores apontam a burocracia como algo negativo e defendem que o processo judicial eletrônico pode ser um importante instrumento contra a chamada crise do Poder Judiciário, a qual é causada por descrédito do cidadão ante a complexidade e a obscuridade da tramitação processual para o público leigo. Esse problema, segundo a literatura majoritária, poderia ser solucionado por procedimentos mais simples e econômicos, bem como pela facilidade de acessar o sistema (KURTZ, 2017, p. 107).

Uma das funções do processo judicial eletrônico é o auxílio no acesso a dados e informações processuais, ao tornar factível sua abertura ao público. No Brasil, o processo judicial eletrônico inseriu-se no campo legislativo, dentro do contexto da Reforma Judicial introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, pela promulgação da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Seu escopo foi materializar a intenção de disciplinar o instituto, com a perspectiva de agilizar e dinamizar os trâmites processuais, encurtando os entraves causados pela burocracia e pelo distanciamento sempre comum no encaminhamento da causa (ABRÃO, 2017, p. 5).

Entre os pontos disciplinados pela lei, menciona-se a utilização do meio eletrônico indistintamente para todas as ramificações do processo (cível, penal, trabalhista, fazenda pública, etc.), a comunicação eletrônica dos atos processuais, destacando-se a criação do *Diário da Justiça* eletrônico, e os documentos eletrônicos, viabilizados pela certificação digital.

Ao regulamentar a comunicação eletrônica, o que a lei visa reduzir é a burocratização e a demora de tramitação no ambiente cartorário com a juntada de documentos e com as certificações manuais – o chamado "tempo morto" (OLIVEIRA, 2015, p. 393). Também se ganha em precisão, assegurando o registro da data e da hora de sua prática. Além disso, a partir do instante em que se cria o *Diário da Justiça* eletrônico, os sistemas informatizados dos tribunais deverão estar em perfeita consonância com as informações prestadas em seus portais eletrônicos, superando-se o entendimento de que esses canais têm caráter meramente consultivo. Se antes a prática de acompanhamento dos feitos via internet já lhes atribuía mais celeridade, com o advento da lei essa prática tornou-se oficializada, vinculando as informações constantes nos portais eletrônicos dos tribunais (ALMEIDA FILHO, 2007, p. 222, p. 230-231).

Outro ponto relevante é que a lei impõe aos órgãos do Poder Judiciário a utilização, de preferência, de programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede de alcance mundial, priorizando-se sua padronização. Ressalta-se, ainda, a possibilidade de que os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário sejam gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.

Desse modo, o conteúdo das informações processuais não estará, necessariamente, armazenado no local geográfico onde, antes, o processo se encontrava fisicamente. A justiça eletrônica estará ligada à rede computacional, sendo acessada em qualquer lugar do mundo, a qualquer momento, desde que disponível de modo remoto. As redes computacionais não exigem consultas presenciais, de maneira convencional (físico-espacial), o que faz que se rompa, pelo advento da lei e com a respectiva implantação do processo judicial eletrônico, o conceito legal espacial de divisão judiciária física centralizada dos feitos, possibilitando a atuação apenas por conexões remotas (ATHENIENSE, 2010, p. 97).

Esse ponto da legislação pode ser assimilado como o de maior interesse na proposta de governo aberto, uma vez que a intenção do legislador, ao dispor sobre o manejo das informações processuais pelo meio eletrônico, é torná-lo possível tanto aos servidores do Poder Judiciário como aos advogados, às partes e, sobretudo, a qualquer cidadão leigo.

O funcionamento de todas essas regras, porém, está associado à disponibilidade e ao interesse de cada tribunal em destinar, preferencialmente, recursos da verba orçamentária para a implementação de sistemas processuais eletrônicos. Tanto é que a inserção do processo judicial eletrônico ocorreu de maneira desordenada, à medida que se compara os setores do Poder Judiciário que detêm maior recurso orçamentário de modo decrescente: a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal e, por último, a Justiça Estadual. Há, então, um cenário em que se exige cautela para monitorar diversos procedimentos informatizados recém-implantados por alguns tribunais, em contraposição à ausência total de informatização em outros (ATHENIENSE, 2010, p. 81-82).

Concomitantemente, visualiza-se a participação expressiva da iniciativa privada no mercado destinado ao desenvolvimento de sistemas processuais eletrônicos, o que gera vicissitudes no gerenciamento do processo judicial. Isso porque as empresas responsáveis pelos sistemas eletrônicos, assim como por seu gerenciamento, seus provedores e seus servidores, provavelmente serão distintas nos vários Estados da Federação. Com isso, haverá certa dificuldade na leitura e na decodificação dos sistemas eletrônicos para efeitos de consulta e utilização do banco de dados (ABRÃO, 2017, p. 73).

Outra legislação referente ao tema é o Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, que estabeleceu relevantes alterações no âmbito do sistema processual. No que diz respeito à informatização em específico, a lei ratificou, na esfera do processo de conhecimento, a realização de vários atos processuais pelo meio eletrônico, permitindo a realização de audiência de conciliação ou de mediação também pela via eletrônica; na esfera do processo de execução, regulamentou o leilão eletrônico; e, na esfera recursal, inaugurou o registro eletrônico dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos perante o CNJ, visando a sua ampla divulgação e sua publicidade, além de evitar sobrestamentos indevidos.

Todas essas ações legislativas podem ser visualizadas como mecanismos que intencionam adicionar celeridade e eficiência no processo judicial, na toada da Reforma Judicial realizada pela EC n. 45/2004. A modernização ocorre em resposta à apontada crise de confiança e de

gestão do Judiciário perante as novas demandas e tecnologias trazidas pela modernidade. A ideia por trás da reforma também parte da corrente teórica do "acesso à Justiça", frente que busca abrangência máxima da tutela judicial, seja por sua agilidade, seja por sua familiaridade, negando que ela sirva somente a uma parcela da população.

Nesse viés, a expressão "acesso à Justiça" pode ser definida a partir de duas funções desempenhadas pelo sistema jurídico, uma vez entendido como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. A primeira delas é que esse sistema deve ser igualmente acessível a todos, e a segunda é que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. O direito ao acesso efetivo à Justiça tem sido progressivamente reconhecido como essencial entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8-12).

Acesso à Justiça é um direito fundamental, na medida em que a Constituição Federal de 1988 consagrou-o em seu art. 5º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O direito de acesso à Justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais, de modo que são vários os mecanismos e instituições que podem atuar em sua concretização, considerando, ao menos, três etapas distintas e interligadas: o ingresso visando à obtenção de um direito, os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída (SADEK, 2014, p. 57).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31-73) exploraram em sua obra esses outros mecanismos – as três "ondas" – que viriam a contribuir na efetivação do acesso à Justiça: (1) a assistência judiciária gratuita àqueles que, em razão de suas condições econômicas e financeiras, dela porventura necessitarem; (2) a representação de interesses difusos; e (3) a instituição de outras técnicas procedimentais (ou mesmo a reforma procedimental), como as formas alternativas de solução de conflitos junto ao sistema jurídico.

Assim, a informatização processual e a proposta de governo aberto poderão compor uma "quarta onda" no direito de acesso à Justiça, na qual o meio eletrônico, ao mesmo tempo que concebido para tornar a tramitação processual mais célere e efetiva, deve garantir transparência e tornar possível o acesso ao próprio processo judicial, uma vez composto por grandes e diversas quantidades de dados e informações sobre os cidadãos. Ao lado disso, surgem alguns novos desafios, como o da inclusão/alfabetização digital e o da proteção de dados pessoais, os quais passam a ser massivamente tratados e manipulados por esses sistemas.

No estudo de caso a seguir serão apresentadas algumas dificuldades inerentes ao direito de acesso à Justiça, as quais apontam que, mesmo com a informatização processual, há insuficiência na abertura e no acesso aos dados do Poder Judiciário brasileiro, especificamente no âmbito da Justiça Federal.

2 Estudo de caso: acesso aos dados e às informações processuais nos Tribunais Regionais Federais

Visando apurar, sob a ótica do governo aberto, como funciona o acesso aos dados e às informações processuais na Justiça Federal brasileira, nesta seção são apresentadas a metodologia empregada e a análise crítica dos resultados embasada no aparato teórico da seção anterior.

2.1 Metodologia

A metodologia da pesquisa pode ser visualizada a partir de três vertentes: (1) método de abordagem, (2) procedimento e (3) técnicas.

Antes de descrevê-las, convém contextualizar que este trabalho integra uma das fases de um projeto cujo tema central é o processo judicial eletrônico e que contém, em síntese, quatro etapas: (1) levantar o estado da arte do tema a partir de revisões da literatura e da legislação; (2) identificar como a informatização e a automação de atos processuais interferem na celeridade do processo e produzir um relatório com dados estatísticos; (3) validar o relatório com especialistas; e (4) divulgar os resultados com a apresentação e a publicação de trabalhos.

Para concretizar essas etapas, elegeu-se intencionalmente como amostra os processos do tipo execução fiscal e a esfera da Justiça Federal, por refletirem menor diversidade de trâmites processuais e por lidarem sempre com entes da União Federal como parte, razão pela qual têm procedimentos semelhantes, isto é, comparáveis entre si.

Este artigo está inserido na segunda fase do projeto, na qual a equipe de pesquisa, ao buscar obter, perante os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), números processuais de autos já tramitados para consulta de movimentações e datas, deparou-se com entraves relacionados aos temas expostos na revisão bibliográfica (governo aberto, LAI, acesso à Justiça e processo judicial eletrônico). Essa dificuldade na obtenção dos dados e das informações processuais pretendidos geraram metadados cuja análise motivou o presente estudo de caso.

Assim, o método de abordagem consistiu no indutivo, uma vez que foi possível inferir conhecimento atual sobre o governo aberto e acesso à informação no Poder Judiciário brasileiro a partir dos metadados obtidos. O procedimento adotado foi o estudo de caso, que, como intitulado nesta seção, pretendeu averiguar, dentro da temática apresentada, como funciona o acesso a dados e informações processuais na Justiça Federal. E as técnicas, por sua vez, envolveram a consulta pública via portais eletrônicos dos TRFs, o envio de dúvidas via solicitação formal (ofício) e via contato telefônico. Essas técnicas serão detalhadas na seção 2.2.

O período de coleta desses dados deu-se entre março e agosto de 2018. A análise e a discussão dos resultados (metadados) ocorreram de modo qualitativo, com cada observação recaindo sobre um critério na maneira em que eles foram obtidos, quais sejam: a agilidade no retorno das solicitações formais; a diversidade de órgãos internos contatados para a obtenção de dados; o grau de informatização dos processos judiciais; a transparência no retorno das solicitações formais; e a burocracia no manejo das solicitações formais. Elencaram-se essas categorias em razão de serem as que permitiriam transformar esses dados e informações

processuais em conhecimento útil aos fins do governo aberto, possibilitando a compreensão pelo cidadão acerca do processo judicial, além do potencial de utilização em grande escala desses dados e informações processuais para produzir conhecimento acerca do desempenho e da gestão do Poder Judiciário.

Por fim, tendo em vista que o objetivo é demonstrar em que medida o acesso a dados e informações processuais enfrenta dificuldades, e quais são elas, os metadados foram organizados em quadros e gráficos, a serem visualizados nas seções 2.2 e 2.3.

2.2 Técnicas empregadas e resultados

2.2.1 Obtenção dos números de processos via consulta pública

A primeira técnica de pesquisa consistiu em obter números de processos de execução fiscal com baixa definitiva em 2016 via portais eletrônicos de consulta pública processual dos cinco TRFs brasileiros. Para tanto, foram utilizados os termos de busca "UNIÃO FEDERAL" ou "UNIÃO" no campo destinado ao nome das partes. Os resultados obtidos estão organizados no Quadro 1.

QUADRO 1 – **Retorno da consulta pública processual simples**

TRIBUNAL	RESULTADO DA BUSCA	INFORMAÇÕES FORNECIDAS	OBSERVAÇÕES
TRF1	NEGATIVO	UNIÃO FEDERAL OU UNIÃO: "MAIS DE 500 PARTES FORAM ENCONTRADAS INICIANDO COM O ARGUMENTO INFORMADO. POR FAVOR, REFINE A SUA PESQUISA".	-
TRF2	NEGATIVO	UNIÃO FEDERAL: "A CONSULTA NÃO ESTÁ DISPONÍVEL PARA ESTE NOME PORQUE TRAZ UMA QUANTIDADE MUITO GRANDE DE PROCESSOS. INFORME UM NOME MAIS COMPLETO OU CONSULTE POR NÚMERO DO PROCESSO OU CPF/CNPJ".	FOI POSSÍVEL A CONSULTA VIA NÚMERO DE REGISTRO NA OAB.
		UNIÃO: "É OBRIGATÓRIO PREENCHER 2 PARTES VÁLIDAS DE NOMES PARA FAZER CONSULTA POR NOME".	FOI POSSÍVEL A CONSULTA VIA NÚMERO DE REGISTRO NA OAB

(continua)

TRIBUNAL	RESULTADO DA BUSCA	INFORMAÇÕES FORNECIDAS	OBSERVAÇÕES
TRF3	NEGATIVO	UNIÃO FEDERAL OU UNIÃO: "CPF OU CNPJ INVÁLIDO".	-
TRF4	PARCIALMENTE POSITIVO	UNIÃO FEDERAL: NÚMEROS DE PRECATÓRIOS, CARTAS PRECATÓRIAS, PROCEDIMENTOS COMUNS, MEDIDAS CAUTELARES, MANDADOS DE SEGURANÇA E CUMPRIMENTOS DE SENTENÇA.	A BUSCA NÃO RETORNOU COM NÚMEROS DE EXECUÇÕES FISCAIS.
		UNIÃO: "O NOME DA PARTE DEVE SER COMPOSTO DE AO MENOS DUAS PARTÍCULAS".	-
TRF5	NEGATIVO	UNIÃO FEDERAL OU UNIÃO: "O PROCESSO É INEXISTENTE OU TRAMITA EM SEGREDO DE JUSTIÇA. NO CASO DE PROCESSO EM SEGREDO DE JUSTIÇA, O ACESSO DEVERÁ SER FEITO PESSOALMENTE, NAS SECRETARIAS DO TRIBUNAL".	-

Fonte: Elaborado pelos autores.

Em que pese esta ser a designação correta para a União enquanto parte processual, não houve êxito na obtenção de números de execuções fiscais por meio da consulta processual realizada diretamente nos portais eletrônicos de cada TRF. O fato de não ser possível consultar somente por nome da parte, em se tratando de processos condizentes com atuação da União Federal, pode ser justificado pela matéria tributária, que envolve, em relação ao cidadão, algum nível de sigilo, devido a possíveis situações constrangedoras que esse tipo de causa pode gerar e à cultura de privacidade financeira que permeia a sociedade.

Entretanto, outros processos nos quais figura a União como parte, que não envolvam questões sigilosas, poderiam estar disponíveis para consulta pública, permitindo à sociedade civil tomar conhecimento dessas causas e de seu teor. Ademais, técnicas de anonimização automatizada em relação ao nome das partes poderiam ser adotadas a fim de possibilitar o conhecimento público de causas tributárias, tomando-se as devidas precauções a fim de não gerar reidentificação do cidadão e possível discriminação – problema relatado na jurisprudência espanhola por Galindo (2017, p. 116).[3]

3 Galindo (2017) fala sobre a grande quantidade de processos judiciais espanhóis encontrados em uma busca jurisprudencial pela palavra "cigano". Ele relata que tal palavra é usada nesses processos para identificar indivíduos, discute a falta de adequação das soluções jurídicas para lidar com minorias raciais e argumenta que isso é um entrave à automatização da justiça meramente baseada em eficiência.

2.2.2 Obtenção dos números de processos via solicitação formal e via contato telefônico

A segunda técnica de pesquisa foi o envio de solicitação formal (ofício) a cada tribunal solicitando o número de cinco processos de execução fiscal com baixa definitiva em 2016, de cada uma das seções judiciárias. Esse encaminhamento foi precedido de contato telefônico ao número de contato geral e/ou da ouvidoria disponibilizado no portal eletrônico, no sentido de verificar qual órgão/setor interno era adequado para atender à solicitação. Os resultados obtidos estão organizados nos Quadros 2 e 3.

quadro 2 – **Retorno dos ofícios** (Primeira tentativa)

TRIBUNAL	DATA DE ENVIO	ÓRGÃO/SETOR INTERNO	DATA DE RESPOSTA	RESULTADO
TRF1	04/04/2018	OUVIDORIA	05/04/2018	NEGATIVO
TRF2	04/04/2018	PRESIDÊNCIA	-	IGNORADO
TRF3	04/04/2018	PRESIDÊNCIA	-	IGNORADO
TRF4	28/03/2018	DIRETORIA JUDICIÁRIA (*)	03/04/2018	POSITIVO
TRF5	04/04/2018	OUVIDORIA/CORREGEDORIA	06/04/2018	NEGATIVO

(*) O Tribunal estava de recesso na data do contato, de modo que a solicitação foi enviada por meio do plantão judiciário.

Fonte: Elaborado pelos autores.

quadro 3 – **Retorno dos ofícios** (Segunda tentativa)

TRIBUNAL	DATA DE ENVIO	ÓRGÃO/SETOR INTERNO	DATA DE RESPOSTA	RESULTADO
TRF1	06/04/3018	PRESIDÊNCIA	18/04/2018 (JFAC) (*)	PARCIALMENTE POSITIVO
			30/04/2018 (JFDF) (*)	
			25/05/2018 (JFRO) (*)	
			15/08/2018 (JFMT E JFMG) (*)	

(continua)

TRIBUNAL	DATA DE ENVIO	ÓRGÃO/SETOR INTERNO	DATA DE RESPOSTA	RESULTADO
TRF2	28/06/2018	SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO (SIC)	23/08/2018	POSITIVO
TRF3	28/06/2018	OUVIDORIA/SIC	11/07/2018	POSITIVO
TRF4	-	-	-	-
TRF5	28/06/2018	SIC	04/07/2018	POSITIVO

(*) A solicitação foi distribuída às seções judiciárias.

Fonte: Elaborado pelos autores.

É possível observar que, na primeira tentativa (Quadro 2), a solicitação foi direcionada para diferentes canais em cada TRF, conforme orientado pelo contato telefônico, ao passo que somente um deles retornou (o TRF4). Na segunda tentativa (Quadro 3), foram acionados outros canais, diversos da primeira tentativa, e assim a equipe obteve retorno na solicitação. O resultado é que a mesma solicitação foi processada por canais distintos entre os TRFs contatados.

2.2.3 Consulta pública dos processos obtidos e encaminhamento de dúvidas posteriores

Obtidos os números processuais almejados, a terceira técnica de pesquisa consistiu na consulta pública desses processos, quando surgiram dúvidas em relação às diferentes nomenclaturas dadas aos trâmites e ao suporte pelo qual o processo havia, de fato, tramitado (se físico, eletrônico ou híbrido), bem como se algumas movimentações eram de responsabilidade de servidores ou do sistema eletrônico. Por esse motivo, foram realizados novos contatos telefônicos e encaminhados novos ofícios a algumas varas federais com dúvidas específicas, cujas informações recebidas estão organizadas nos Quadros 4 e 5.

QUADRO 4 – **DÚVIDAS APRESENTADAS VIA TELEFONE**

TRIBUNAL	VARA	DATA DO CONTATO TELEFÔNICO	DÚVIDAS	INFORMAÇÕES FORNECIDAS
TRF1	1ª VARA FEDERAL DE RIO BRANCO/AC	02/07/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM 2016. PORÉM, OS PROCESSOS DE EXECUÇÃO FISCAL AINDA SÃO INTEGRALMENTE FÍSICOS.
	11ª VARA FEDERAL DE BRASÍLIA/DF	02/07/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM 2009. PORÉM, OS PROCESSOS DE EXECUÇÃO FISCAL CONSULTADOS (ANOS 2011 E 2012) INICIARAM-SE VIA FÍSICA (PROTOCOLO PELO PROCURADOR, DISTRIBUIÇÃO E AUTUAÇÃO PELO SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO) E LOGO APÓS FORAM DIGITALIZADOS, PORQUANTO SÃO HÍBRIDOS.
TRF2	2ª VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO/RJ	27/08/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS? B) O QUE SIGNIFICA "REDISTRIBUIÇÃO"?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM 2013. OS PROCESSOS CONSULTADOS SÃO FÍSICOS E ELETRÔNICOS. AS FASES PROCESSUAIS DENOMINADAS DE "REDISTRIBUIÇÃO" PODEM ESTAR RELACIONADAS À CRIAÇÃO DE VARAS FEDERAIS ESPECÍFICAS DE EXECUÇÕES FISCAIS.
	1ª VARA FEDERAL DE SÃO MATEUS/ES	27/08/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS? B) O QUE SIGNIFICA "REDISTRIBUIÇÃO"?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM 2010. OCORREU ANTES EM RELAÇÃO AO RJ POIS O PROJETO-PILOTO DO "APOLO" (SISTEMA UTILIZADO) É ORIUNDO DO ES. OS PROCESSOS CONSULTADOS SÃO FÍSICOS. AS FASES PROCESSUAIS DENOMINADAS DE "REDISTRIBUIÇÃO" PODEM ESTAR RELACIONADAS À CRIAÇÃO DE VARAS FEDERAIS ESPECÍFICAS DE EXECUÇÕES FISCAIS.

(continua)

TRIBUNAL	VARA	DATA DO CONTATO TELEFÔNICO	DÚVIDAS	INFORMAÇÕES FORNECIDAS
TRF3	1ª VARA FEDERAL DE ASSIS/SP	30/07/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM 2017, DE MODO QUE OS PROCESSOS CONSULTADOS SÃO FÍSICOS. NOS PROCESSOS FÍSICOS, A DIGITALIZAÇÃO OCORRE APENAS EM CASO DE RECURSO E DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
TRF4	-	-	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS?	TODOS OS PROCESSOS CONSULTADOS SÃO ELETRÔNICOS. (*)
TRF5	4ª VARA FEDERAL DE ARACAJU	13/07/2018	A) OS PROCESSOS SÃO FÍSICOS, ELETRÔNICOS OU HÍBRIDOS?	A DIGITALIZAÇÃO E A INFORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS INICIARAM-SE EM SETEMBRO DE 2016, DE MODO QUE OS PROCESSOS DE EXECUÇÃO FISCAL CONSULTADOS (ANOS 2007 A 2015) SÃO FÍSICOS.

(*) A consulta foi facilitada por meio do número de registro na OAB de um dos autores.

Fonte: Elaborado pelos autores.

QUADRO 5 – **DÚVIDAS APRESENTADAS VIA OFÍCIO**

TRIBUNAL	VARA	DATA DO ENVIO	DÚVIDAS	DATA DE RESPOSTA	INFORMAÇÕES RECEBIDAS
TRF1	1ª VARA FEDERAL DE RIO BRANCO/AC	08/08/2018	O QUE SIGNIFICA A FASE PROCESSUAL "DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA"? HÁ ALGUM SISTEMA DE SUPORTE E/OU GESTÃO DOS PROCESSOS FÍSICOS?	08/08/2018	O OFÍCIO FOI ENCAMINHADO AO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO, PORÉM APÓS ISSO FOI IGNORADO.
	2ª VARA FEDERAL DE RIO BRANCO/AC	09/08/2018	O QUE SIGNIFICA A FASE PROCESSUAL "DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA"? HÁ ALGUM SISTEMA DE SUPORTE E/OU GESTÃO DOS PROCESSOS FÍSICOS?	10/08/2018	A DISTRIBUIÇÃO É FEITA PRESENCIALMENTE, PORÉM ATRAVÉS DO SISTEMA PROCESSUAL ORACLE, E A GESTÃO DOS PROCESSOS FÍSICOS SE FAZ ATRAVÉS DESSE MESMO SISTEMA.
	3ª VARA FEDERAL DE RIO BRANCO/AC	09/08/2018	O QUE SIGNIFICA A FASE PROCESSUAL "DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA"? HÁ ALGUM SISTEMA DE SUPORTE E/OU GESTÃO DOS PROCESSOS FÍSICOS?	-	IGNORADO.
	11ª VARA FEDERAL DE BRASÍLIA/DF	06/08/2018	O QUE SIGNIFICAM AS FASES PROCESSUAIS "DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA" E "CARGA RETIRADOS FAZENDA NACIONAL"? AS NOMENCLATURAS DAS MOVIMENTAÇÕES RELATIVAS AOS PROCESSOS FÍSICOS E AOS PROCESSOS ELETRÔNICOS SÃO AS MESMAS? HÁ DIFERENÇA ENTRE AS FASES "RECEBIDOS PELO DIRETOR SECRETARIA" E "RECEBIDOS EM SECRETARIA"? COMO É FEITA A JUNTADA DE PETIÇÕES E DOCUMENTOS PELO PROCURADOR E PELOS DEMAIS	-	IGNORADO.

(continua)

TRIBUNAL	VARA	DATA DO ENVIO	DÚVIDAS	DATA DE RESPOSTA	INFORMAÇÕES RECEBIDAS
			AGENTES EXTERNOS? QUEM CERTIFICA O TRÂNSITO EM JULGADO? EXISTE UMA LISTA DE MOVIMENTAÇÕES PROCESSUAIS QUE OCORREM DE MANEIRA AUTOMÁTICA?		
TRF2	-	-	-	-	-
TRF3	6ª VARA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS	08/08/2018	O QUE SIGNIFICA A FASE PROCESSUAL "DISTRIBUIÇÃO/ ATRIBUIÇÃO ORDINÁRIA INSTANTÂNEA"? HÁ ALGUM SISTEMA DE SUPORTE E/OU GESTÃO DOS PROCESSOS FÍSICOS?	-	IGNORADO.
TRF4	19ª VARA FEDERAL DE CURITIBA/PR	13/08/2018	A EXPEDIÇÃO DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) É REALIZADA DE MANEIRA AUTOMÁTICA PELO SISTEMA EPROC? HÁ DILIGÊNCIAS PROCESSUAIS QUE SÃO REALIZADAS AUTOMATICAMENTE POR ESSE SISTEMA?	-	IGNORADO.
TRF5	-	-	-	-	-

Fonte: Elaborado pelos autores.

É necessário pontuar que a consulta pública às execuções fiscais ocorreu através de diferentes sistemas (quanto aos processos eletrônicos e híbridos), quais sejam, "Processo Judicial Digital" – PJD (TRF1), "Apolo" (TRF2) e "Processo Eletrônico" – Eproc (TRF4). Isso reflete o exposto na revisão bibliográfica quanto à diversidade de sistemas eletrônicos decorrente do ingresso da iniciativa privada nesse ramo do Poder Judiciário.

2.3 Análise e discussão dos resultados

Para melhor análise e discussão do caso em estudo, como exposto na metodologia, os resultados foram organizados a partir de cinco critérios: (1) a agilidade no retorno das solicitações

encaminhadas pela equipe, comparando-se o intervalo de dias corridos entre os TRFs; (2) a diversidade de órgãos internos/setores e varas federais que foram acionados e que deram retorno às solicitações encaminhadas pela equipe entre os TRFs; (3) a informatização dos TRFs no que se refere às execuções fiscais, comparando-se a existência de processos físicos, híbridos e eletrônicos neles em trâmite; (4) a transparência na apresentação de resposta, comparando-se, entre os TRFs, os órgãos internos/setores e as varas federais que ignoraram as solicitações encaminhadas pela equipe; e (5) a burocracia constatada na apresentação de resposta, fato ocorrido especificamente no TRF1.

E, para a melhor compreensão dos resultados, partiu-se de conceitos extraídos da doutrina e da legislação pertinentes aos temas expostos, os quais foram escolhidos conforme melhor refletiram nos resultados obtidos.

Assim, por agilidade, considerou-se o tempo suficiente para atender à demanda do cidadão. Ao esclarecer sobre o prazo para fornecimento de informações com base na LAI, a Controladoria-Geral da União pondera que deve haver "equilíbrio entre a necessidade do cidadão e a capacidade de entrega por parte da Administração" (CGU, 2011, p. 20).

Na informatização, o processo judicial físico é aquele existente em um primeiro momento, representado inteiramente em papel; já o processo judicial híbrido leva esse nome por ter algum instrumento físico em que ou registram-se apenas as movimentações no meio eletrônico, ou os autos já estão digitalizados e circulam pastas físicas os representando; e o processo judicial eletrônico já tem todo o conteúdo e a movimentação processual somente em documentos eletrônicos (BRASIL, 2006; WAMBIER *et al.*, 2015, p. 2.378-2.379).

Com relação à diversidade de órgãos acionados e que forneceram retorno às solicitações, levou-se em conta qual órgão exerceu a competência de cumprir as obrigações e atribuições (MELLO, 2015, p. 143-145) constantes na LAI – se foi a Ouvidoria, a Corregedoria, a Presidência ou o Serviço de Informação ao Cidadão (SIC).

Por "transparência", entendeu-se o direito do cidadão de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, a serem prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988; BRASIL, 2011).

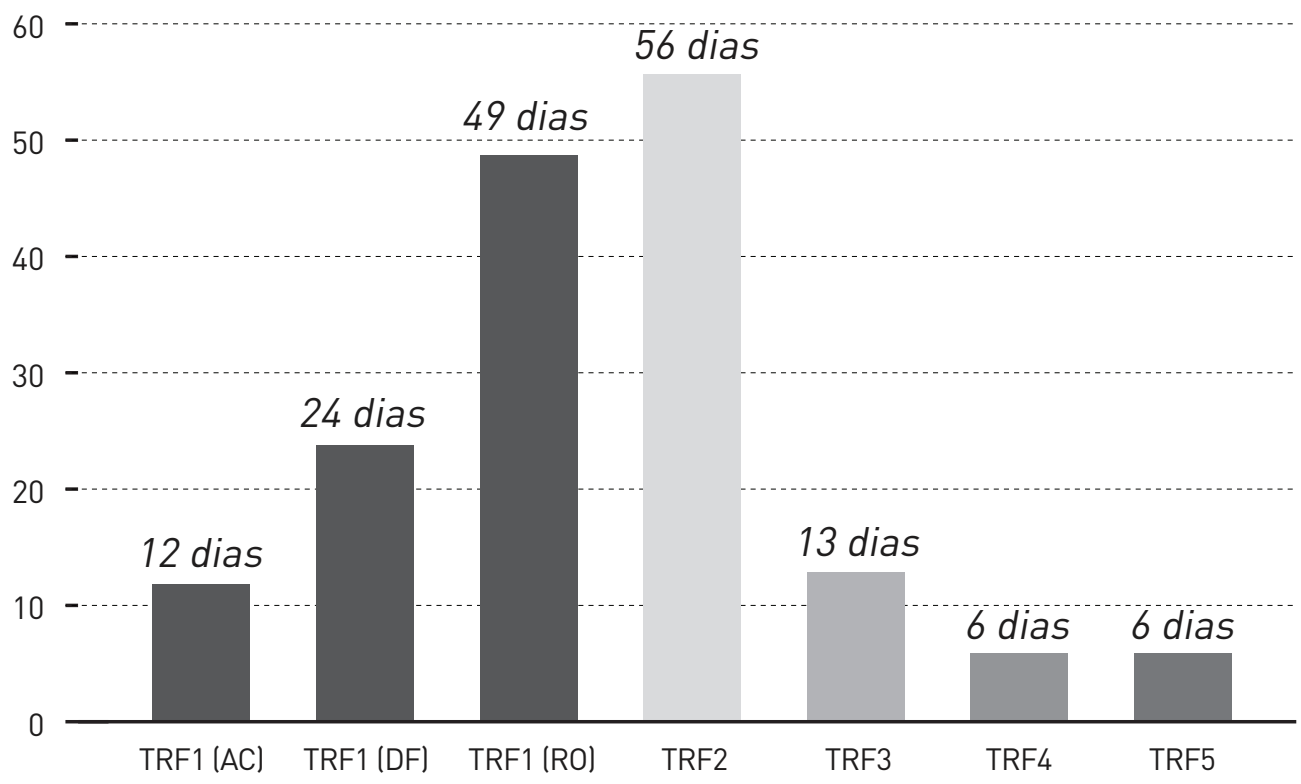
Finalmente, concebeu-se por "burocracia" a apreensão excessiva às regulamentações, duplicações desnecessárias de registros e utilização de um alto volume de informações estranhas ou impertinentes que causam atrasos ou inações, isto é, seu sentido pejorativo de ineficiência e morosidade na prestação do serviço público (DENHARDT, 2015, p. 339-340).

2.3.1 Agilidade no retorno das solicitações

Infere-se dos resultados obtidos que o TRF4 e o TRF5 apresentaram as informações solicitadas com maior agilidade, e o TRF2, por sua vez, com menor agilidade. Enquanto isso, das cinco varas federais acionadas, apenas uma delas indicou resposta às dúvidas, ao passo que as demais ignoraram a solicitação.

O Gráfico 1 demonstra o intervalo, em dias corridos, entre a data da solicitação das informações processuais e a data em que houve o retorno positivo de cada tribunal. Considerou-se, na organização desses resultados, as duas tentativas realizadas (vide Quadros 2 e 3), e o fato de que o TRF1 descentralizou a solicitação entre suas seções judiciárias, das quais três retornaram com as informações requeridas (Acre, Distrito Federal e Rondônia).

GRÁFICO 1 – **INTERVALO ENTRE A DATA DA SOLICITAÇÃO DAS INFORMAÇÕES E A DATA DE RETORNO POSITIVO** (Q2 E Q3)

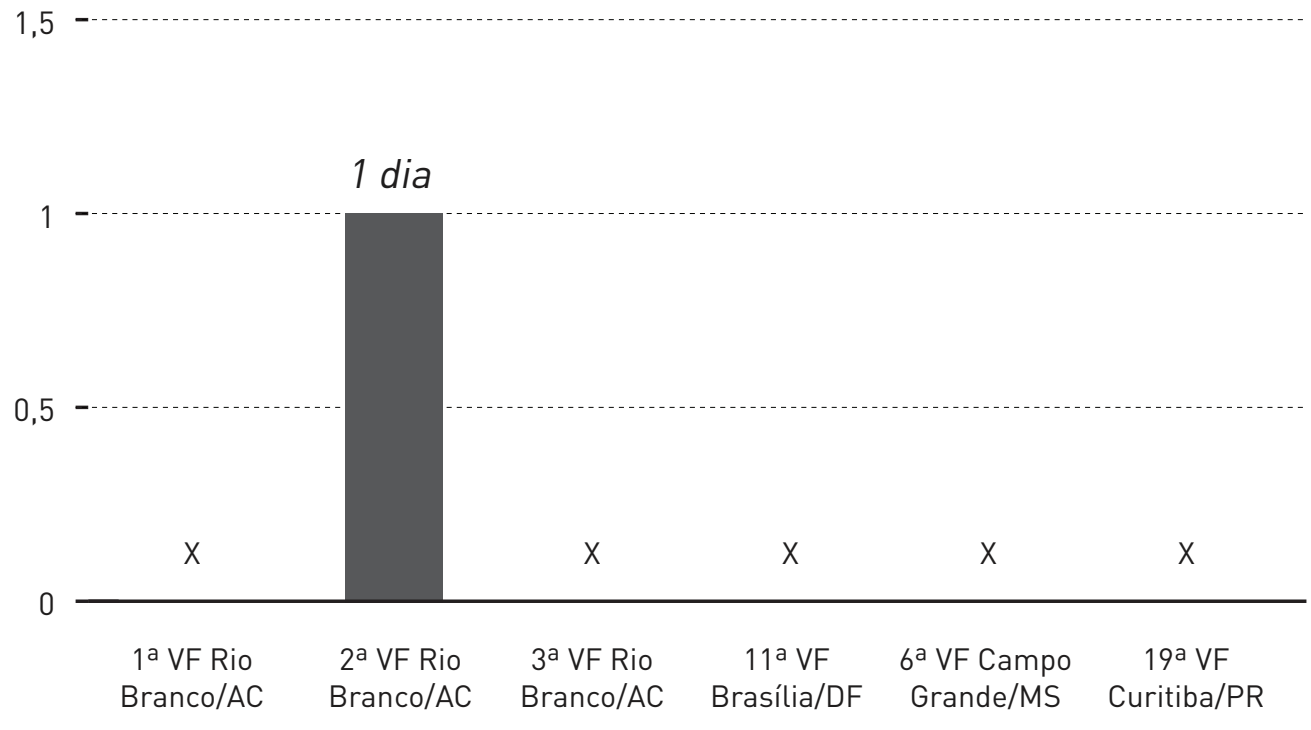


Fonte: Elaborado pelos autores.

Percebe-se falta de padronização no atendimento às solicitações de informações, com diferentes tempos de resposta – o que pode estar vinculado às capacidades de cada tribunal em termos de recursos humanos e materiais disponíveis. A espera por resposta varia entre prazo adequado e não adequado, e, na maioria das vezes, supera uma semana, não atendendo à necessidade levantada – dar andamento ao projeto de pesquisa. Percebe-se ausência de harmonia entre as capacidades dos tribunais e a resultante insuficiência ante as necessidades que deveriam ser atendidas pela proposta de modernização do processo judicial.

O Gráfico 2, por sua vez, demonstra o intervalo, em dias corridos, entre a data de envio das dúvidas específicas às varas federais (vide Quadro 5) e a data em que houve o retorno positivo.

GRÁFICO 2 – **INTERVALO ENTRE A DATA DE ENVIO DAS DÚVIDAS ESPECÍFICAS E A DATA DE RETORNO POSITIVO** (Q5)



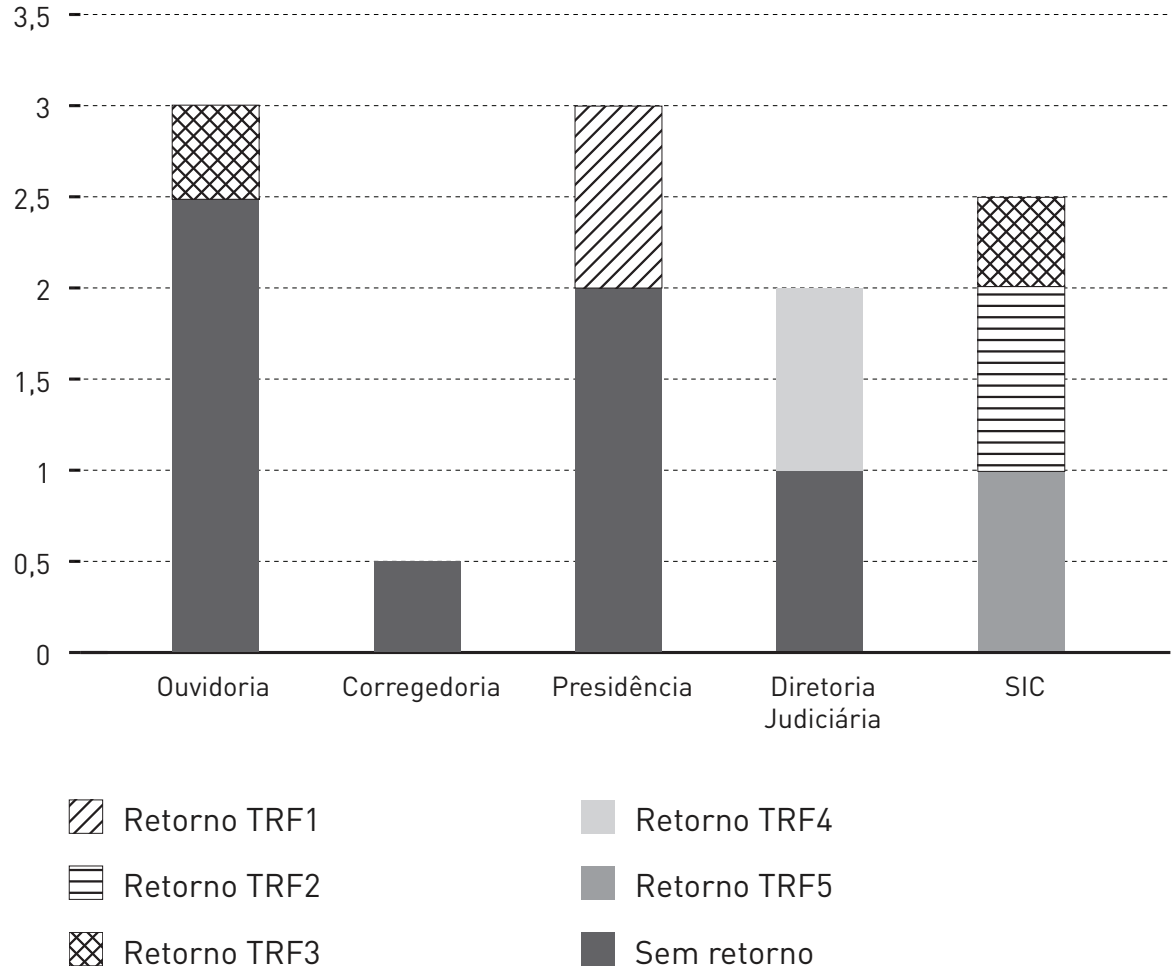
Fonte: Elaborado pelos autores.

2.3.2 Diversidade nos órgãos internos acionados

Conforme exposto na descrição dos resultados, diferentes órgãos internos de cada tribunal foram acionados até que se obtivesse o retorno pretendido, quais sejam, Presidência (TRF1, TRF2 e TRF3), Diretoria Judiciária (TRF4), Corregedoria (TRF5), Ouvidoria (TRF1, TRF3 e TRF5) e SIC (TRF2, TRF3 e TRF5) – vide Quadros 2 e 3. Com isso, depreende-se certa diversidade na quantidade de órgãos que retornaram às solicitações, porém predomina o SIC como o órgão adequado para esse tipo de demanda, o que atende às diretrizes da LAI.

O Gráfico 3 apresenta um panorama de quantos e quais órgãos foram acionados no decorrer da pesquisa, bem como qual órgão ofereceu o retorno em cada tribunal, considerando que em alguns tribunais foi constatada a fusão de dois órgãos (o que, para efeitos de quantificação, foi considerado o valor de 0,5):

GRÁFICO 3 – **ÓRGÃOS INTERNOS DOS TRFS ACIONADOS NO DECORRER DA PESQUISA** (Q2 E Q3)



Fonte: Elaborado pelos autores.

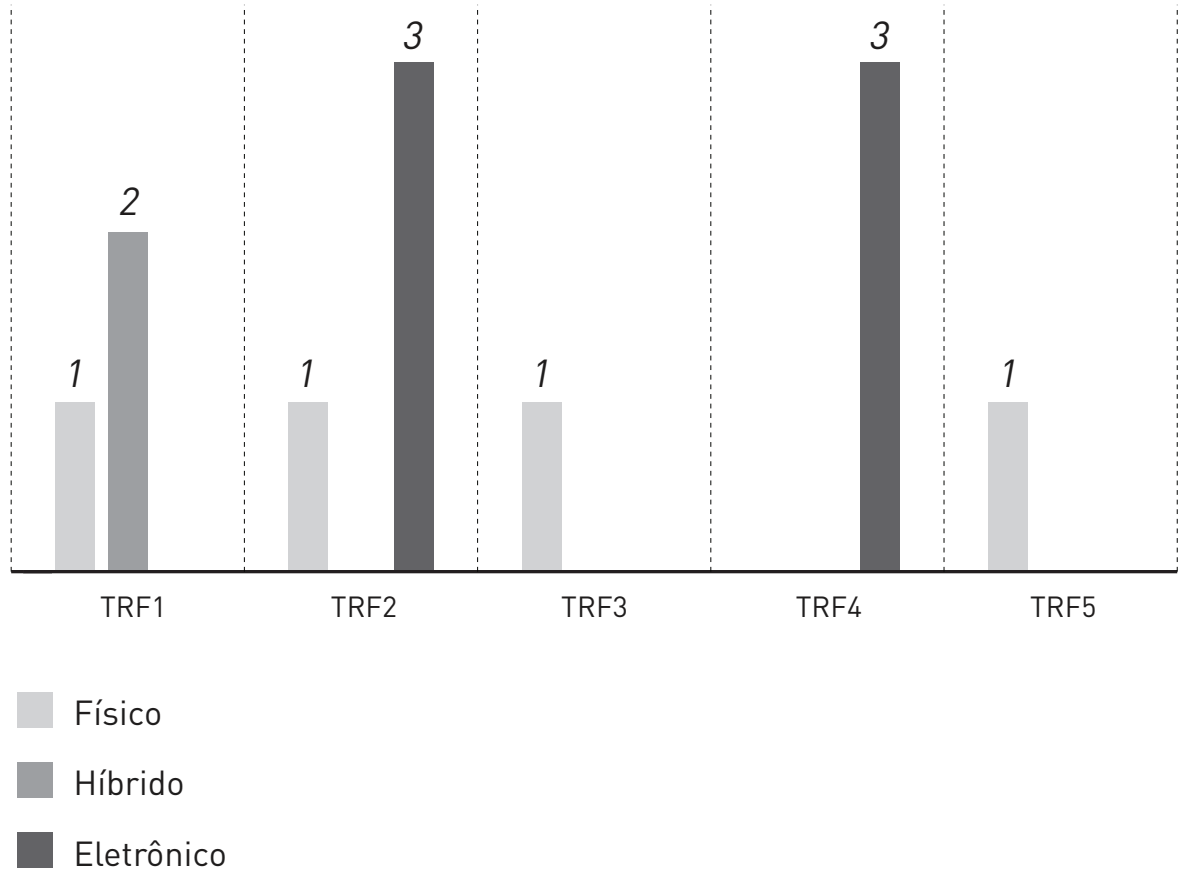
Essa diversidade de canais que processaram as solicitações enviadas pode estar relacionada à ausência de governança nos tribunais acionados, sobretudo naqueles que não enviaram o retorno via SIC, em que pese a LAI determinar que esse tipo de requerimento deverá ser analisado por esse canal (art. 9º, I, "c"). Isso dificulta o aproveitamento dessa ferramenta comunicacional, reforçando as barreiras existentes entre a sociedade civil e os órgãos governamentais, na medida em que não há canais dispostos e dedicados a atender demandas por esse tipo de informação. Dois problemas são gerados dessa situação: a sobrecarga de setores não capacitados para produzir esses dados e o desincentivo a que os dados sejam buscados pela sociedade para construir conhecimento e transparência acerca dos trâmites processuais.

2.3.3 Informatização das execuções fiscais

De acordo com as informações obtidas via telefone (vide Quadro 4), e tendo como parâmetro de pesquisa a amostra dos processos de execução fiscal consultados, é possível aferir o nível de informatização processual dos tribunais pesquisados. Para tanto, considerou-se a existência de processos judiciais físicos, híbridos e eletrônicos em cada TRF.

O Gráfico 4 apresenta, a partir de três níveis – sendo (1) processo físico, (2) processo híbrido e (3) processo eletrônico –, qual o estágio da informatização processual nos tribunais analisados.

GRÁFICO 4 – **NÍVEL DE INFORMATIZAÇÃO DAS EXECUÇÕES FISCAIS** (Q4)



Fonte: Elaborado pelos autores.

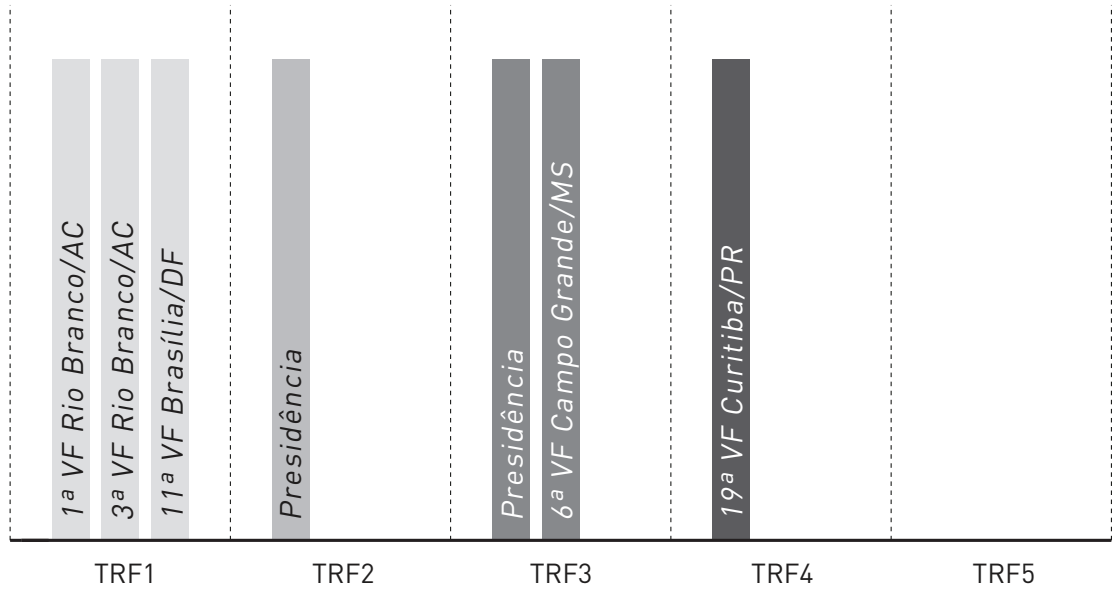
Depreende-se que, embora a legislação que dispõe sobre a informatização do processo judicial esteja vigente desde 2006, existem, ainda, processos físicos de execução fiscal em trâmite na Justiça Federal, destacando-se que o TRF4 se apresentou como o único em que esses processos tramitam integralmente pelo meio eletrônico. Por outro lado, o TRF3 se apresentou como o único em que os processos de execução fiscal tramitam integralmente pelo meio físico, considerando que a informatização e a digitalização ocorreram de maneira tardia nesse tribunal – isto é, em 2017.

2.3.4 Transparência no retorno das solicitações

No decorrer da obtenção de dados e informações processuais, alguns dos tribunais analisados, representados por seus órgãos internos e por algumas das varas federais demandadas, ignoraram as solicitações encaminhadas pela equipe de pesquisa (vide Quadros 2 e 5). Tais condutas contrariam as disposições da LAI e os princípios de governo aberto.

O Gráfico 5 quantifica os órgãos internos e as varas federais acionados que não apresentaram retorno às solicitações de dados e informações processuais, sendo possível verificar o nível de transparência, a partir da amostra de pesquisa, nos cinco TRFs:

GRÁFICO 5 – **ÓRGÃOS INTERNOS E VARAS FEDERAIS QUE NÃO RETORNARAM ÀS SOLICITAÇÕES** (Q2 E Q5)



Fonte: Elaborado pelos autores.

Constata-se que, dos órgãos acionados, a Presidência, por duas ocasiões (TRF2 e TRF3), não retornou à solicitação enviada pela equipe de pesquisa, o que também ocorreu com a maior parte das varas federais acionadas (vide Gráfico 2, no qual apenas a 2ª Vara Federal de Rio Branco/AC apresentou resposta às dúvidas encaminhadas).

A ausência de atendimento às dúvidas remetidas acerca de informações processuais básicas, como tipo de trâmite e nomenclatura de movimentações processuais, demonstra um quadro de opacidade perante o público. Pode-se levantar como hipóteses para essa negativa tanto a insuficiência quanto a cultura institucional, e apontar uma ou outra como causa demanda estudos junto a esses servidores ou observação do funcionamento interno desses órgãos. Não obstante, é patente a impressão de incapacidade de tradução das práticas institucionais judiciais ao público externo causada pela inércia em responder às dúvidas, gerando uma imagem de complexidade insuperável do funcionamento institucional que afasta o cidadão.

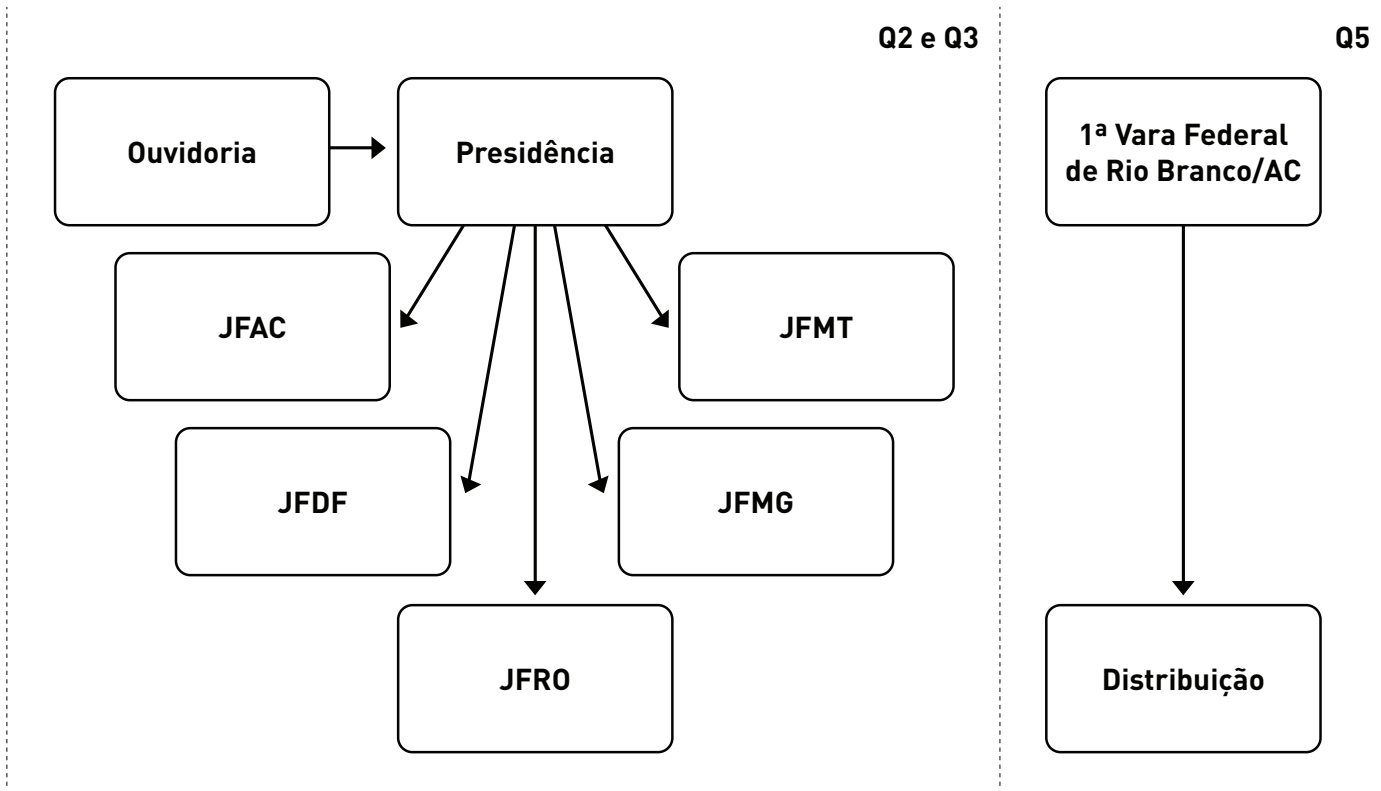
2.3.5 Burocracia no manejo das solicitações

Além da ausência de retorno por parte de alguns órgãos internos e varas federais, outro fato observado foi a remessa das solicitações a outros órgãos internos ou setores dentro do TRF1,

ou, ainda, o recebimento da resposta de que determinado órgão interno ou vara não era responsável pelos dados e informações processuais requeridos. Tal fato é reflexo característico da burocracia no serviço público.

A Figura 1 apresenta um diagrama da remessa das solicitações a outros órgãos ou setores internos, ressaltando que esse fato ocorreu predominantemente no TRF1.

FIGURA 1 – **REMESSA DAS SOLICITAÇÕES NO TRF1**



Fonte: Elaborado pelos autores.

É possível, eventualmente, atribuir essa burocracia no manejo das solicitações ao fato de o TRF1 contar com o maior número de seções judiciárias, em que pese inexistir comprovação, tampouco justificativa para esse acontecimento. A situação de redirecionamento do cidadão de um a outro setor frente a suas demandas ocasiona o oposto do que se almeja com o governo aberto, retratando a segmentação e a dificuldade em contatar as instituições públicas enquanto entes aptos a interagir de maneira responsiva às demandas sociais.

Conclusão

A pesquisa realizada apontou uma série de possibilidades, riscos e barreiras no campo do governo aberto, tendo-se realizado o esforço de trazer à tona as especificidades desses entraves no Poder Judiciário. No campo concreto, investigou-se quais são os pontos problemáticos

que a sociedade civil encontra ao buscar dados para se informar ou produzir informação a fim de compreender as atividades e ter maior proximidade das instituições judiciais.

Isso foi feito sobretudo contrastando dados com os incrementos possibilitados pela implementação do processo eletrônico judicial. Este é visto como meio de auxílio na frente de acesso à Justiça em dois aspectos: (i) enquanto ferramenta de aproximação com o cidadão leigo; e (ii) também enquanto produtor de dados passíveis de utilização pela sociedade civil, tornando o cidadão mais familiarizado com o funcionamento processual e mais apto a participar em formulação de políticas públicas que buscam aprimorá-lo.

O estudo de caso apresentado, que foi um exercício de coleta e interpretação de registros processuais de autos findos de execuções fiscais nos cinco TRFs, teve enfoque nos entraves enfrentados. As dificuldades encontradas pela equipe de pesquisa em obter informações sobre os registros processuais podem confirmar a hipótese de que a publicidade das informações segue deficitária mesmo em um contexto de uso do processo eletrônico e da implementação da LAI.

Alguns destaques podem ser feitos quanto às principais barreiras a uma realidade concreta de governo aberto: (i) a ausência de dados abertos – o que se pôde coletar foram registros, ou seja, quadros, listas, documentos eletrônicos no formato textual não tratável por máquina, que demandariam tratamento manual antes de serem inseridos em *softwares* para padronização e análise informatizada; (ii) a falta de agilidade dos órgãos competentes em apresentar soluções às dúvidas da equipe de pesquisa quanto à terminologia utilizada nos registros coletados; (iii) a necessidade de acionar, em quase todos os tribunais, mais de um órgão interno a fim de remeter questionamentos acerca dos registros públicos que eles disponibilizam; (iv) o fato de que os próprios registros provêm, entre os tribunais ou até mesmo dentro de um mesmo tribunal, de materiais de natureza diferente – isto é, há processos judiciais eletrônicos, híbridos e físicos que tramitaram ou tramitam –, o que dificulta a padronização ou a fácil transposição para um banco de dados coerente que permita tratar automaticamente os dados dos registros; (v) a falta de transparência no retorno das solicitações, que foram ignoradas em alguns casos, negando esclarecimento a questões sobre a interpretação dos registros disponibilizados; (iv) a burocracia no manejo das solicitações, o que cria ainda mais obstáculos à consulta de informações e à aproximação do cidadão às instituições do Poder Judiciário, visto que o cidadão se vê diante de diretórios internos que remetem a solicitação de um para outro sem dar uma resposta institucional, unificada, a quem precisa de esclarecimento.

A escolha da instância e da matéria processual foi uma limitação imposta pelo projeto no qual este artigo se insere e pela finalidade da coleta das informações para produzir dados a serem utilizados posteriormente, de modo que se deve considerar esse recorte quanto aos resultados obtidos. É importante pontuar que os dados apresentados dizem respeito a consultas a informações de movimentações processuais de autos findos em segunda instância da Justiça Federal, podendo-se complementar a presente pesquisa em outras searas e instâncias judiciais a fim de se obter um diagnóstico mais completo da informatização processual. Casos em

que ambas as partes do processo são cidadãos (sem instituições governamentais no litígio), ou mesmo processos cuja matéria é pública, sem grau de sigilo, podem estar mais facilmente acessíveis. Outrossim, buscas em primeira instância podem apontar para entraves de natureza diversa dos aqui relatados e que melhor retratem a realidade da maioria da informação processual e sua disponibilização.

Outro horizonte de pesquisa é o estudo das razões pelas quais esses entraves persistem, identificando-se se há questões micropolíticas e institucionais que estão sendo desconsideradas pela ampla implementação da informatização como solução para os problemas de acesso ao Poder Judiciário.

Não obstante, as barreiras encontradas para se ter acesso aos registros de ações judiciais já encerradas e que tramitaram eletronicamente, bem como a dificuldade de compreensão dos registros publicizados, demonstram que as iniciativas que permeiam o processo eletrônico passam distantes de uma proposta efetiva de governo aberto. A despeito de todo o cenário de acesso à Justiça e de maior transparência e modernização em que foi implementado, o processo eletrônico ainda não é tratado de maneira a cumprir com as promessas trazidas pela informatização.

As dificuldades, que vão desde a incompletude da transição para esse formato dentro do Poder Judiciário até a arraigada cultura de afastamento entre o funcionamento interno das instituições e o público, não se mostraram superadas no caso estudado. Isso não significa que boas práticas não estejam sendo implementadas, porém, devido aos perigos de uma estrutura incompleta de governo aberto, alguns pontos isolados de abertura acabam por ressaltar a não abertura em todos os pontos que estiverem em suas fronteiras. Essas fronteiras precisam ser expandidas e as iniciativas de abertura precisam ser predominantes, a fim de evitar o cenário de expectativas frustradas apresentado pelo processo judicial eletrônico.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo suporte a esta pesquisa, realizada no âmbito do projeto "Ferramentas, funcionalidades e procedimentos para um processo eletrônico mais célere", em andamento, com financiamento aprovado no Processo n. 409.728/2016-0 da Chamada Universal do CNPq 2016 – Vigência: 01/06/2017-31/05/2020. Agradecem também à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo suporte financeiro a bolsista de pós-doutorado integrante do projeto – Código de Financiamento 001.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo eletrônico*: processo digital. 5. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 19 dez. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. *Dados abertos governamentais*. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/dados-abertos/dados-abertos-governamentais. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *O que é o governo aberto*. s.d. Disponível em: https://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-governo-aberto. Acesso em: 5 ago. 2019.

CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. *Open Government*: gobierno abierto. Jaén: Algón Editores, 2010.

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

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Acesso à Informação Pública*: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Imprensa Nacional, 2011.

COELHO, Vera S. P.; WAISBICH, Laura T. *Mecanismo independente de avaliação*: relatório de progresso 2011-2013. Primeiro relatório de progresso. São Paulo: Cebrap, 2013.

CRUZ-RUBIO, César Nicandro. O que é (e o que não é) governo aberto? Uma discussão conceitual. *Revista Temas de Administração Pública*, v. 10, n. 1, p. 129-148, 2015.

DAHL, R. A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, D. A. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DENHARDT, Robert B. *Teorias da Administração Pública*. Tradução da 6ª edição norte-americana e glossário de: Francisco G. Heidemann. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

DINIZ, Vagner. Como conseguir dados governamentais abertos. *In*: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 3, 2010. Brasília. *Anais*... Brasília: Consad, 2010. Disponível em: https://i3gov.planejamento.gov.br/como_conseguir_dados_governamentais_abertos.pdf. Acesso em: 29 jan. 2020.

GALINDO, Fernando. Gypsies, the Administration of Justice, Automation and the Resolution of Problems. *In*: *Racial Justice, Policies and Courts' Legal Reasoning in Europe*. Cham: Springer, 2017. p. 115-129.

IMPRENSA NACIONAL. *Dados abertos*. s.d. Disponível em: http://www.in.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos. Acesso em: 5 ago. 2019.

JANSSEN, Marijn; CHARALABIDIS, Yannis; ZUIDERWIJK, Anneke. Benefits, Adoption Barriers and Myths of Open Data and Open Government. *Information Systems Management*, v. 29, p. 258-268, 2012.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry*: Scientific Inference in Qualitative Research. Princeton University Press, 1994.

KURTZ, Lahis Pasquali. *Tecnologias da informação e comunicação para eficiência judicial*: quadro de possibilidades para a consistência das decisões. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

MAIER-RABLER, Ursula; HUBER, Stefan. "Open": The Changing Relation between Citizens, Public Administration, and Political Authority. Towards Researching the Public Value of Open Government.

e-Journal of eDemocracy and Open Government. Krems, v. 3, n. 2, p. 182-191, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadania.com*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

OLIVEIRA, Clarisse Inês de. O tempo morto de trabalho no processo eletrônico. *In*: CELLA, José Renato Gaziero; GOMES, Magno Federici; ROVER, Aires José (coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. Florianópolis: Funjab, 2015. [CONPEDI, 24. *Anais*...].

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Public Sector Modernisation*: The Way Forward. Policy Brief. Paris: OECD, 2005.

RUVALCABA-GOMEZ, Edgar A.; CRIADO, J. Ignacio; GIL-GARCIA; J. Ramon. *Discussing Open Government as a Concept*: A Comparison between the Perceptions of Public Managers and Current Academic Debate. dg.o '18, Delft, Netherlands, May 30-June 1, 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014.

SALM JÚNIOR, José F. *Padrão de projeto de ontologias para inclusão de referências do novo serviço público em plataformas de governo aberto*. 2012. 303 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento, Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

SANTOS, Paloma M.; BERNARDES, Marciele B.; ROVER, Aires J. *Teoria e prática de governo aberto*: lei de acesso à informação nos executivos municipais da região Sul. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

VAZ, José C.; RIBEIRO, Manuella M.; MATHEUS, Ricardo. Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. *Cadernos PPG-AU/UFBA*. Salvador, Edição especial: Democracia e Interfaces Digitais para a Participação Pública, v. 9, p. 45-62, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Como citar este artigo:

SABO, Isabela Cristina; KURTZ, Lahis Pasquali; REGINALDO, Paula Adão; SANTOS, Paloma Maria; ROVER, Aires José. Entraves ao governo aberto na Justiça Federal brasileira. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1950. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201950.

Isabela Cristina Sabo

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CNPq.

isabelasabo@gmail.com

Lahis Pasquali Kurtz

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

lahiskurtz@gmail.com

Paula Adão Reginaldo

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

paula7ar@gmail.com

Paloma Maria Santos

Pós-doutoranda em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista Capes.

santos.paloma@gmail.com

Aires José Rover

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

aires.rover@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 31.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201951

Legal tech: *analytics*, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada

LEGAL TECH: ANALYTICS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE NEW PERSPECTIVES FOR THE PRIVATE PRACTICE OF LAW

Mariana Dionísio de Andrade[1], *Beatriz de Castro Rosa*[2] e *Eduardo Régis Girão de Castro Pinto*[3]

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo responder ao seguinte questionamento: de que maneira a inteligência artificial e plataforma *Litigation Analytics* podem contribuir para a prática da advocacia privada? Para responder ao questionamento, é necessário conhecer o impacto do contínuo desenvolvimento da inteligência artificial para a prática jurídica e os benefícios da aplicação das novas tecnologias em um contexto *legal tech*, o que inclui o uso de ferramentas como o sistema E-SAJ. É essencial que haja complementaridade entre as pesquisas quantitativa e qualitativa, justamente para que seja possível interpretar os dados e replicar os métodos de cada estudo. Para construir a pesquisa, foi utilizada a abordagem teórico-analítica para relacionar a inteligência artificial e os sistemas de automação presentes no cotidiano do Poder Judiciário brasileiro à atuação profissional da advocacia privada. A pesquisa é exploratória, e os procedimentos adotados seguem uma abordagem qualitativa. É possível concluir que mecanismos de inteligência artificial baseados em plataformas *analytics* tendem a conferir maior previsibilidade para a advocacia privada, porque possibilitam a avaliação sobre as chances aproximadas de recepção das demandas, definição mais adequada de custos envolvidos, melhor desenho de estratégias para a argumentação jurídica e, principalmente, melhor compreensão dos padrões de comportamento presentes nos julgamentos.

Palavras-chave

Inteligência artificial; *legal tech*; *analytics* aplicada à prática jurídica; Sistema de Automação da Justiça (SAJ); *Litigation Analytics*.

Abstract

This research aims to answer the following question: how artificial intelligence and Litigation Analytics platform can contribute to the private practice of law? To answer the question, it is necessary to know the impact of the continuous development of artificial intelligence for legal practice and the benefits of applying new technologies in a legal tech context, wich includes mechanisms as the e-SAJ system. It is essential that quantitative research be complementary to the qualitative one precisely so that it is possible to interpret data and replicate the methods of each study. To construct the research, the theoretical-analytical approach was used to relate the artificial intelligence and the automation systems present in the daily life of the Brazilian Judiciary to the professional performance of private practice of law. The research is exploratory and the adopted procedures follow a qualitative approach. It is possible to conclude that artificial intelligence mechanisms based on analytics platforms tend to give greater predictability to private attorney because they allow an evaluation of the approximate chances of receiving the demands, more appropriate definition of costs involved, better design of strategies for juridical argumentation and, especially, a better understanding of the patterns of behavior present in the trials.

1 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-8698-9371

2 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1113-1490

3 Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-6949-4940

CC BY-NC

Keywords
Artificial intelligence; legal tech; analytics applied to legal practice; System SAJ; Litigation Analytics.

Introdução

Este artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: de que maneira a inteligência artificial e a plataforma *Litigation Analytics* podem contribuir para a prática da advocacia privada? As profissões jurídicas convivem em um contexto de contínuas inovações tecnológicas, o que exige constante atualização e aprendizado sobre as novas ferramentas, plataformas e *softwares* disponíveis não apenas para a pesquisa jurídica, mas também para a análise jurídica. O recorte analítico se concentra na apresentação de algumas ferramentas de inteligência artificial, especialmente o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), selecionado pela relevância e pioneirismo de suas funcionalidades e pela amplitude de utilização pela advocacia privada.

O texto se divide em três seções. A primeira aborda a inteligência artificial e sua aplicação no cotidiano forense e na prática jurídica, sobretudo no que diz respeito às ferramentas para análise jurídica, introdução e procedimentos do SAJ e à demonstração de dados sobre a virtualização processual e seus efeitos, com base em informações disponibilizadas pelo relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 2018. Além disso, apresenta algumas soluções *legal tech*, como o Sistema SAJ ADV, o Convex Legal Analytics, o PeticionaMais e o Cofre Virtual, e descreve, ainda, o funcionamento dos sistemas SAJ Ministérios Públicos, SAJ Tribunais e SAJ Procuradorias.

A segunda seção se concentra no uso de tecnologias para pesquisa e análise como um meio útil e inovador para conferir cientificidade à prática jurídica, citando exemplos de *softwares* que identificam, por análise comparativa de dados, possíveis tendências e inclinações de tribunais e julgadores.

A terceira seção destina-se a enfrentar a pergunta de pesquisa, verificando de que maneira o uso de inteligência artificial pode promover benefícios reais para a advocacia privada, relacionando a plataforma *Litigation Analytics* como mecanismo hábil à predição de comportamentos dos julgadores na primeira e na segunda instâncias, auxílio na ampliação das técnicas de desenho de estratégias para o litígio e gerenciamento de clientes nos escritórios.

A presente pesquisa foi realizada com base em estudo descritivo-analítico, com aportes teóricos com fundamento, principalmente, em textos de Reichel Beithon, Abdul Paliwala e Mark K. Osbeck, para a construção das ideias de integração metodológica.

A pesquisa foi desenvolvida com o intuito de obter não apenas o maior aproveitamento quanto ao assunto abordado, mas, principalmente, a produção científica de maior alcance e produtividade para o ambiente acadêmico, especialmente para as ciências jurídicas. O estudo tem relevância teórica porque oferece uma contribuição inédita e original sobre o tema, além da descrição sobre sistemas de automação, na tentativa de propiciar aos profissionais da área uma perspectiva inovadora e concreta sobre a presença das plataformas de inteligência artificial no cotidiano da advocacia privada.

Ainda, possui relevância prática, na medida em que oferece alternativas viáveis, parcimoniosas e pouco onerosas para a análise jurídica, o que tende a fortalecer a atuação profissional, conferir um nível valioso de predição sobre as circunstâncias de cada juízo e, por conseguinte, promover um avanço na relação entre clientes, advogados e Poder Judiciário.

1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À PRÁTICA JURÍDICA: FERRAMENTAS PARA *LEGAL ANALYTICS*

O cerne da atuação jurídica na advocacia privada consiste na elaboração de teses e argumentações para a defesa ou composição de interesses, a partir da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Para identificar leis relevantes – estatutos, casos, regras ou mesmo precedentes, e aplicá-las aos fatos, advogados têm conduzido pesquisas jurídicas na tentativa de predizer com um mínimo de segurança qual seriam as argumentações jurídicas mais tendentes ao êxito. Assim, é inquestionável que a realização de pesquisas jurídicas precisas continua a ser uma habilidade fundamental de uma advocacia de sucesso, afastando chances de perda e fortalecendo o raciocínio legal.

Para conferir maior cientificidade a essas pesquisas, tão relevantes para a atuação profissional de magistrados, analistas, técnicos e da própria advocacia privada, a utilização adequada de ferramentas consiste em um caminho fundamental. Para otimizar essas pesquisas, a análise jurídica tem se apresentado como alternativa interessante.

Para uma análise jurídica eficiente e baseada em padrões de previsibilidade, a inteligência artificial se apresenta como ferramenta útil na medida em que auxilia na redução de tempo, na otimização de funções e na melhor identificação de termos para consulta, automatizando pesquisas e reduzindo o esforço sobre demandas que poderiam ser programáveis (PERROTA e COSTA FELIPE, 2018).

A pretensão da automação nas buscas não significa, todavia, uma evolução imediata na operacionalização e alimentação dos sistemas. Para que as funcionalidades se realizem de maneira eficiente, a capacidade de disponibilização dos dados deve acompanhar a necessária rapidez das informações. Ainda, mesmo as ferramentas de inteligência artificial precisam de tempo para abranger toda a complexidade das questões jurídicas (OLIVEIRA e COSTA, 2018).

Não se fala aqui em sublimar a função do julgador como hermeneuta e a necessária cautela na exegese sobre os casos peculiares, tampouco na substituição à atividade humana; mas,

sim, na otimização das funções pelo auxílio de mecanismos econométricos de mensuração e consulta.

A análise jurídica com base em mecanismos econométricos (*analytics*) envolve dados de mineração contidos em documentos para, em seguida, reunir esses dados para fornecer *insights* anteriormente desconhecidos sobre o comportamento dos indivíduos (juízes, desembargadores e advogados), organizações (partes, tribunais, escritórios de advocacia) e assuntos de ações judiciais (*v.g.*, patentes ou contratos) que preenchem o sistema de litígios. O sistema *analytics* pode revelar tendências e padrões em litígios anteriores e informar a estratégia legal, antecipando os resultados nos casos atuais e conferindo certo nível de predição para a atuação dos advogados.

Os *insights* orientados por dados da análise jurídica (*legal analytics*) não substituem a pesquisa ou o raciocínio jurídico, tampouco a pesquisa pontual realizada pelos advogados. Contudo, constituem-se em um complemento, antes e durante o litígio (KEISER, 2017).

Entretanto, é necessário esclarecer a distinção fundamental entre pesquisa jurídica e análise jurídica. Enquanto a primeira se destina à busca por decisões jurisprudenciais, julgados, a segunda depende de tecnologias avançadas, como o uso de *softwares* específicos e processamento de linguagem natural, para limpar, estruturar e analisar metadados e documentos.

Os avanços promovidos pela tecnologia da informação, aliada ao desenvolvimento de *softwares* de análise de metadados, podem constituir em uma nova era para o Direito, porque tornam possível a superação de desafios como a lentidão para a análise processual, a redução do tempo de discussão sobre incidentes de resolução de demandas repetitivas pela criação de padrões e a baixa qualidade da alimentação dos sistemas pela aplicação de informações coesas e pautadas em uma metodologia uniforme. Podem, ainda, contribuir com a redução dos indicadores de congestionamento e promover um incremento real na produtividade (JUNQUILHO e MAIA FILHO, 2018).

A análise jurídica oferece aos litigantes respostas baseadas em fatos para as principais questões que surgem durante o curso da marcha processual, como: "Quais são as predileções do juiz X?"; "Qual a inclinação para a recepção de determinado recurso em determinada turma do Tribunal de Justiça?"; "Quais táticas específicas são utilizadas por advogados diferentes em casos semelhantes?"; "A parte já protocolizou demandas do mesmo jaez ou com semelhante causa de pedir em momentos anteriores? Se sim, quais foram os resultados?"; "Casos como este são mais tendentes ao consenso ou devem prosseguir no contencioso tradicional?"; "Qual é o histórico de litígios da empresa Z nesse tipo de demanda?"; "Quais empresas têm mais experiência nessa área e quais foram os resultados desses casos?".

Com o *analytics*, os litigantes podem responder a essas perguntas com rapidez e precisão, chegando em minutos a respostas abrangentes que levariam semanas ou ainda mais tempo para serem obtidas manualmente, pela busca tradicional em várias fontes. Ferramentas como o *Litigation Analytics*, presente na plataforma de inteligência artificial Westlaw Edge, auxiliam litigantes a gerenciar melhor as expectativas do cliente, entender o posicionamento

dos juízes designados, obter informações competitivas sobre os advogados da parte contrária e ter acesso a um suporte de pesquisa jurídica direcionado à formulação de estratégias, uma vez que consegue, com base em decisões anteriores, prever como um juiz pode decidir sobre o caso.

Na plataforma *Litigation Analytics,* o profissional da advocacia insere os dados em um *software* que realiza a mineração e verifica a compatibilidade das informações para estabelecer um padrão de forma automatizada. A plataforma realiza a pesquisa entre os documentos a partir da análise de conteúdo (compatibilidade por palavras-chave ou termos relacionados que são anteriormente definidos pelo pesquisador) para localizar argumentos, problemas e padrões de fatos aplicáveis ao caso. Além disso, o *Litigation Analytics* economiza o tempo de pesquisa em todo um registro, que pode ter centenas de páginas (*v.g.*, julgados completos de uma turma em uma periodização superior a dez anos). A partir da lista de resultados, os pesquisadores passam a ter acesso aos resultados, com base em cálculos com algoritmos que identificam a compatibilidade dos termos de busca. A consulta comporta restrições e refinamento de busca quanto a local, nome do julgador, nome do advogado ou do escritório, tribunal e tipo de caso (BEITHON, 2019).

Ao contrário da pesquisa jurídica, a análise jurídica pode ser usada para encontrar respostas rápidas para questões práticas. Em um tempo significativamente menor, advogados podem obter respostas orientadas por dados para perguntas do cliente que, de outra forma, levariam semanas para serem reunidas.

Embora tenham ocorrido mudanças significativas na aplicação da inteligência artificial no campo da atividade jurídica, elas resultaram principalmente de processos comuns de tecnologia da informação, como processamento de dados, armazenamento, recuperação e gerenciamento de dados, combinados com redes de comunicações (PALIWALA, 2016).

O poder e a velocidade da análise jurídica capacitam os advogados a explorar e experimentar diferentes cenários jurídicos e estratégias para oferecer a melhor e mais bem informada orientação ao jurisdicionado. Em um cenário hipotético, um advogado pode ter uma estratégia específica de litígio em mente, mas o cliente entende que a condução do caso deve seguir em uma direção diferente. Usando a plataforma *analytics*, o advogado pode realizar uma série de pesquisas e ajustar parâmetros para fornecer ao cliente uma gama de resultados possíveis para diferentes abordagens legais.

Testar uma estratégia contra dados de resultados de casos anteriores semelhantes e explorar alternativas, se as perspectivas para essa estratégia parecerem pouco promissoras, representa o poder e a promessa da análise jurídica. Contudo, essas análises não seriam possíveis sem a introdução de um sistema de automação unificado para o Poder Judiciário brasileiro, como no caso da virtualização dos processos e informatização das dinâmicas.

O desempenho da informatização no sistema de justiça brasileiro tem sido acompanhado pelo CNJ, que, entre outras atribuições, fiscaliza a introdução de sistemas de automação nos tribunais.

A partir de pesquisas baseadas em confronto de dados e pautadas em bases econométricas, é possível conhecer a dinâmica de alguns tribunais e, consequentemente, estabelecer o cumprimento de metas; perceber quais tribunais cumprem tais metas e delimitar as razões para o eventual descumprimento; verificar o tipo de ação mais recorrente em cada instância, o volume recursal e os tipos de tese de defesa utilizados recorrentemente em casos semelhantes; fortalecer as teses sobre incidentes de demandas repetitivas; reafirmar valores propostos nas legislações específicas por meio da análise de resultados, utilização racional dos dados digitalizados pelos processos eletrônicos (que, por si sós, já criam um amplo banco de dados para consulta e criação de padrões), etc. (ANDRADE, 2018).

1.1 O Sistema de Automação da Justiça (SAJ)

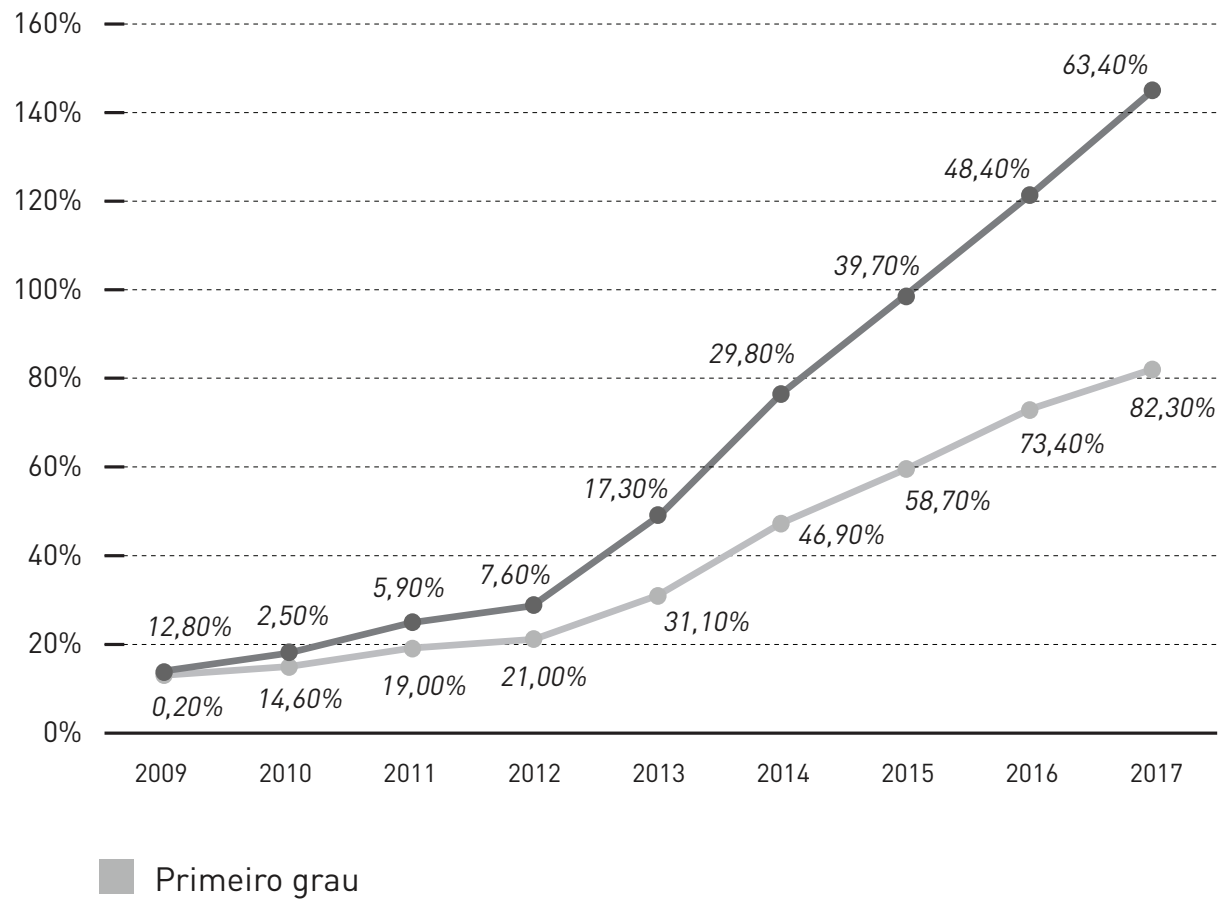
O Poder Judiciário brasileiro tem se apoiado em uma ferramenta de transformação digital fundamental para a atualização dos processos e realização mais célere de determinados atos processuais. O SAJ consiste em uma solução tecnológica voltada ao gerenciamento de um número considerável de processos em tramitação na Justiça estadual, com o objetivo de promover a integração entre instituições do Poder Judiciário, sujeitos do processo e jurisdicionados.

É possível perceber os efeitos das decisões sobre o jurisdicionado e o impacto no sistema de organização do Poder Judiciário, auxiliando os órgãos de controle na fiscalização e na construção de metas, especialmente no que diz respeito à virtualização de procedimentos, implantação de processos eletrônicos e ampliação da rede de utilização da inteligência artificial (VISSER, 2006).

A inteligência artificial também supõe uma evolução na implantação de processos judiciais eletrônicos, maior observação sobre a necessidade de aproveitamento dos sistemas já adotados e aprimoramento da articulação entre os diversos setores do Poder Judiciário e todos os sujeitos do processo, para que se comuniquem de maneira coerente e para que todos os atores do sistema de justiça exerçam suas atividades de maneira integrada.

A partir dos dados disponibilizados pelo CNJ, é possível perceber o aumento do percentual de processos que ingressam eletronicamente no Poder Judiciário brasileiro, em primeiro e segundo graus, crescendo linearmente, em curva acentuada, desde 2012 (Gráfico 1). Verifica-se também que a virtualização é mais destacada em segundo grau, uma vez que ainda há estados da Federação cujos sistemas de automação carecem de maiores ajustes no primeiro grau.

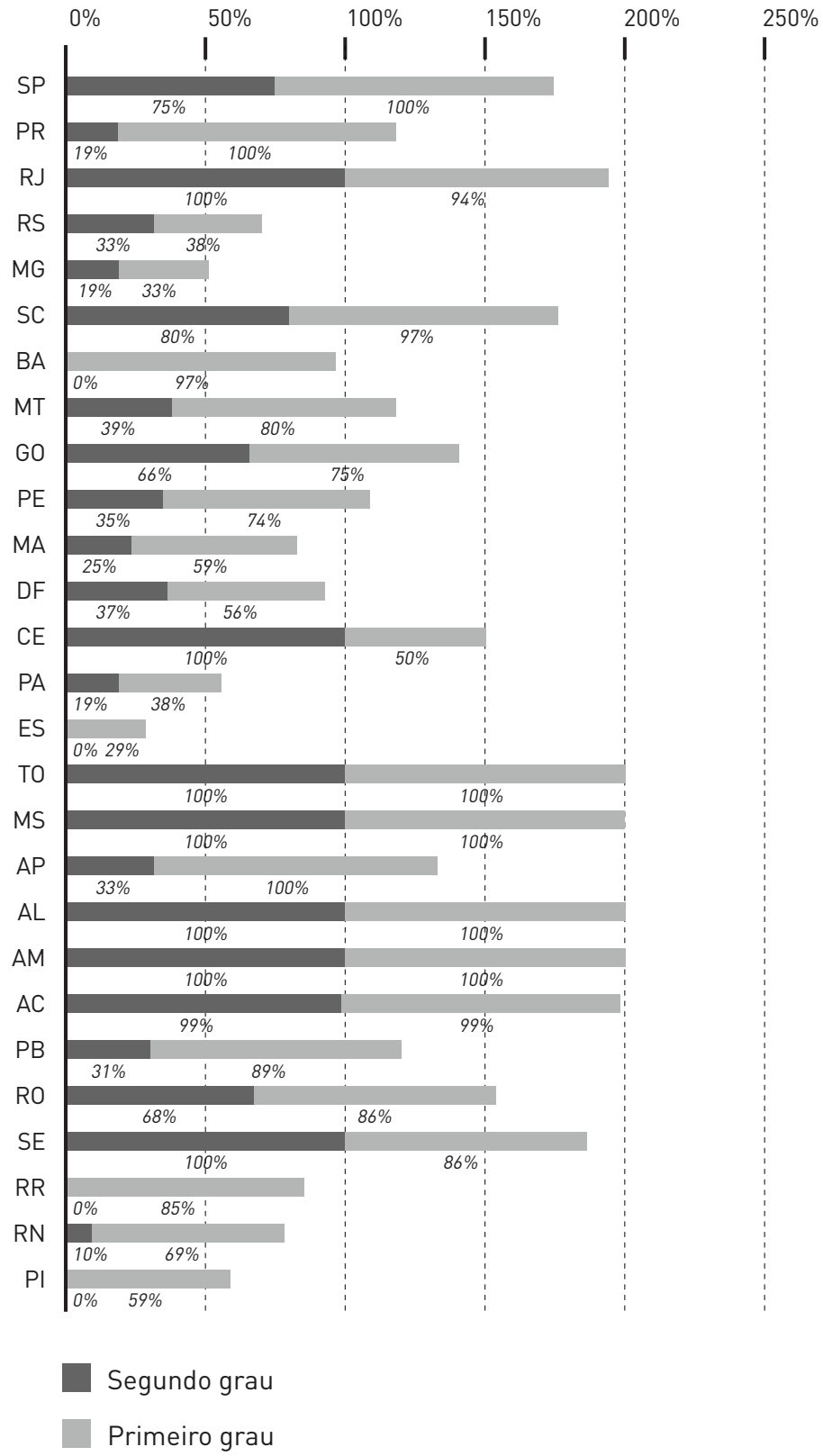
GRÁFICO 1 – **PANORAMA DA VIRTUALIZAÇÃO DE PROCESSOS EM PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS NO PERÍODO DE 2009 A 2017**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados pelo relatório *Justiça em Números*, do CNJ (CNJ, 2018).

Segundo dados do relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2018), o índice de novos casos eletrônicos em 2017 tem sido consideravelmente maior em primeiro grau, o que evidencia maior interação entre sistemas em níveis diferentes de jurisdição, conforme descrito pelo Gráfico 2.

GRÁFICO 2 – **ÍNDICE DE NOVOS CASOS ELETRÔNICOS EM PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS, POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO PERÍODO DE 2017**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados pelo relatório *Justiça em Números*, do CNJ (CNJ, 2018).

A Resolução CNJ n. 185, de 2013, que inseriu o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como mecanismo de processamento de informações e prática de atos processuais, influenciou

de maneira considerável o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4%, em 2013, para 79,7%, em 2017 (CNJ, 2018).

O aprimoramento dos indicadores depende de uma capacitação contínua na utilização de sistemas de automação, conferindo maior precisão na verificação do tempo de tramitação, melhor otimização dos procedimentos e efetivo dinamismo nas diferentes instâncias.

A virtualização de processos, como um indicador exemplificativo da inserção de novas tecnologias de acesso e armazenamento, evidencia avanços tecnológicos absolutamente necessários para a área jurídica, auxiliando a atuação da advocacia privada, sobretudo no que se refere ao envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral.

É possível reconhecer os sistemas de automação e virtualização como uma ferramenta *blockchain*, porque a assinatura digital exige certificação digital emitida por autoridade certificadora e o credenciamento demanda registro para o acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações, ou mesmo em razão da utilização de tecnologia para o armazenamento e processamento de dados.

A introdução de sistemas de automação consiste em uma inovação bem-recepcionada, não por se tratar da mera adoção de novas tecnologias, mas fundamentalmente por promover uma real modificação no cenário da produtividade, uma vez que veio solucionar problemas graves de padronização, além de auxiliar a advocacia privada com a maior acessibilidade aos processos e maior transparência quanto a diversos atos processuais. Ainda, a utilização dos sistemas de automação permite um gerenciamento centralizado, diminuição de custos, aumento na capacidade do Poder Judiciário em atender maiores e diferentes demandas de armazenamento, processamento e consultas de dados.

A tecnologia aplicada no funcionamento do SAJ, por exemplo, é atualizada constantemente para simplificar tarefas típicas do cotidiano forense, agilizar procedimentos e proporcionar maior dinamismo ao sequenciamento dos atos processuais.

A cronologia de implantação do SAJ se inicia com a criação do Sistema Softplan em 1990, no qual soluções inovadoras foram propostas com o objetivo de uniformizar a coleta e disposição de dados para consulta, com base em *analytics*, ciência de dados e inteligência artificial (SOFTPLAN, 2019).

Em 1992, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina passa a adotar o SAJ (produto da Softplan) como iniciativa pioneira em todo o país, seguido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em 1997 e, apenas em 2001, pelos Tribunais de Justiça do Acre, do Amazonas, do Ceará, de Alagoas e do Mato Grosso do Sul. Em 2007, o SAJ se integra a Ministérios Públicos e Procuradorias, dando início ao peticionamento eletrônico via portal e-SAJ; e, motivado pela publicação da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, o TJSP passou a receber apenas processos digitais, tornando-se exemplo para os demais tribunais como referência de processamento e acompanhamento virtual dos atos. Em 2018, o novo e-SAJ é introduzido como plataforma de utilização geral para todo o Poder Judiciário (BALARDIM, 2015).

Os Tribunais de Justiça de todo país já se consolidaram na utilização de tecnologias para o peticionamento, acompanhamento, arquivamento, tramitação, diligenciamento eletrônico dos atos, armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; entretanto, ainda não se pode afirmar que todos estão em mesmo nível de paridade quanto ao controle de tempo de falha e de uniformização quanto à integralidade dos procedimentos.

O SAJ se divide em esferas de atuação pontuais para garantir o respeito às peculiaridades e à organização interna de cada órgão. O SAJ Tribunais propicia a minoração no tempo de tramitação de processos que já se encontram digitalizados, além de promover maior otimização das tarefas burocráticas, auxiliando a dinâmica das atividades realizadas por servidores e magistrados, em primeiro e segundo graus. Como principais vantagens do sistema SAJ Tribunais, é possível citar a tramitação processual mais célere, a produção automática de peças e a distribuição automática de juntadas.

O sistema SAJ Ministérios Públicos realiza a articulação da atividade exercida por procuradores, promotores, analistas e demais servidores, permitindo a integração dos procedimentos e propiciando maior fluidez e agilidade aos atos do Ministério Público.

O sistema SAJ Procuradorias, complementarmente, busca a redução no tempo de tramitação e ajuizamento, vez que, integrado ao SAJ Tribunais, realiza o controle e o registro dos prazos processuais e automatiza o sistema de intimações, independentemente de cronogramas e editores de textos.

O SAJ ADV é uma solução tecnológica desenvolvida, especificamente, para auxiliar a advocacia privada, visto que pode ser acessado de qualquer plataforma *on-line* e é compatível com sistemas operacionais como Microsoft Windows e Mac OS X, pois opera pelo sistema de computação na nuvem (*cloud computing*). Pelo SAJ ADV é possível realizar o registro e acompanhamento processual, além de controlar atividades de gestão, receitas e despesas, simplificando a atuação de muitos advogados e escritórios. Hoje, de acordo com informações do portal virtual SAJ DIGITAL, o SAJ ADV organiza e otimiza o trabalho de mais de 15 mil advogados em todo o território nacional (BALARDIM, 2015).

1.2 Soluções *legal tech*: *Convex Legal Analytics*, PeticionaMais, Cofre Virtual

A introdução da inteligência artificial nas práticas jurídicas resulta de décadas de estudos voltados à otimização do tempo e à uniformização de procedimentos para conferir maior harmonização e integração administrativa no Poder Judiciário brasileiro. Soluções em *legal tech* são pensadas para o desenvolvimento contínuo das operações jurídicas, desde as mais simples às mais complexas.

Aqui, serão ilustrados alguns exemplos de ferramentas *legal tech* que tendem a auxiliar a advocacia privada. A *Convex Legal Analytics* é uma plataforma cujo objetivo consiste em gerar economia e redução de riscos pela antecipação de chances de êxito em cada demanda, e atua a partir da combinação da jurimetria, análises preditivas e inteligência artificial para prever o posicionamento com base na comparação com litígios anteriores. A plataforma promete a

análise da probabilidade de ganhos, a identificação de tendências de decisões, a simulação de estratégias e alternativas e a projeção de cenários, a partir de uma análise descritiva e diagnóstica pela combinação de algoritmos (CONVEX, 2019).

A plataforma PeticionaMais reúne, por meio de uma combinação de algoritmos, em um único espaço virtual, petições diferentes para diversos tribunais. Essa plataforma não demanda configurações complicadas e adapta automaticamente a peça jurídica, conforme exigência de cada tribunal, e propõe benefícios como o reaproveitamento de dados, monitoramento de rotinas, adaptação automática de peças no tamanho requerido pelo sistema virtual de cada tribunal, além de uma fiscalização inteligente sobre os sistemas de envio, verificando se estão disponíveis no momento do protocolo. Ainda, trata-se de uma plataforma acessível em qualquer dispositivo móvel conectado à internet (PETICIONAMAIS, 2019).

O Cofre Virtual – compatível com sistemas operacionais como Microsoft Windows e Mac OS X, *home banking* e também com o *site* da Receita Federal – consiste em uma ferramenta voltada à segurança da informação, que monitora a proteção do certificado digital, o que é fundamental para o exercício da advocacia. Com a preservação tecnológica do certificado digital, contratos e petições podem ser protocolizados em outros computadores sem a necessidade de *tolkens*, *smart cards* ou leitores de cartão. O sistema é compatível com o SAJ Tribunais, o SAJ ADV, o SAJ Procuradorias e o SAJ Ministérios Públicos e permite a assinatura de vários documentos conjuntamente.

2 O USO DE TECNOLOGIAS PARA PESQUISA E ANÁLISE: MAIS UMA ALAVANCA DE CIENTIFICIDADE PARA A PRÁTICA JURÍDICA

Tradicionalmente, é possível verificar o predomínio da abordagem qualitativa sobre a quantitativa nos estudos acadêmicos da área jurídica, especialmente pela necessidade de interpretar a realidade e os fenômenos sociais a partir de elementos discursivos cuja defesa, não raro, se funda na argumentação dialética. Entretanto, é necessário repensar esse modelo, adotando, quando possível, configurações numéricas capazes de sustentar e conferir maior acuidade às análises jurídicas.

É necessário refletir sobre a possível integração entre métodos, uma vez que a complementaridade entre as abordagens, chamada de pluralismo metodológico, pode ser viabilizada a partir da mera adoção de ferramentas para testar hipóteses ou evidências empíricas, conferindo maior sustentação às teorias propostas pelo pesquisador. Trata-se de uma preocupação inferencial, absolutamente elementar para o avanço disciplinar (REZENDE, 2014).

A análise de dados não é um método de pesquisa, mas, sim, estratégia que pode ser inserida em quaisquer abordagens, sejam quantitativas ou qualitativas. Nesse sentido, o uso da inteligência artificial aplicada à pesquisa jurídica se apresenta como ferramenta de grande valia.

Não só a prática nos tribunais sofre a influência da presença de novas tecnologias auxiliares ao Direito, mas, em grande medida, a pesquisa jurídica ficou mais inteligente, graças a toda uma nova geração de ferramentas alimentadas por tecnologia artificial e processamento de

linguagem natural, ficando ainda mais expansiva em razão das ferramentas de pesquisa que consideram o uso de dados para a constatação de fenômenos.

A pesquisa jurídica, tradicionalmente teórica e pautada nas análises de base qualitativa, tem sido fortemente influenciada pelo uso de técnicas econométricas e auxiliada pela análise quantitativa. As plataformas de pesquisa jurídica contam com o crucial apoio de tecnologias capazes de tratar dados e reunir informações confiáveis, sobretudo nas análises que consideram o comportamento de tribunais. Como exemplos, há plataformas como Judicata, *Vincent* (da vLex), *Attorney IO* e *Case IQ* (da *Casemine*), *LexisNexis, Lexis Advance* e *Lexis Analytics*, *Fastcase* e *Casemaker*, *Analyst Workbench*, *Litigation Analytics* (da *Westlaw Edge*), *Gavelytics*, *Convex Legal Analytics*, entre outras possibilidades de espaços úteis de busca e pesquisa.

Com a utilização de tais ferramentas, a produção científica voltada para a área jurídica tende a se aprimorar, o que é essencial para conferir maior qualidade e atualidade dos textos. Entretanto, para que essa utilização passe a fazer parte do cotidiano dos advogados, reputa-se fundamental e necessária a educação continuada em tecnologia, a atualização em métodos de investigação científica para a atuação profissional e acadêmica e a conscientização coletiva sobre a relevância da inserção de novas tecnologias para o exercício da profissão.

A pesquisa teórica tradicional continua consistindo em um essencial mecanismo de consulta, mas é necessário que a comunidade científica passe a reconhecer a fortaleza das pesquisas *data driven*, não apenas como métodos complementares, mas como formas de desenvolver um novo tipo de abordagem ao campo da pesquisa jurídica.

A jurimetria, que consiste na aplicação das análises baseadas em Ciência de Dados no ramo do Direito, traduz a aplicação de métodos quantitativos que descendem da análise estatística, uma vez que propicia uma visão probabilística de fenômenos de interação no contexto jurídico. A jurimetria fornece uma perspectiva sistemática dos fatores que influenciam ou que exercem algum papel na tomada de decisões pelo magistrado, na medida em que contribui para definir, com suporte em elementos quantitativos, padrões de comportamento legal (ANDRADE, 2018; HILDEBRANDT, 2018).

Há uma série de consequências interessantes para a pesquisa jurídica e para a aproximação entre as decisões e a realidade dos fatos. Com o auxílio de padrões jurimétricos de investigação, é possível identificar e conferir maior transparência e previsibilidade às decisões jurídicas. A investigação jurisdicional também pode aumentar a legitimidade do sistema jurídico, exercendo um papel de supervisão e monitoramento sobre as partes e procedimentos envolvidos (VISSER, 2006; RAMÍREZ, DÍAZ e FERNÁNDEZ, 2016).

A previsibilidade no meio jurídico se baseia em pesquisas *large-N*, ou seja, em bancos de dados com amostras numericamente expressivas e quantitativamente consideráveis. Essa análise de metadados pode auxiliar a identificação de modelos semelhantes de conduta ou padrões de comportamento dos tribunais.

A partir da jurimetria, torna-se possível estabelecer previsões sobre diversos eventos jurídicos, como a noção sobre o tempo de tramitação dos processos, a propensão para a

realização de acordo por parte do requerido ou a decisão que tende a ser proferida por determinado magistrado.

Considerando a reunião de técnicas como a volumetria, a jurimetria e a *legal analytics*, é possível desenhar um cenário bem mais seguro para a criação de expectativas sobre causas em andamento. A jurimetria realiza a análise de um número significativo de dados para que informações estatísticas demonstrem os índices de deferimento e indeferimento de processos a partir do histórico de decisões já proferidas em demandas do mesmo tipo, o que permite ao escritório a criação de estratégias mais assertivas e melhor planejamento quanto aos custos envolvidos.

No contexto das decisões judiciais, há processos com características similares, o que sugere a inegável possibilidade de uma verificação de padrão de comportamento dos tribunais e dos julgadores a partir da verificação de julgados, da análise de conteúdo com a utilização de termos-chave, da diferenciação de teses e argumentações jurídicas recepcionadas com êxito e de indicadores de deferimento e indeferimento para demandas com causas de pedir semelhantes.

3 **Análise de resultados:** o uso de inteligência artificial pode promover benefícios reais para a advocacia privada?

Inicialmente, é necessário refletir sobre os desafios ou possíveis entraves quanto ao uso de ferramentas de inteligência artificial para a advocacia privada. As funcionalidades e possibilidades oriundas da utilização de mecanismos autômatos podem gerar questionamentos aos usuários não apenas em um momento inicial, razão pela qual é fundamental a atualização para melhor adaptação dos profissionais que lidam com novas tecnologias (MARANHÃO, 2017).

Como desafio, pode-se ressaltar a adaptação entre o raciocínio jurídico, complexo por natureza, e a convivência com técnicas próprias das ferramentas de inteligência artificial. As construções normativas envolvem interpretação terminológica e fática, não apenas a reunião ótima de algoritmos. No entanto, a identificação de padrões pode ser realizada por meio de *softwares* de reconhecimento, a exemplo do Projeto Victor, adotado em matérias de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF).[1] O significado dos termos de identificação deve considerar a amplitude de expressões e casos concretos, o que só seria possível, em um tempo reduzido, com o uso de inteligência artificial (JUNQUILHO e MAIA FILHO, 2018).

1 O Projeto Victor consiste em uma ferramenta de inteligência artificial criada com o propósito de rastrear, a partir do reconhecimento de padrões aplicados por *machine learning*, temas de Repercussão Geral em Recursos Extraordinários. O objetivo se concentra em reduzir o tempo de análise dos ministros do STF e conferir maior qualidade às buscas. A iniciativa resulta de uma parceria entre a Universidade de Brasília e o STF (ANDRADE *et al.*, 2020).

Outro desafio consiste na operacionalização das novas tecnologias pelos profissionais da área, que precisam de capacitação contínua, sobretudo porque o Direito, tradicionalmente, se baseia na interpretação de situações e encadeamento de atos processuais construídos de maneira menos técnica e mais fenomenológica.

O uso de ferramentas inteligentes deve potencializar as consultas e otimizar o tempo gasto com pesquisas por jurisprudência, identificando com maior agilidade possíveis divergências, inclinações decisórias de tribunais e argumentos compatíveis. No entanto, é preciso compreender que a máquina não evidencia um resultado eficiente se a forma de consulta for deficitária. A busca de termos deve se basear em uma metodologia uniforme, assim como a alimentação dos sistemas, para que os *outcomes* sejam fiáveis (OLIVEIRA e COSTA, 2018).

As diversas ferramentas de inteligência artificial tendem a promover maior previsibilidade para a advocacia privada, a partir do aprofundamento em um campo de pesquisa ainda pouco explorado no Brasil. Trata-se de uma revolução tecnológica reconhecida pelo CNJ, que anunciou em dezembro de 2018 a criação de um laboratório de inteligência artificial para o Processo Judicial Eletrônico (PJe), com base em uma iniciativa exitosa promovida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, que desenvolveu um sistema para criação de modelos de inteligência artificial na área de processamento de linguagem natural, semelhante às plataformas *analytics* (CIEGLINSKI, 2018).

O uso da tecnologia *analytics* faz parte de uma nova realidade para empresas, organizações e Poder Judiciário. Sobre o tema, é importante destacar a pesquisa realizada pela *Advanced Analytics Software* em 2018, que entrevistou 477 participantes, entre organizações, empresas públicas e privadas da Europa, do Oriente Médio e da África e profissionais de diferentes áreas, acerca da percepção quanto ao uso da plataforma *Analytics* (ver Tabela 1).

TABELA 1 – **INDICADORES PERCENTUAIS DE PERCEPÇÃO QUANTO AOS BENEFÍCIOS ORIUNDOS DA UTILIZAÇÃO DA PLATAFORMA *ANALYTICS*** (PERÍODO DE CONSULTA: 2018)

PERCENTUAL	BENEFÍCIOS VERIFICADOS
72%	*INSIGHTS* RELEVANTES A PARTIR DOS SEUS DADOS E APRIMORAMENTO PARA ESTRATÉGIA DE NEGÓCIOS
60%	MAIOR INOVAÇÃO COM A ADOÇÃO DE FERRAMENTAS ANALÍTICAS EM SUAS ESTRATÉGIAS DE NEGÓCIOS
35%	MENOR TEMPO GASTO NA PREPARAÇÃO DAS INFORMAÇÕES

(continua)

PERCENTUAL	**BENEFÍCIOS VERIFICADOS**
46%	TOMADAS DE DECISÕES MAIS INTELIGENTES E CONFIÁVEIS
42%	MENOR TEMPO NA GERAÇÃO DE *INSIGHTS*
59%	ESTRUTURA DE DADOS INTEGRADA OU CENTRALIZADA
43%	FORNECIMENTO DE MODELAGEM E ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E *MACHINE LEARNING*
PERCENTUAL	**LIMITAÇÕES VERIFICADAS**
24%	DIFICULDADES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA INFRAESTRUTURA CORRETA PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
53%	AUSÊNCIA DE PLATAFORMA PARA LIDAR COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados pela pesquisa *Here and Now: The Need for an Analytics Platform*, realizada pela *Advanced Analytics Software* (SAS, 2018).

A partir dos dados expostos pela Tabela 1, é possível perceber que os benefícios relatados pela maioria dos entrevistados se concentram na redução de tempo, no aumento da confiança e da previsibilidade e no fornecimento de algoritmos fiáveis, o que supõe uma padronização de procedimentos. A pesquisa foi realizada com base em entrevista pautada em perguntas fechadas, de múltipla escolha, e utilizando como delimitação de consulta as perguntas sobre a plataforma *analytics*.

A plataforma *analytics* agrega valor às atualizações de jurisprudência, na medida em que analisa e identifica grandes volumes de casos para serviços de pesquisa de citações e captura de decisões administrativas de conselhos e tribunais. Além disso, é possível identificar as teses jurídicas mais incidentes e seu resultado por turma ou por tribunal.

A utilização de *softwares* de análise jurídica que usam algoritmos de busca por padrões pode ser extremamente útil, sobretudo em uma área do conhecimento cujas dinâmicas dependem da força argumentativa. A análise jurídica pode avaliar com menor nível de incerteza uma vasta quantidade de informações contidas em julgados, precedentes e jurisprudência dos tribunais, tão pouco explorados sob a perspectiva da análise sistemática (OSBECK, 2015; CARELESS, 2018).

Muitos clientes dependem da notificação antecipada de eventuais mudanças legislativas que afetam seus negócios, sobretudo no direito contratual, empresarial e internacional. *Softwares*

de automação podem fornecer acompanhamento e resumos contínuos de novas propostas legislativas, regulamentos, jurisprudência e mudanças administrativas, a partir do rastreamento periódico de bases de dados jurídicas.

Quando o escritório de advocacia é capaz de oferecer experiência em processos e tecnologia para minimizar os custos para seus clientes, aliando a confiabilidade com a perspectiva mais clara sobre a condução dos litígios, torna-se mais competitivo em relação a seus pares, avançando estrategicamente em um mercado tão seleto. Ainda, se propõe como um de seus serviços a análise de contratos e alertas de atualização legislativa e regulatória com base em tecnologias da informação, evidencia atualidade e preparação para as novas dinâmicas (KEISER, 2017).

A análise jurídica confere aos litigantes relativa vantagem sobre os advogados da parte contrária ao fornecer informações baseadas em dados sobre como juízes, desembargadores, advogados e partes se comportam em casos semelhantes e como eles provavelmente se comportarão em futuras demandas de mesmo jaez. Trata-se de uma ferramenta interessante e absolutamente relevante para a construção de estratégias de litígio informadas.

Tradicionalmente, para conhecer o comportamento de advogados, empresas, juízes ou partes específicas, seria necessário que advogados confiassem nos questionamentos feitos aos colegas que vivenciaram um tipo específico de litígio. No entanto, esses dados, além de não serem testados, muitas vezes compõem um tamanho irrelevante para a construção de uma amostra, demonstrando apenas uma realidade parcial, imprecisa.

Além disso, esses prognósticos, embora muitas vezes bem-fundamentados, são frequentemente tendenciosos, tanto pelo desejo dos clientes de ganhar quanto pelas experiências de seus próprios advogados, que podem estar sugestionados pela própria experiência (ALARIE, NIBLETT e YOON, 2018). A utilização de inteligência artificial baseada em combinações algorítmicas propicia uma análise com maior objetividade, uma vez que opiniões são afastadas e substituídas por comparações lógicas, evitando o viés de seleção nos casos verificados pela randomização. Ainda, algoritmos podem gerar previsões replicáveis, o que impõe validade externa aos procedimentos.

Embora a tecnologia não possa prever infalivelmente o resultado de um caso específico, ela pode fornecer *insights* que aumentam as chances de uma predição precisa, permitindo que os usuários busquem uma estratégia de litígio mais direcionada e com maior probabilidade de sucesso (WALKER-OSBORN, 2018).

Como benefícios sobre o uso de *Analytics*, é possível destacar, inicialmente, a ampliação das técnicas de desenho de estratégias para o litígio. Criar a melhor abordagem para o litígio envolve a análise de dezenas de variáveis, geralmente em todos os pontos do problema. Independentemente da experiência, cada caso se apresenta como único, exigindo que os advogados identifiquem a estratégia mais adequada. É possível destacar ainda a compreensão quanto aos tribunais, às jurisdições e às propensões dos juízes para decidir. Trata-se de uma vantagem, na medida em que é possível extrair informações confiáveis para mostrar os tipos de tópicos

vistos por um juiz e com qual frequência, para que os usuários possam formular a estratégia mais forte possível. A plataforma *Litigation Analytics* inclui resultados de movimento, como taxas de recepção de apelação em uma mesma turma.

Como vantagem, também urge assinalar o gerenciamento das expectativas dos clientes. Um dos maiores desafios vivenciados pela advocacia privada consiste na preocupação com o atendimento ao cliente, fidelização e pronta resposta às demandas apresentadas, de maneira célere, transparente e efetiva. Se os advogados possuem mecanismos capazes de conferir um prenúncio mais próximo à realidade dos acontecimentos, o diálogo com o cliente se torna mais cristalino, sobretudo no que diz respeito ao provável resultado, custos envolvidos e cronograma do caso, na medida em que há uma noção mais clara acerca dos dados sobre como o juiz costuma decidir sobre casos semelhantes.

A demanda dos clientes pela redução das despesas legais acabou por fornecer o impulso necessário para muitos escritórios de advocacia transformarem seu modelo de negócios. Os avanços tecnológicos fornecem as ferramentas necessárias para que escritórios se tornem mais atualizados na progressão técnica da informação jurídica.

Softwares e plataformas inteligentes, que derivam da jurimetria em uma compreensão algorítmica do Direito, estão irreversivelmente presentes no cenário da análise jurídica e tendem a afetar vários aspectos do trabalho dos advogados, incluindo tarefas que historicamente dependiam do esforço humano especializado, como a tentativa de previsão de resultados judiciais. Essas novas ferramentas de inteligência artificial apresentam novos desafios e novas oportunidades para os profissionais do Direito (HILDEBRANDT, 2018).

Um dos desafios pode ser traduzido pela seguinte pergunta: "Como transformar textos em números para realizar uma análise jurimétrica?". Para converter informações formatadas em textos para um padrão de algoritmos, é necessário compreender que cada palavra pode ser transformada em códigos binários simples em formato de variável *dummy* (*v.g.*, a palavra "culpado" pode ser transformada no algoritmo "1", e a palavra "inocente" pode ser transformada no algoritmo "0") (GUILLOU, 2018).

A curto prazo, é possível esperar maior transparência na administração judiciária, maior eficiência da administração de conflitos, mais qualidade do acesso à justiça, concretização de princípios como razoável duração do processo e eficiência, além de novos desafios para a organização tradicional de escritórios de advocacia. Com as novas tecnologias, os advogados terão o poder de trabalhar com mais eficiência, aprofundar e ampliar suas áreas de especialização. A longo prazo, é difícil prever qual será o impacto das ferramentas de inteligência artificial, mas é possível assinalar que, à medida que os advogados as incorporarem em suas práticas e expandirem sua gama de serviços em nome dos clientes, tendem a desenvolver uma nova era na condução das demandas – mais eficiente e transparente (ALARIE, NIBLETT e YOON, 2018).

Conclusão

A partir de todo o exposto, é possível inferir que a inteligência artificial e plataforma *Litigation Analytics* podem contribuir fortemente para a prática da advocacia privada, na medida em que o uso de novas metodologias de pesquisa e análise jurídica tendem a reduzir incertezas desde o atendimento ao cliente até a finalização da relação jurídico-processual. A utilização complementar de ferramentas tecnológicas e a própria introdução dos sistemas automatizados, como o e-SAJ, representam uma inovação na dinâmica do armazenamento, processamento e registro de dados no âmbito do Poder Judiciário, seguidos pelo contínuo aprimoramento da *legal tech*, que se desenvolve e sofre constantes atualizações para atender às demandas de profissionais da área.

Essa redução de incertezas aduz a um esforço contínuo para conhecer mais profundamente o perfil de cada tribunal, compreendendo as peculiaridades de cada turma e identificando padrões de comportamento que podem auxiliar, em grande medida, a atuação profissional de advogados, desembargadores, juízes de primeiro grau e demais sujeitos do processo.

A ideia fundamental presente no uso da inteligência artificial consiste em localizar padrões, identificar compatibilidades e definir um caminho mais seguro para juristas e clientes, ampliando a perspectiva de confiança que é fundamental para a atuação profissional.

O uso de plataformas de consulta baseadas em *legal tech* pode ser útil para conferir uma previsibilidade mínima quanto à inclinação de uma corte ou turma em decisões colegiadas, uma vez que é possível identificar padrões de comportamento a partir da análise estatística das decisões anteriores.

A inteligência artificial tende a ser frutífera para a verificação do tempo médio de tramitação de determinadas causas, auxiliando escritórios e advogados a traçar probabilidades para os clientes. O uso da inteligência artificial, ainda, tende a desvendar a inclinação de julgadores e relatores porque, a partir da análise de conteúdo realizada com o auxílio de *softwares* como o NVivo e o *Litigation Analytics*, é possível compreender estrategicamente quais foram as argumentações jurídicas mais exitosas, o que permite o desenho mais real de estratégias para cada caso.

A tecnologia está transformando o setor de serviços jurídicos, e a resistência de alguns profissionais consiste em uma barreira previsível. Entretanto, é necessário recordar que preocupações semelhantes foram expressas quando do início da virtualização nos tribunais e, hoje, trata-se de uma irreversível realidade, repleta de vantagens para a advocacia privada e para as demais profissões jurídicas. Essa transição aumentou a demanda por advogados especializados, promovendo uma revolução na aprendizagem de ferramentas tecnológicas e maior necessidade pelo desenvolvimento de profissionais atentos às atualizações.

Da mesma forma, a análise jurídica não tornará obsoleto o julgamento e a perícia de advogados experientes. No entanto, permitirá que aqueles que o empregam proporcionem uma representação melhor e mais eficaz em termos de custo para seus clientes e maior competitividade entre os escritórios que optarem por manter em seus quadros advogados atualizados e

dinâmicos. É possível afirmar que os advogados que adotam a análise jurídica tendem a vislumbrar esses benefícios mais cedo, adquirindo uma vantagem competitiva sobre aqueles que não o fazem.

REFERÊNCIAS

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony; YOON, Albert H. How artificial intelligence will affect the practice of law. *University of Toronto Law Journal*, v. 68, n. 1, p. 106-124, 2018.

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Utilização do sistema R-studio e da jurimetria como ferramentas complementares à pesquisa jurídica. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 680-692, 2018.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; LIMA, Isabela Braga de; GALVÃO, Alex Renan de Sousa. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com Repercussão Geral: o Projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 312-335, 2020.

BALARDIM, Graziela. Projeto 100% Digital: distribuição de processos digitais supera a de físicos por dois meses seguidos no TJSP. *SAJ Digital*, 25 set. 2015. Disponível em: http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/projeto-100-digital-tjsp. Acesso em: 23 jan. 2019.

BEITHON, Rachel. *Five reasons to use litigation analytics on Westlaw Edge*. 2019. Disponível em: https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/articles/5-reasons-to-use-litigation-analytics-on-westlaw-edge. Acesso em: 20 jan. 2019.

CARELESS, James. *Legal analytics can help your firm become more competitive*. 2018. Disponível em: https://www.cba.org/Publications-Resources/CBA-Practice-Link/solo/2018/Legal-analytics-can-help-your-firm-become-more-com. Acesso em: 03 fev. 2020.

CIEGLINSKI, Thaís. CNJ anuncia a criação de laboratório de inteligência artificial para o PJe. *Agência de Notícias*. 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88132-cnj-anuncia-a-criacao-de-laboratorio-de-inteligencia-artificial-para-o-pje. Acesso em: 02 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números*: 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em: 03 fev. 2020.

CONVEX. *Convex Legal Analytics*. 2019. Disponível em: https://www.convex.la/?utm_source=LP-Inovacao-Softplan&utm_medium=LP. Acesso em: 20 jan. 2019.

GUILLOU, Pierre. *Como treinar um algoritmo de inteligência artificial (IA) na área do direito?* 2 maio 2018. Disponível em: https://medium.com/@pierre_guillou/como-treinar-um-algoritmo-de-inteligência-artificial-ia-na-área-do-direito-8ae229cfdb9b. Acesso em: 18 jan. 2019.

HILDEBRANDT, Mireille. Law as computation in the era of artificial legal intelligence: Speaking law to the power of statistics. *University of Toronto Law Journal*, v. 68, n. 1, p. 12-35, 2018.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; MAIA FILHO, Mamede Said. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, 2018.

KEISER, Barbie. Artificial Intelligence and the Law. *Online Searcher*, v. 41, n. 3, p. 16-20, maio/jun. 2017.

MARANHÃO, Juliano. A pesquisa em inteligência artificial e direito no Brasil. *Conjur*, 9 dez. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330321339_Pesquisa_em_inteligencia_artificial_e_direito_no_Brasil. Acesso em: 03 ago. 2019.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 21-39, 2018.

OSBECK, Mark K. Using Data Analytics Tools to Supplement Traditional Research and Analysis in Forecasting Case Outcomes. *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, 2015. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2618&context=articles. Acesso em: 12 jan. 2019.

PALIWALA, Abdul. Rediscovering artificial intelligence and law: an inadequate jurisprudence? *International Review of Law, Computers &Technology*, v. 30, n. 3, p. 107-114, 1º set. 2016.

PERROTA, Raquel P. Coelho; COSTA FELIPE, Bruno Farage da. Inteligência artificial no Direito: uma realidade a ser desbravada. *Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018.

PETICIONAMAIS. *Home Page*. 2019. Disponível em: https://peticionamais.com.br/?utm_source=LP-Inovacao-Softplan&utm_medium=LP. Acesso em: 20 jan. 2019.

RAMÍREZ, René Acosta; DÍAZ, Yadirka Verdecia; FERNÁNDEZ, Yarina Amoroso. Jurimetría: una opción para la sociedad. *Serie Científica de la Universidad de las Ciencias Informáticas*, v. 9, n. 4, p. 1-10, 2016.

REZENDE, Flavio da Cunha. Fronteiras de integração entre métodos quantitativos e qualitativos na ciência política comparada. *Revista Teoria e Sociedade,* n. 22, p. 40-74, 2014.

SAS. Advanced Analytics Software. *How to maximize the impact of your analytics*: Research shows the strategic benefits from investments in an analytics platform. 2018. Disponível em: https://www.sas.com/content/dam/SAS/documents/marketing-whitepapers-ebooks/ebooks/en/here-and-now-the-need-for-an-analytics-platform-110056.pdf. Acesso em: 03 fev. 2020.

SOFTPLAN. *A inovação está em nosso DNA*. 2019. Disponível em: https://www.softplan.com.br/inovacao. Acesso em: 25 jan. 2019.

VISSER, Johanna. Jurimetrics, safety and security. *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 20, n. 1/2, p. 123-145, 2006.

WALKER-OSBORN, Charlotte. Artificial Intelligence Automation and the Law. *ITNOW*, v. 60, n. 1, p. 42-43, 2018.

Como citar este artigo:

ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *Legal tech: analytics*, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1951. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201951.

Mariana Dionísio de Andrade

Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Processo Constitucionais e da disciplina Teoria Geral do Processo Civil no Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (CNPq/UFPE). Coordenadora do Projeto Pesquisa Empírica em Direito – PROPED (CNPq/UNIFOR). Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC/CE). Advogada.

mariana.dionisio@unifor.br

Beatriz de Castro Rosa

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Direito de Família e Sucessões, Mediação e Gestão de Conflitos na UNIFOR. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIFOR. Chefe da Divisão de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Educação Continuada. Advogada.

beatriz_rosa@unifor.br

Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Professor dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Empresarial, Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, bem como do Curso de Graduação em Direito da UNIFOR. Coordenador do Projeto Pesquisa Empírica em Direito – PROPED (UNIFOR). Assessor Jurídico da corregedoria-geral do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da ESMEC.

eduardogirao@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 31.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201952

Adoção de tecnologias na perspectiva de profissionais de direito

ADOPTION OF TECHNOLOGY IN THE LEGAL PROFESSIONALS' PERSPECTIVE

Marcia Cassitas Hino[1] e *Maria Alexandra Cunha*[2]

Resumo

O sistema judicial brasileiro passou por uma transformação com a informatização do processo judicial. Por meio de uma abordagem qualitativa, analisou-se a percepção do uso da tecnologia na rotina dos profissionais. A interpretação da transformação contemplava modernidade, agilidade, sustentabilidade, melhora do serviço jurisdicional, facilidade no acesso, maior disponibilização de informações e redução de riscos e custos. Entre os mecanismos de negociação identificou-se a imposição por parte do Poder Judiciário e a necessidade de uso pelos escritórios de advocacia. Diferentes aspectos dos sistemas informatizados moldaram o uso da tecnologia na prática, por exemplo, a migração de atividades administrativas do judiciário para advogados, a rotina de trabalho ditada pelo sistema e a migração da fidúcia. Alguns desses aspectos geraram efeito maior em processos de tecnologia e outros na prática da advocacia. Entre as práticas listam-se a migração de atividades administrativas, o compartilhamento de senha, o armazenamento e a impressão de autos do processo, a utilização de robôs, a ausência de assinatura em atas de audiências, o maior tempo dedicado aos processos, a replicação de informações entre o sistema judicial e os escritórios de advocacia, a utilização de sistemas de gestão em escritórios e tribunais, o uso de dois monitores de vídeo, o vácuo criativo, a mudança na maneira de referenciar dados do processo, a necessidade de conhecimento para examinar documentos digitais, a busca por conciliação entre as partes, a migração da fidúcia e a alteração da rotina de trabalho dos advogados, passando a ser ditada pelo sistema.

Palavras-chave

Direito e tecnologia; processo judicial eletrônico; Poder Judiciário; direito digital; novas tecnologias.

Abstract

The Brazilian judicial system underwent a transformation with the computerization of the judicial process. Through a qualitative approach, it was analyzed the perception of the use of technology in the routine of professionals. The interpretation of the transformation contemplated modernity, agility, sustainability, improved judicial service, easier access, greater availability of information and reduction of risks and costs. Among the negotiation mechanisms was the imposition by the judiciary and the need for use by law firms. Different aspects of computerized systems have shaped the use of technology in practice, for example, migration of administrative activities from the judiciary to lawyers, work routine dictated by the system and migration of trust. Some of these aspects had a greater effect on technology processes and others on the practice of advocacy. Practices include migration of administrative activities, password sharing, storage and printing of case records, use of robots, absence of signature in court minutes, increased time devoted to proceedings, replication of information between the court system and law firms, use of management systems in offices and courts, use of two video monitors, creative vacuum, change in the way process data is referenced, need for knowledge to examine digital documents, search for conciliation between parties,

1 Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5763-3456

2 Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-2022-0030

CC BY-NC

migration fidelity and alteration of the work routine of lawyers is now dictated by the system.

Keywords
Law and technology; electronic judicial process; Brazilian Judicial Power; digital law; new technologies.

Introdução

O sistema judicial brasileiro passou por um momento de transformação com a informatização do processo judicial, cujo objetivo era promover uma justiça mais ágil, célere e, portanto, mais eficiente. Em um cenário de avanço da tecnologia e disseminação do computador, o Poder Judiciário adotou a informatização dos processos, que se tornaram eletrônicos, objetivando agilidade em sua distribuição e tramitação, e o aumento na produção de julgados, além da eliminação do trâmite em papel.

A informatização do processo exigiu mudança tanto para as partes do processo quanto para o Poder Judiciário. Na prática do Judiciário, as ações eram ancoradas na utilização do papel, e tiveram suas bases alteradas com a adoção de processos virtuais, extinguindo-se, assim, a utilização e o armazenamento de informações físicas. Tornou-se irreversível a informatização dos processos judiciais, e os diversos tribunais do país que compõem a estrutura do Poder Judiciário passaram, gradativamente, a implantar o processo eletrônico para as novas ações judiciais (ALVARES, 2012). Com o processo eletrônico, não é mais possível exercer a advocacia sem o uso da tecnologia, o que alterou de forma significativa a rotina do Poder Judiciário brasileiro e dos escritórios de advocacia.

O estudo tem por objetivo analisar a percepção do uso da tecnologia como prática na rotina de desembargadores, juízes e advogados no contexto de mudança tecnológica da informatização do processo judicial no Brasil. Buscou-se investigar como a mudança tecnológica do Poder Judiciário brasileiro influencia e é influenciada pelo uso da tecnologia como prática; como os profissionais de direito se apropriam de novas tecnologias em suas rotinas; quais os esquemas interpretativos de cada grupo de profissionais de direito e os mecanismos de negociação que influenciaram a adoção de novas tecnologias; quais os comportamentos e as transformações decorrentes da tecnologia na prática em um contexto de mudança tecnológica do sistema judicial brasileiro; e quais desafios os profissionais da área enfrentam em virtude das transformações da incorporação de novas tecnologias em suas rotinas.

Em razão da complexidade do modelo do Poder Judiciário, o estudo foi desenvolvido utilizando-se o Modelo Conceitual Pluralista e Multinível (MCPM), de Pozzebon e Diniz (2012).

O Poder Judiciário brasileiro é de extrema relevância para a preservação da ordem e do desenvolvimento do país. A revisão bibliográfica realizada apresentou uma carência de estudos empíricos da apropriação de novas tecnologias pelo Poder Judiciário brasileiro. Portanto, objetiva-se contribuir com a visualização de diferentes aspectos da adoção de tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente: a verificação da forma de uso e apropriação da tecnologia por agentes do sistema judicial brasileiro, identificando como ocorre a interação entre eles e a tecnologia como prática; a geração de conhecimento como subsídio para o aprimoramento na apropriação de tecnologia no sistema judicial brasileiro; o aumento na exatidão das interpretações em relação à atuação dos agentes do sistema judicial brasileiro ao desenvolverem suas atividades com o uso da tecnologia; e, por fim, o fomento do debate, trazendo diferentes perspectivas sobre o assunto e gerando subsídios para o aprimoramento da apropriação de novas tecnologias pelo sistema judicial brasileiro.

1. Modelo conceitual pluralista e multinível (MCPM)

O processo de adoção de uma tecnologia é único, progressivo e aberto, além de ser influenciado por aspectos sociais. Diversos são os modelos utilizados para a compreensão do processo de adoção de tecnologia, todos com contribuições e limitações. Entre eles, destacam-se a Teoria da Difusão da Inovação (ROGERS, 1995), o Modelo de Aceitação da Tecnologia (DAVIS, 1989), a teoria institucionalista (MEYER e ROWAN, 1977), o modelo estruturacional de tecnologia (ORLIKOWSKI, 1999) e o MCPM (POZZEBON e DINIZ, 2012).

O MCPM foi escolhido pela sua habilidade em suportar, no estudo da tecnologia na prática, interações complexas e diferentes níveis de interpretação, incluindo indivíduos, grupos sociais, organizações, comunidade e sociedade (POZZEBON, DINIZ e JAYO, 2009). Ao escolher o processo eletrônico para estudo, o cenário era de alta complexidade, e os diferentes perfis de usuários apresentavam indícios de terem pressupostos diferentes como motivadores do uso da solução.

O MCPM combina quatro conceitos centrais: tecnologia na prática, mecanismos de negociação, grupos sociais e esquemas interpretativos, os quais são interligados por meio de três diferentes dimensões: o contexto, o processo e o conteúdo (POZZEBON e DINIZ, 2012). Segundo os autores, essa forma de análise permite uma avaliação mais detalhada das ações e percepções dos atores humanos, sem negligenciar o contexto histórico no qual as ações foram tomadas e as percepções foram formadas (WALSHAM e SAHAY, 1999; POZZEBON e DINIZ, 2012).

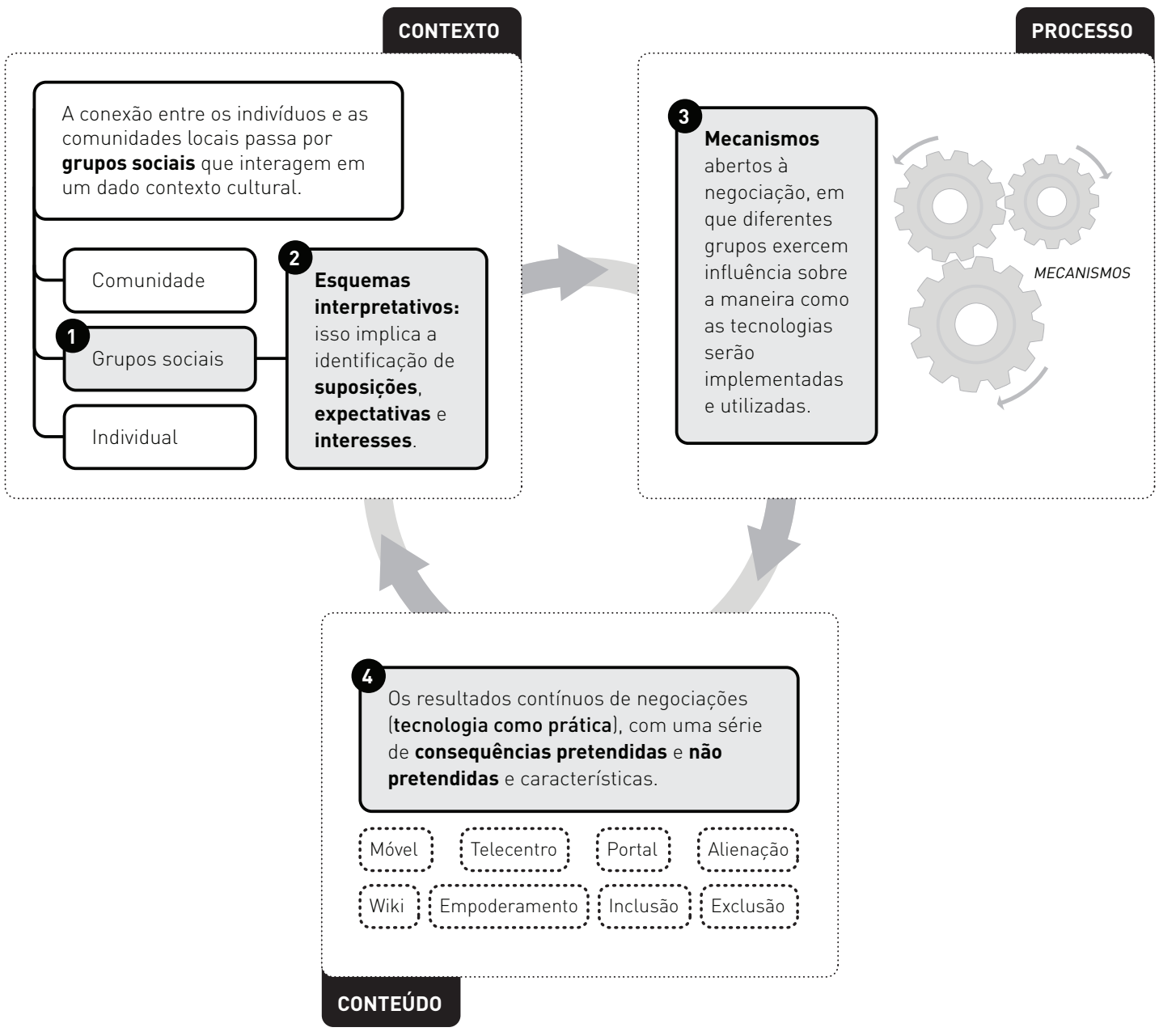
O **contexto** representa o ambiente social no qual se dá a implementação e o uso da tecnologia. Nesse ambiente, os relevantes e diferentes grupos sociais são considerados. O contexto também leva em consideração a percepção e o entendimento da visão tecnológica de cada um desses grupos; é o que chamamos de esquema interpretativo, que possibilita o reconhecimento de percepções, expectativas e interesses comuns e conflitantes entre os grupos sociais

mapeados, permitindo, assim, a identificação de benefícios, forças, problemas e barreiras no uso da tecnologia (POZZEBON e DINIZ, 2012).

Os grupos sociais, por meio do seu entendimento e percepção, exercem e sofrem influência no processo de negociação de implementação e uso de uma nova tecnologia. Isso é chamado de **processo**, e permite a análise de como se dá essa influência no processo de negociação pelos diferentes grupos sociais e seus esquemas interpretativos (POZZEBON e DINIZ, 2012).

Diferentes interesses, perspectivas e condições em que grupos sociais interagem com a tecnologia irão influenciar o processo e os resultados. Nesse cenário, a dimensão **conteúdo** demonstra a tecnologia na prática resultante do processo de negociação, ou seja, com as características da tecnologia e as consequências intencionais e não intencionais (POZZEBON e DINIZ, 2012), conforme mostra a Figura 1.

FIGURA 1 – **MODELO CONCEITUAL PLURALISTA E MULTINÍVEL**



Fonte: Adaptado de Pozzebon e Diniz, 2012.

Além das três dimensões de análise, a infraestrutura proposta é formada também por quatro conceitos principais:

a) **Grupos sociais:** grupos de pessoas que compartilham os mesmos valores e premissas sobre determinado assunto de interesse. Por exemplo: escolaridade, ocupação profissional, estado ou até mesmo classe social (POZZEBON e DINIZ, 2012).

b) **Esquemas interpretativos:** representam os valores, as premissas, os interesses, as suposições e as expectativas que os grupos sociais têm em relação à tecnologia em estudo. Consideram a natureza e a função da tecnologia em si, mas também se referem às condições, aos usos e às consequências do uso da tecnologia, sejam elas intencionais, sejam não intencionais (POZZEBON e DINIZ, 2012).

c) **Mecanismos de negociação:** representam o entendimento de como se dá a influência dos grupos sociais no processo de implementação e uso da tecnologia (POZZEBON e DINIZ, 2012).

d) **Tecnologia como prática:** refere-se às práticas de uso da tecnologia, geradas como consequência de características intencionais e não intencionais do processo de negociação. Também representa uma resposta à improvisação, por meio da redefinição do significado, das propriedades e aplicações da tecnologia (POZZEBON e DINIZ, 2012).

2. Percurso metodológico

O estudo fez uso de uma abordagem qualitativa, exploratória e descritiva. Utilizou para a coleta de dados entrevistas semiestruturadas, observação não participativa e análise documental. As entrevistas serviram como forma primária de obtenção de dados. A observação não participativa foi usada como forma de enriquecer o estudo empírico e de triangular as informações coletadas. A triangulação das informações teve como objetivo aumentar a validade e confiabilidade dos dados. A análise documental foi principalmente empregada para compor a história do processo judicial e descrever a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

As entrevistas foram gravadas, transcritas e posteriormente carregadas no ATLAS.ti, ferramenta para a análise de conteúdo. O critério para tal análise foi a categorização semântica, e as categorias foram definidas inicialmente pelo modelo teórico adotado para análise. Posteriormente, foram criadas subcategorias.

A análise de dados ocorreu em estágios. O primeiro deu-se pela leitura sem compromisso com a codificação, objetivando proximidade com o conteúdo. O segundo estágio foi composto pela codificação propriamente dita, gerando 1.404 referências, as quais foram agrupadas em

103 subcategorias. Finalmente, redes de análise foram criadas para auxiliar a revisão da codificação e suportar a interpretação dos resultados.

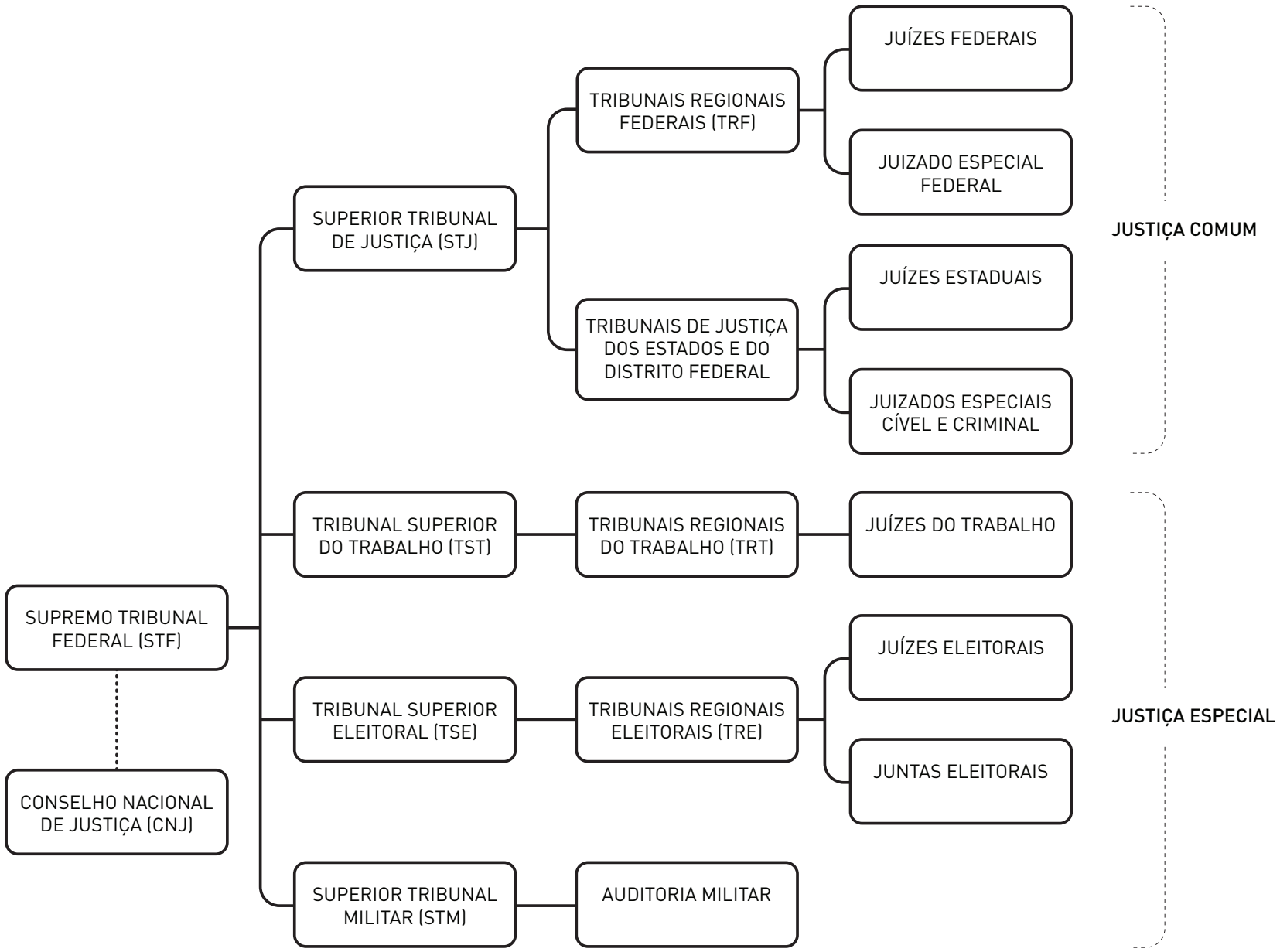
O contexto da pesquisa abrangeu três linhas do direito – justiça estadual, federal e trabalhista. Os entrevistados selecionados para o estudo incluem desembargadores, juízes e advogados. Adicionalmente, entrevistas foram realizadas com profissionais de Tecnologia da Informação (TI) que prestam serviço aos profissionais de direito selecionados, com o objetivo de compreender melhor os esquemas interpretativos e a tecnologia na prática da informatização do processo judicial brasileiro. A coleta de dados foi realizada no período de agosto a setembro de 2013. Foi realizado um total de 1.037 minutos de entrevistas com 30 participantes, além de duas respostas escritas, que foram consideradas parte do processo de coleta de dados.

Entre os participantes, quinze (50%) eram advogados; oito (27%), juízes; três (10%), desembargadores e quatro (13%), consultores de TI para profissionais do direito. A distribuição pelas linhas do direito foi de nove participantes (35%) na justiça estadual, nove (35%) na justiça federal e oito (30%) na justiça do trabalho. Adicionalmente, a categorização dos entrevistados deu-se por idade, tempo de atuação jurídica e tempo de uso de sistemas de informatização de processos judiciais. A idade média dos entrevistados foi de 44 anos, variando entre 28 e 68 anos, com concentração em 40 anos. O tempo de atuação jurídica dos entrevistados variou entre 2 e 45 anos, com média de 19 anos, com concentração em 14 anos de atuação. O tempo médio de uso de sistemas de informatização de processo judicial brasileiro foi de 5 anos, com variação entre 2 e 9 anos, e concentração em 5 anos.

3. Sistema judicial brasileiro

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2007) define o Poder Judiciário como um complexo institucional com uma sofisticada divisão de competências. A complexidade desse ambiente pode ser visualizada na estrutura organizacional da justiça brasileira, definida no artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece o seguinte organograma (Figura 2):

FIGURA 2 – **ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**



Fonte: Elaboração própria.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, e é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. É uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Sua missão é contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade.

Em 2007, a AMB, utilizando dados do Banco Mundial, apresentou um panorama da realidade (Tabela 1), que demonstrou a necessidade de repensar o Poder Judiciário com o uso da tecnologia.

TABELA 1 – **VOLUME DE TRABALHO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

PAÍS	AÇÕES AJUIZADAS (OU SENTENÇAS) POR 100 MIL HABITANTES	JUÍZES POR 100 MIL HABITANTES	AÇÕES AJUIZADAS (OU SENTENÇAS) POR JUIZ
HONDURAS	1.200	8,8	136
VENEZUELA	2.375	6,3	377
EL SALVADOR	2.454	11,8	208
MÉXICO*	2.600	4	650
BRASIL **	7.171	5,3	1.357
ARGENTINA	9.459	10,9	875
COLÔMBIA	3.298	7,7	430
COSTA RICA	21.000	15,9	1.320
INGLATERRA E PAÍS DE GALES***	9.800	11	891
FRANÇA***	6.200	13	477
ITÁLIA***	14.000	20	700
ALEMANHA***	12.600	23	678
EUA, DISTRITO DE COLUMBIA (APENAS CÍVEIS)	20.321	10,21	1.992
EUA, MAINE (APENAS CÍVEIS)	2.821	1,29	2.187

* Apenas Distrito Federal.

** Apenas federais, trabalhistas e estaduais – militares, eleitorais e juizados especiais não incluídos.

*** Os números referem-se a sentenças.

Fonte: AMB, 2007.

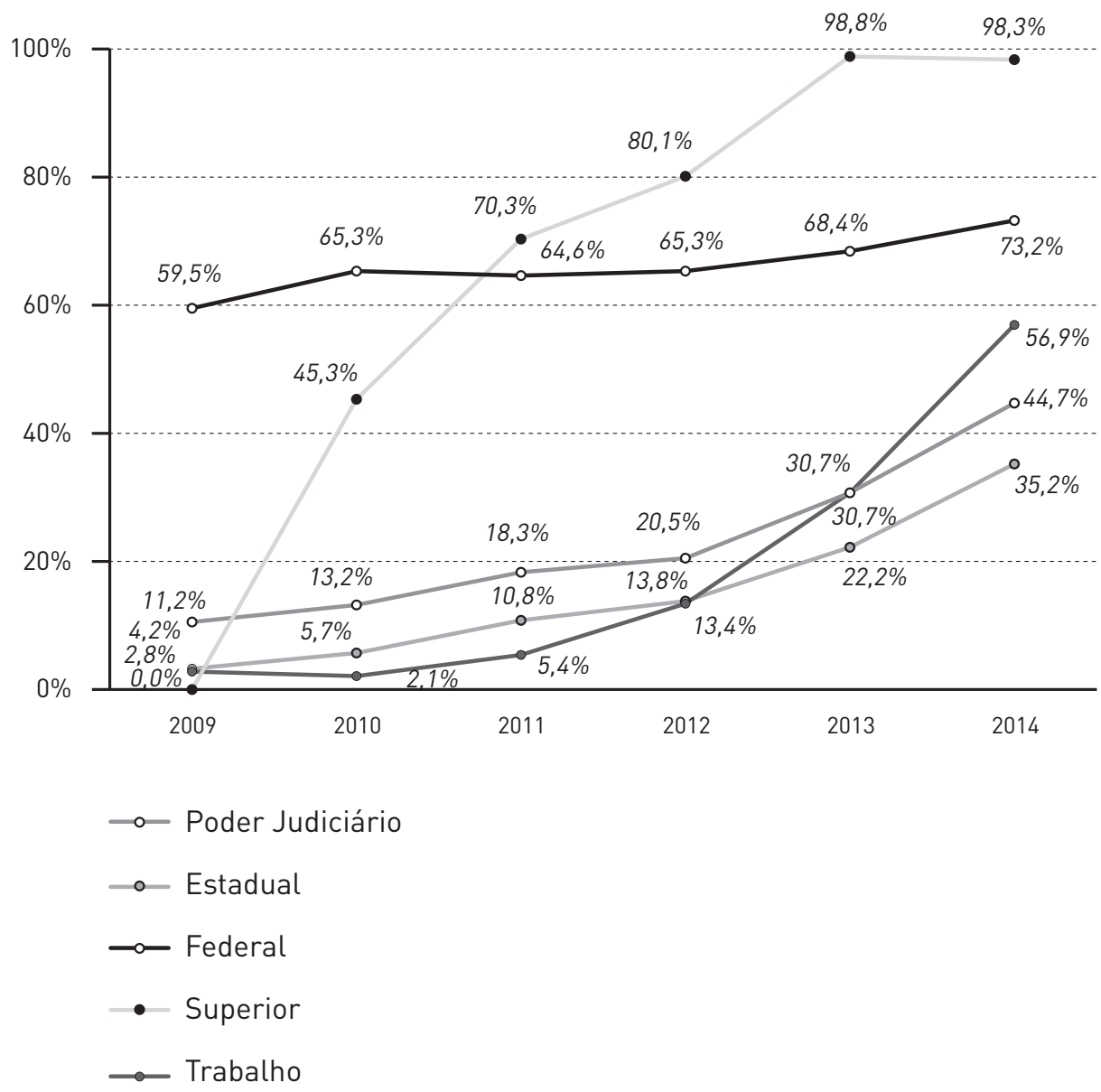
4. Processo judicial eletrônico

O início do estágio de informatização do Poder Judiciário brasileiro se deu por meio da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), em que o uso da tecnologia da informação foi aceito para o desenvolvimento de sistemas de comunicação de atos processuais, permitindo o envio de petições eletrônicas sem a apresentação dos originais físicos, a comunicação eletrônica de atos processuais, a realização de sessões virtuais – ou seja, reuniões de juízes federais por meio de videoconferência – e o desenvolvimento de soluções tecnológicas necessárias para suportar a instrução das causas. Ainda em 2001 foi sancionada uma medida provisória para legalizar a assinatura digital no Brasil e garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos eletrônicos por meio do uso de certificados digitais (SILVA, 2013).

Uma grande mudança no Poder Judiciário brasileiro pelo uso da tecnologia da informação teve início em 2004, quando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região autorizou a implantação do processo eletrônico em substituição aos autos físicos. Em 2006, a Lei n. 11.419/2006 foi sancionada, dispondo sobre a informatização do processo judicial, e a sua a principal alteração foi possibilitar o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais. Dessa maneira, tornou-se irreversível a informatização dos processos judiciais, e os diversos tribunais do país que compõem a estrutura do Poder Judiciário passaram, gradativamente, a implantar o processo eletrônico para as novas ações judiciais (ALVARES, 2012). Porém, a independência administrativa de cada tribunal permitiu a adoção de sistemas próprios para o gerenciamento dos processos eletrônicos, com características e requisitos diferenciados. Em decorrência disso, em 2011, o CNJ, em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), lançou o sistema Processo Judicial eletrônico (PJe), que permite a tramitação e o acompanhamento de processos judiciais. E, em 2013, por meio da Resolução CNJ n. 185, determinou-se que todos os tribunais desenvolvessem um plano e um cronograma de implantação do PJe.

Em 2015, foi emitido pelo CNJ o relatório *Justiça em Números*, referente às informações de 2014, o qual destacou o aumento de produtividade e o avanço da informatização na Justiça do Trabalho, resultante principalmente da ampliação do PJe. Mais da metade das ações (57%) foi ajuizada de maneira eletrônica, e foi reportado um aumento de 24% na quantidade de casos novos ingressados eletronicamente, com destaque para a 13ª Região (TRT13), que já tinha atingido 100% de novos casos eletronicamente. Segundo o Comitê Gestor Nacional do PJe, o sistema já era utilizado por 24 TRTs da Justiça do Trabalho. Para o CNJ, até 2018, todos os tribunais deveriam estar utilizando esse sistema. De acordo com o relatório, "o Brasil caminha a passos largos no cenário mundial como um precursor na virtualização dos processos" (CNJ, 2015, p. 36). Essa afirmação advém do percentual de novos casos ajuizados eletronicamente na justiça brasileira (Gráfico 1), o qual vinha crescendo gradativamente, atingindo um montante de 11,8 milhões de processos novos eletrônicos em 2014, próximo de 45%.

GRÁFICO 1 – **PERCENTUAL DE CASOS NOVOS ELETRÔNICOS NO PODER JUDICIÁRIO**



Fonte: CNJ (2015).

Profissionais do direito, em estudos não empíricos, discorreram sobre o uso da tecnologia no Poder Judiciário brasileiro. Alcantara (2014) comentou a indignação causada pelo impacto da tramitação digital dos processos em uma ciência considerada tão conservadora como a jurídica, podendo isso ocorrer por causa do volume de profissionais de "gerações tecnológicas mais remotas" combinado com a necessidade de uma habilidade adicional relacionada à informática. Abrão (2011) ressaltou as facilidades de acesso ao andamento do processo e a redução do trabalho nos tribunais em razão da diminuição das solicitações de consulta no balcão dos fóruns. Outro ponto de atenção era o horário expandido para o peticionamento, que, com a internet, passou a ser de 24 horas. Lopes, Pires e Silva (2014) argumentavam que, em caso de indisponibilidade do sistema, esperava-se que o prazo fosse automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil após a solução do problema. Mascarenhas Santos (2014) fez reflexões sobre o respeito ao princípio do acesso à justiça. A necessidade

do recurso tecnológico para acesso ao sistema judiciário vai de encontro a esse princípio, por isso há a demanda de que os órgãos do Poder Judiciário mantenham equipamentos à disposição de interessados. Outras reflexões também foram feitas por Soares (2012). O autor comentou que a adoção do processo judicial eletrônico poderia gerar alterações significativas no funcionamento da Justiça brasileira, incluindo processos, atribuições, instalações, carga horária de trabalho, indicadores de desempenho e rotina de trabalho dos profissionais do direito.

Em um ambiente no qual existem processos tramitando exclusivamente em formato digital, a OAB (2014) considerava os resultados ainda incipientes e aquém do que a tecnologia da informação poderia possibilitar. A instituição ressaltava o conceito de informatização adequada, ou seja, a que entende os fins a que se destina, e destacava que o uso de tecnologia não deveria ser um fim em si, mas trazer benefícios aos usuários, nesse caso, maior visibilidade, mais responsabilidade, melhor qualidade das decisões, maior celeridade e redução de custo. A morosidade do sistema judicial foi foco de estudo de Akutsu e Guimaraes (2012) na perspectiva da administração da justiça em face das dimensões da governança judicial mundial. Em um estudo empírico, Sousa e Guimarães (2017) descreveram o processo de adoção do processo judicial eletrônico na perspectiva de juízes e gerentes, cuja primeira estratégia foi dar exemplo de uso; a segunda estratégia foi compartilhar soluções inovadoras consolidadas em outros tribunais, e a terceira foi desenvolver e adotar inovações tecnológicas.

O relatório *Justiça em Números* de 2018 (CNJ, 2018) destacou marca histórica decorrente da crescente informatização da Justiça brasileira. O percentual de ações ingressadas em meio eletrônico foi de 11% em 2009 para 79,7% em 2017, ou seja, somente um a cada cinco processos protocolados foram feitos em papel. Destaque também é registrado à Justiça do Trabalho, com 100% dos processos de 1º grau ingressados eletronicamente, sendo exceção apenas cinco tribunais. O custo com informática, que aumentou de 45% em 2014 para 80% em 2016, permanece estável. A justiça estadual convive com oito sistemas eletrônicos, a saber: SAJ, Themis, Tucujuris, E-proc, SCPV, UDI, Projud e eJud. Também em 2018, a pedido do CNJ, um estudo elaborado pela Fundação Getulio Vargas analisou o processo de implementação do PJe e o impacto gerado na tramitação processual (FALCÃO *et al.*, 2018). A implementação foi considerada traumática pelos entrevistados, e foi identificada resistência à mudança no processo de trabalho. Verificou-se que o uso do PJe trouxe celeridade aos processos, mas não houve impacto imediato relevante nos orçamentos dos tribunais que possa ser atribuído à implementação desse sistema (FALCÃO *et al.*, 2018).

5. Tecnologia na prática

A análise está organizada com base nos quatro conceitos que suportam o modelo utilizado como base de análise: grupo social, esquema interpretativo, mecanismo de negociação e tecnologia na prática.

5.1. Grupo social

Os grupos sociais selecionados para entrevista foram advogados, juízes e desembargadores.

5.2. Esquema interpretativo

Esquemas interpretativos referem-se à visão e às expectativas que os desembargadores, juízes e advogados têm da informatização do processo judicial no Brasil. As visões mostram a maneira como a informatização é entendida pelos entrevistados.

A informatização do processo judicial é vista como uma modernidade na qual processos eletrônicos são responsáveis por processos mais ágeis e com redução do risco de perda do processo físico. A informatização também é entendida como um viés de sustentabilidade.

Os advogados entendem a informatização como forma de modernização do Poder Judiciário, possibilitada pelo uso das novas tecnologias disponíveis. Essa concepção não foi mencionado por juízes ou desembargadores.

> Acho que eles pensaram que o processo eletrônico seria [...] uma modernização da atividade judicante deles. Uma atualização. Como tudo vem atualizando, eles também poderiam querer isso. (Entrevistado P20)

> Existe a cultura de que a informatização traz consigo uma forma de agilidade. A celeridade na prestação jurisdicional foi mencionada por todos os entrevistados, sem distinção quanto ao grupo social a que pertenciam. Essa visão foi bem retratada pelo entrevistado P5: "Imagino que [...] quando a gente não tem papel, as coisas ficam um pouco mais rápidas".

Acredita-se também que o meio eletrônico minimiza o risco da perda do processo, e que a não existência de autos físicos e a migração do trâmite físico dos autos pelo acesso remoto reduzem o volume de processos não localizados:

> [...] percebemos que inclusive vários processos estavam perdidos, perdidos mesmo, alguns no armário, outros sem localização. E começamos a imaginar que a ideia não seria essa de se poder perder processo [...]. (Entrevistado P15)

Existe uma crença de que qualquer forma de informatização implementa um viés de sustentabilidade, ou seja, a informatização elimina o uso do papel no processo eletrônico e gera, consequentemente, um impacto ambiental por meio da preservação do meio ambiente:

> Imagine o volume de processos, o volume de papel, o impacto até ambiental. Porque imagine a quantidade de papel que utilizava nos processos, né? Tudo isso, com o processo eletrônico, minimizou. (Entrevistado P12)

A redução de custos também seria decorrente da diminuição da quantidade de insumos necessários para a condução de um processo judicial.

A melhora do serviço jurisdicional, no sentido amplo de uma prestação de serviço jurisdicional mais eficiente, foi mencionada por 95% dos entrevistados. A eficiência deve ser obtida por meio de uma uniformização de procedimento e por uma melhor gestão do tempo "morto" do processo, tempo em que o processo não está em análise por um profissional do direito. Essa análise é suportada por alguns relatos de entrevistados, conforme apresentado a seguir:

> […] o objetivo era tirar as pessoas da atuação na tramitação do processo e focar no resultado. Então, o processo físico, ele dependia de uma série de atos que não têm influência no resultado e, sim, no transporte, no manuseio, e que não têm relação com a decisão que foi proferida. E o processo eletrônico pula essas etapas. (Entrevistado P21)

> […] possibilitar maior análise de processos, e poder mandar o maior número de situações já resolvidas para o arquivo, e poder focar efetivamente na análise dos que realmente estavam necessitando uma medida jurisdicional. (Entrevistado P15)

> Os autos de um processo eram armazenados por um grande período de tempo, mesmo depois de arquivados, e havia uma dificuldade muito grande em se desfazer deles, tornando-se um problema crítico para o Poder Judiciário brasileiro. A possibilidade de informatizar os processos e eliminar as pilhas de papéis, que já se encontravam distribuídas pelas varas e salas de audiência, tornou-se iminente, alimentando a expectativa de uma melhor utilização do espaço físico.

Como consequência da digitalização e informatização dos processos, nasce a expectativa de maior facilidade no acesso às informações, pois elas passariam a estar disponíveis eletronicamente às partes do processo:

> Acredito que as facilidades que o processo eletrônico proporcionaria, era, sobretudo, de fácil acesso. (Entrevistado P9)

> […] é uma ferramenta que permite o acesso de todas as pessoas diretamente no computador, há possibilidade das consultas serem feitas diretamente via internet. Isso facilita também […]. (Entrevistado P25)

A informatização do processo judicial permitiria a disponibilização de um número maior de informações referentes ao processo, o que daria subsídios para uma melhor gestão e maior controle do andamento dos processos.

> […] tentar mapear, dentro de um processo todo de vida que um processo tinha dentro do tribunal, quanto tempo ele tinha de vida inteligente, ou seja, quanto tempo disso tinha algum bacharel em Direito, um assessor de juiz, […] trabalhando realmente naquele caso. Nisso a automação do processo judicial ajuda e muito. (Entrevistado P22)

5.3. Mecanismos de negociação

Os tribunais são o cenário de representação dos grupos sociais de desembargadores e juízes. Esses grupos tiveram como estímulo a promulgação de leis que incentivaram o uso de soluções tecnológicas para a automação do processo judicial. No primeiro momento, embora as leis fossem utilizadas como forma de incentivo à utilização de sistemas, a negociação deu-se pela visualização pelos magistrados da obtenção de benefícios em relação à celeridade e à prestação de melhor serviço jurisdicional, conforme sumarizado pelo magistrado entrevistado P9: "[…] celeridade, evitando procedimentos burocráticos de cartórios, como juntadas de petição […]" e "[…] viu no processo eletrônico uma forma de buscar mais efetividade na prestação jurisdicional […]". No segundo momento de negociação, a autonomia conferida aos tribunais para decidir sobre a aplicação ou não de soluções tecnológicas serviu de incentivo à utilização de tecnologia conforme a conveniência de cada tribunal. O terceiro momento deu-se por imposição do CNJ de um sistema padrão a ser implementado em todos os tribunais do país, como relatado por alguns entrevistados:

> O presidente do tribunal na época, ele chamou o juiz da capital para uma reunião da presidência e disse "[…] eu vim informar que vai ser implantado, quer vocês gostem, quer vocês não gostem". (Entrevistado P21)

> […] a única coisa que a gente sabe é que o Conselho Nacional de Justiça mandou […]. (Entrevistado P3)

Em relação aos advogados nos escritórios de advocacia, a negociação para utilização dos diversos sistemas de informatização do processo judicial deu-se pela necessidade de continuar atuando no direito. Era obrigatório, pois, a partir do momento que um tribunal implementasse um sistema, novos processos deveriam ser ajuizados nesse ambiente, reforçando a visão de que, para continuarem existindo, os escritórios de advocacia deveriam se adequar à forma de trabalho dos tribunais nos quais atuavam. O entrevistado P3 reportou que "qualquer processo que vá distribuir, entrar com uma ação nova, tem que ser necessariamente pelo processo eletrônico". O entrevistado P12 acrescentou que "na verdade quem implantou foi a justiça né? Nós só, vamos dizer, reagimos à implantação". O entrevistado P24 reforçou que "fomos empurrados pela Justiça". E o entrevistado P9 corroborou com essa interpretação por meio do comentário: "[…] no momento em que o Poder Judiciário começou a trabalhar com o processo virtual a gente tem que se adequar a isso e trabalhar".

Com a mudança do processo físico para o eletrônico, nos escritórios de advocacia surgiram algumas dificuldades, as quais, entendidas de acordo com seus esquemas interpretativos, tornaram-se resistências e, mais tarde, barreiras ao processo. O medo da mudança, o desconhecimento do sistema, a dificuldade de leitura na tela e a existência da cultura do uso do papel surgiram. No entanto, a principal foi o receio da falta de segurança, de maneira que a segurança física se transformara em segurança lógica, e profissionais do direito careciam de esclarecimentos e da garantia de que nada seria perdido.

O mecanismo de negociação identificado complementa o estudo de Sousa e Guimarães (2017) no que diz respeito à adoção de inovações tecnológicas, ao se aprofundar e detalhar a visão por grupo social envolvido, possibilitando entender a influência de cada grupo social no processo de adoção de novas tecnologias, no caso, o processo judicial eletrônico.

5.4. Tecnologia na prática

Tecnologia como prática se refere ao uso da tecnologia como resposta às consequências e características intencionais e não intencionais, e pode surgir da emergência e da improvisação, ou seja, da maneira como as pessoas redefinem o significado, as propriedades e as aplicações de determinada tecnologia. Foram identificados os aspectos positivos e negativos da implementação da informatização do processo judicial percebidos pelos entrevistados. Entre os aspectos positivos destacam-se: produtividade, acesso à informação, maior volume de informações, segurança da informação, celeridade, transparência, redução de custos, preservação do meio ambiente, melhor aproveitamento do espaço físico e eliminação da poluição visual. No rol dos aspectos negativos há: falta de padronização da informação, dificuldade de localização da informação e de visualização da informação, dependência de infraestrutura interna e externa e indisponibilidade.

No que tange à **produtividade**, a tecnologia passa a ter uma função de suporte para algumas atividades antes realizadas de forma manual. Profissionais do direito puderam dedicar-se mais às atividades do processo, possibilitando tratar um volume maior de processos em um mesmo período de tempo. Segundo o entrevistado P22, um aumento de 54% no desempenho dos gabinetes foi identificado entre os 14 gabinetes nos quais foi implementada a automação do processo eletrônico. Corroborando com essa visão, o entrevistado P4 comentou que "ganhou em produtividade também. A gente consegue resolver mais processos num mesmo período de tempo [...]".

Em relação ao **acesso à informação**, pode-se analisá-lo sob três diferentes perspectivas: a facilidade em encontrar a informação, o fácil acesso pela internet e a disponibilidade da informação via internet. A facilidade em encontrar a informação é destacada pelos entrevistados:

> [...] eu pegava uma comarca com dez mil processos, eu não tinha como saber cada decisão que o juiz deu. Agora eu aperto o botão e eu sei exatamente as decisões que ele deu, porque é tudo código. (Entrevistado P6)

> […] se eu quiser encontrar um processo de seis volumes, onde tá a procuração, eu vou ter que ficar aqui na sua frente folheando até achar, e pode ser que eu ache uma e não ache a posterior que revogou a anterior. Se eu digitar 'procuração' no sistema, ele vai procurar todas que tem. (Entrevistado P15)

O fácil acesso pela internet propicia não somente que as informações sejam consultadas, mas também que sejam vistas em qualquer lugar. É possível ver, em qualquer momento, o que foi despachado, mesmo antes da intimação (Entrevistado P12). Com a disponibilidade de informações processuais pela internet, as partes de um processo passaram a ter maior visibilidade do andamento do processo, 24 horas, 7 dias por semana. Advogados reportaram que encontram as informações do processo sempre disponíveis, não sendo mais necessário solicitar carga de autos e aguardar quando ele está com a outra parte, conforme destacado pelo entrevistado P13: "[…] então, a qualquer momento eu posso consultar, posso despachar, posso decidir, posso conhecer outras decisões. Isso é muito mais tranquilo".

Uma das facilidades do uso da tecnologia é a possibilidade de manipular informações de forma massiva, propiciando a geração de um **volume maior de informação**. Diversas novas informações são geradas de maneira automática, com o objetivo de dar mais subsídios para procedimentos de controle, informações gerenciais e estratégicas. De acordo com o entrevistado P1: "[…] a gente tem condições de saber em relação aos processos que estão tramitando ou baixados, uma série de informações […]".

A **segurança da informação** digital em relação à informação em meio físico dá-se pelo simples fato de não existir mais o trâmite processual em papel. Conforme comentado pelo entrevistado P18: "[…] muitas vezes o processo chegava no cartório e se perdia. Porque eram processos físicos, não achavam", ou, até mesmo, "muitas vezes, no processo físico, você ia folhear o processo e faltam duas, três folhas".

Uma das principais expectativas dos entrevistados era a **celeridade**. Ela concretizou-se, segundo comentários de diversos entrevistados, apresentados a seguir:

> […] o que demoraria uns seis meses demora mais ou menos uma semana com o processo eletrônico. (Entrevistado P2)

> […] processos em que a nossa petição foi protocolada num dia e no mesmo dia já foi possível ter algum tipo de decisão pelo juiz, isso seria quase impossível se tratando de processos físicos. (Entrevistado P3)

O entrevistado P8 também comentou que processos que demorariam cinco anos hoje são resolvidos em dois anos, o que foi reafirmado pelo entrevistado P18, que constatou que processos com trâmites de dez a doze anos podem, atualmente, ser concluídos em um ano. Todavia, não se deve ter uma visão míope dos fatos, pois a celeridade processual pode, em

algum momento, comprometer a profundidade de análise realizada nos processos ao explorar os diversos ângulos possíveis da situação antes de uma decisão ou até mesmo de considerar aquele caso único e tratá-lo com as suas particularidades. Esse item foi observado pelo entrevistado P14 ao afirmar que "[...] o papel era mais lento, dava talvez um espaço maior pra reflexão, que o eletrônico não dá".

A **transparência** se dá na disponibilidade das informações para que a atividade jurídica possa ser acompanhada, monitorada e fiscalizada tanto pelas partes quanto pela sociedade. A possibilidade de acesso ao processo judicial a qualquer momento facilita e estimula o acompanhamento e a fiscalização do processo por parte da sociedade. À transparência também está relacionado o fato de o sistema dever ter uma ordem cronológica, ou seja, a possibilidade de se solicitar para "dar um jeitinho" ou retardar um processo deixou de existir.

> É diferente o processo eletrônico na visão do Judiciário, é um monitoramento acirrado em cima de cada julgador e nós temos que compreender isso [...] ele que domina a fila, né. Se ele disser que eles vão julgar primeiro os processos, x, y, z, vai julgar primeiro, nós não temos o que fazer. (Entrevistado P6)

> [...] muitos o utilizam para acompanhar o andamento de processos em que é parte. Aos poucos, os cidadãos poderão perceber que, dentre outros benefícios, o processo eletrônico torna transparente os atos processuais e auxilia na salutar fiscalização da justiça pela sociedade. (Entrevistado P31)

Em relação à **redução de custos**, identificou-se um paradoxo. Embora o custo do papel e de ter uma pessoa para ir e vir das varas com a carga dos processos, adicionado ao custo de diligências para praças nas quais escritórios de advocacia não tenham escritórios físicos, tenha sido significantemente reduzido, essa diminuição é contraposta aos investimentos em tecnologia necessários ao processo eletrônico (entrevistados P9, P16, P18, P22 e P24). Também corrobora esse paradoxo o fato descrito sobre produtividade. Se nos tribunais percebeu-se uma redução de trabalho (ABRÃO, 2011), o inverso ocorreu nos escritórios de advocacia, em que mais advogados são necessários para tratar da mesma carteira de processos, porque, embora o trabalho em cada processo se mantenha o mesmo, o período de tempo em que ele é requerido ficou concentrado.

Em uma visão simplificada, o simples fato de reduzir o volume de papel utilizado em um processo judicial já gera **impacto no meio ambiente**; contudo, expandindo essa visão, a redução da geração de CO_2 decorrente do deslocamento das pessoas às varas ou comarcas do interior, com o objetivo de obter informações ou protocolizar algo, também contribui para uma visão de sustentabilidade do processo (entrevistados P7, P16, P22 e P26).

Uma nova **gestão do espaço** é propiciada por um melhor aproveitamento do espaço físico – a eliminação da necessidade de manter autos físicos armazenados por diversos anos.

Não é raro existirem grandes espaços dedicados ao armazenamento de autos (ou dossiês) processuais em varas e escritórios de advocacia. A duração de um processo, acrescida da quantidade de anos exigidos por lei que um processo deva ser armazenado, fazia com que esses espaços crescessem. A disponibilização de informações do processo pela internet também contribui para a diminuição, nos locais de trabalho do Poder Judiciário, do volume de advogados e partes que se dirigem às varas para solicitar informações sobre o processo. A ida ao fórum concentrou-se no atendimento a audiências.

> […] eu tenho um espaço que é fora do meu escritório pra guardar, por exemplo, as caixas dos processos concluídos. Isso aí está com os dias contados. (Entrevistado P1)

> Eu já trabalhei em varas do interior, Paranavaí, por exemplo, onde metade do prédio era pra arquivamento de processos antigos, né? Então até o espaço pra arquivar hoje em dia não precisa mais né… É tudo eletrônico. (Entrevistado P26)

Com referência ao ambiente de trabalho, não há distinção entre os diferentes grupos sociais. A percepção é de que este mudou significativamente: as pilhas de autos físicos foram eliminadas, deixando o ambiente mais limpo, mais visível. A **poluição visual** desapareceu. Aquela figura de bibliotecas cheias de livros, gabinetes cheios de processos, salas de juízes e escritórios de advocacia cheios de autos não existe mais. O ambiente de trabalho pode diminuir com o tempo.

No que tange à **falta de padronização das informações**, para que estas sejam facilmente localizadas nos autos dos processos eletrônicos, faz-se necessário que sejam adequadamente categorizadas e cadastradas. Há diversas situações que comprovam a falta de consciência na juntada de informações nos processos eletrônicos. Como não há a obrigatoriedade de a petição estar em um único arquivo, alguns advogados, por facilidade ou desconhecimento, geram um arquivo para cada página do documento. Adicionalmente, não há orientação padronizada de classificação das informações carregadas no processo; isso faz com que muitos advogados classifiquem os arquivos por eles carregados na categoria "outros", dificultando a identificação das informações ali contidas.

Incluir diversos documentos e volumes de páginas nem sempre auxilia a classificação e a correta indexação do documento que está sendo inserido nos autos dos processos. Como consequência disso, verificou-se o aumento da **dificuldade de localização da informação** nos autos. Esse aspecto é agravado pelo volume de arquivos cadastrados sem a correta categorização. Essa prática pode ser impulsionada pela falta de treinamento, pelo desconhecimento ou até mesmo pela facilidade em gravar tudo na categoria "outros". O entrevistado P14 destacou que "[…] realmente, no processo eletrônico, quando tem muito documento isso se torna extremamente complexo, muito mais desgastante pra você encontrar um depoimento nos autos". O grande impasse nesse ponto é que a dificuldade de localização

das informações, seja pela dificuldade de realizar o cadastramento corretamente ou de analisar as informações distribuídas nos diversos arquivos dos processos, pode induzir a um possível julgamento incorreto pelo magistrado. Havia situações em que os assessores dos magistrados já identificavam previamente alguns documentos no processo com o objetivo de facilitar a análise e o julgamento pelo magistrado, prática essa não mais possível nos processos eletrônicos.

O impacto da **dificuldade de leitura da informação em meio eletrônico** foi também relatado pelos entrevistados, na forma do cansaço visual provocado pela leitura contínua na tela do computador e na mudança radical no ato de "folhear" o processo. O entrevistado P7 acrescenta que "[...] corre o risco do juiz não examinar toda a prova pelo próprio cansaço de abrir e fechar esses arquivos todos".

A migração de todo o trabalho para os meios eletrônicos cria uma **dependência** de infraestruturas interna e externa, com a exigência de energia elétrica, internet e disponibilidade de equipamentos de TI que antes não existia. Na fala dos entrevistados:

> [...] eu acho que essa dependência da energia elétrica e do sistema estar em pleno funcionamento é um ponto negativo, o que o papel não tem. (Entrevistado P23)

> [...] é essa sensação de ficar refém. [...] faltou luz, tu não tem como trabalhar. (Entrevistado P26)

A indisponibilidade de alguns sistemas de processo eletrônico, que provoca a postergação de prazos de processos, é um dos fatores introduzidos no contexto depois da informatização. Ela se assemelha ao interrompimento do atendimento ao público pelo tribunal durante seu período de expediente (LOPES, PIRES e SILVA, 2014). Nessas situações, faz-se necessária uma avaliação da origem do problema para então aprovar, ou não, a postergação de prazo aos advogados para cumprimento das intimações. O maior estresse deve-se à demora em comunicar a postergação de prazo por parte do Poder Judiciário.

Partindo do pressuposto de que a tecnologia como prática é resultado da ação que ela exerce nos seus usuários e na ação que ela recebe deles, foram identificados os efeitos não planejados, mas que se materializaram quando da informatização do processo judicial no Brasil.

A **migração das atividades administrativas do processo judicial** para os advogados foi um desses aspectos. Diversas atividades administrativas que antes não eram realizadas, até por não serem de responsabilidade dos escritórios de advocacia, passaram a ser atribuídas a esses profissionais. A montagem de todo o processo e as diversas atividades cartorárias passaram a ser responsabilidade dos advogados. São eles que iniciam um processo no sistema, que escolhem o assunto a que o processo se refere e que será utilizado para direcionamento a uma vara ou outra, que cadastram as partes e que distribuem o processo. A juntada de uma petição, que antes se limitava à entrega de um documento na vara, a sua

conversão para PDF e a própria carga da petição no processo judicial também passaram a ser incumbência dos advogados. Equipes de suporte foram montadas nos escritórios com o objetivo de absorver essas novas atividades administrativas, que se tornaram rotina nos escritórios de advocacia. Além disso, passaram a ter responsabilidade sobre dar suporte de TI, auxiliar na instalação e customização de *softwares* e dimensionar e monitorar os *links* de comunicação com a internet.

Alguns sistemas requerem o uso de certificação digital, porém, alguns advogados, com o objetivo de não executarem atividades administrativas, **compartilham sua senha** com outro profissional, para que este realize tais atividades, incluindo baixa de arquivos de processos, juntada de documentos, entre outros. Tal situação foi bem reportada pelo entrevistado P31:

> Atividades, como o cadastramento das partes no sistema e a juntada de documentos, passaram a ser responsabilidade do advogado. Essa nova realidade tem acarretado com que muitos advogados forneçam sua senha de acesso ao processo para que estagiários possam executar esse serviço, com flagrante risco à segurança.

A insegurança no uso de meios eletrônicos como única forma de armazenamento de informações judiciais levou diversos advogados a **armazenarem cópia física** de suas petições protocoladas em processos de sua responsabilidade.

> […] a ideia de protocolizar digitalmente e imprimir a cópia protocolada, para que a gente guardasse aqui, caso o sistema desse algum problema. E só depois de mais ou menos 2 anos, é que esse medo, quando foi visto que o sistema efetivamente funciona, é que a gente deixou esse medo de lado. (Entrevistado P18)

Com receio de que alguma informação importante, inserida em um dos inúmeros arquivos anexados ao processo, passasse despercebida pelo juiz, alguns advogados começaram a **imprimir parte dos autos do processo**, a ressaltar o que consideravam relevante e a entregar esse impresso para os juízes. Essa desconfiança parte do entendimento de que não é possível sublinhar ou mesmo ressaltar partes do processo eletrônico. Além disso, não se tem a possibilidade de colar *post-it* em páginas do processo cuja informação seja relevante para o leitor, com o objetivo de facilitar a leitura.

A **utilização de robôs para captura de informações** de movimentação processual (como despachos, atas de audiência, sentenças e acórdãos), em sistemas do processo judicial eletrônico, já é uma realidade em alguns escritórios de advocacia no país. É interessante ressaltar que, para que os robôs se conectem aos sistemas de processo eletrônico, é necessário que eles façam o acesso com dados válidos para o sistema. Em geral, são os dados de um dos sócios dos escritórios que são disponibilizados para uso dos robôs.

Embora requerido por lei, há situações em que as **atas das audiências não são mais assinadas** pelos advogados, como identificado na Justiça do Trabalho. A elaboração dá-se durante a audiência, e ela está disponível, nesse período, para acompanhamento e correção pelo juiz e pelos advogados das partes. Ao final da audiência, com a ata já revisada pelos advogados, somente o juiz a assina. Conforme comentado pelo entrevistado P14: "Não se assina mais a ata, não se imprime mais, não se assina mais, isso dá uma agilidade de tempo. Ao mesmo tempo têm que prestar mais atenção, né?".

Com a redução do atendimento a pessoas para obtenção de informações ou mesmo para a protocolização de petições, os profissionais puderam **dedicar mais tempo aos processos judiciais**. De igual maneira, a mobilidade propiciada pela possibilidade de atuar estando fisicamente em outro lugar, a opção de fazer sustentação oral a partir de outra cidade e de não ser necessário ir ao cartório, fórum ou tribunal para consultar o andamento do processo e protocolizar petições possibilitaram que maior tempo fosse dedicado às atividades jurídicas relacionadas aos processos.

A **rotina de trabalho dos advogados passou a ser ditada de forma não intencional pelo sistema**, pois a publicação de uma decisão no *Diário Oficial* poderia demorar meses, mas, com a informatização do processo judicial, ela é imediata, com o prazo de intimação iniciando-se em até dez dias, período máximo que o sistema aguarda a visualização pelos advogados das partes. Se no prazo de dez dias o advogado não abrir a publicação da intimação, ela é automaticamente aberta pelo sistema, e o prazo de cumprimento inicia-se. Outro fator que impactou a rotina de trabalho dos advogados foi o horário limite para o protocolo de petições, que variava entre 17h e 18h, com o encerramento do atendimento ao público nas varas, sendo, no processo eletrônico, postergado para 23h59, ou seja, período no qual o sistema fica disponível para operação. Adicionalmente, há o problema da data do peticionamento: no processo físico, a presença na secretaria da vara para aguardar o atendimento, mesmo depois do horário de fechamento ao público, garantia a aceitação da petição, pois se considerava a hora de entrada na secretaria para a entrega da petição; com a implementação do processo eletrônico, esse conceito foi alterado, assumindo como data e hora do peticionamento o término da transmissão do arquivo, e não o início da sua transmissão.

> O fato de não haver uma publicação num diário oficial faz com que o advogado seja intimado, ele se intime ou ele seja intimado automaticamente dez dias depois do que a intimação aconteceu, ou seja, que o juiz deu o despacho. Isso causa realmente uma questão de organização interna muito grave. (Entrevistado P6)

O fato de os sistemas terem sido desenvolvidos com a visão dos tribunais, e não dos escritórios de advocacia, fez com que houvesse uma **replicação das informações do sistema judicial brasileiro para os sistemas dos escritórios de advocacia**. Não são todos os sistemas que disponibilizam funcionalidades requeridas em um escritório de advocacia, como

delegação para outro advogado, existência de perfil de acesso para atividades administrativas, registro de anotações do advogado, entre outros.

> Eu sempre alimento três sistemas ao mesmo tempo. Eu alimento o sistema do Poder Judiciário, uma cópia desse sistema vem para o meu sistema, e a cópia do meu sistema para o sistema dessa empresa para quem eu trabalho para notificá-los que eu fiz. (Entrevistado P18)

A **utilização de sistemas de gestão nos escritórios e tribunais** passou a ser necessária, pois a gestão de um processo físico é diferente da de um processo eletrônico, e, portanto, controles devem ser diferenciados. Uma série de controles que o papel desempenhava deixou de existir com a migração para o ambiente eletrônico: escaninhos que indicavam processos em análise; pilhas de processos que, dependendo do lugar onde se encontravam, representavam a urgência de uma ação por parte do profissional do direito; as pilhas de papéis nos ambientes de trabalho que indicavam o volume de trabalho pendente com aquele profissional, entre outros exemplos. O entrevistado P13 reforçou o assunto: "Então o papel serve não só para conter informações do processo, mas ele também dita o ritmo das atividades. Quando você tira o papel, você substitui isso por um modelo que gerencia o trabalho [...]".

A **utilização de dois monitores de vídeo** também foi uma medida adotada na prática por quase todos os profissionais. Enquanto o processo físico permitia folhear os autos, marcar as páginas, ressaltar itens relevantes, em paralelo à elaboração da peça pelo advogado, no meio eletrônico é muito difícil consultar *on-line* o processo e desenvolver a peça utilizando de maneira constante o ALT+TAB. Esse problema foi minimizado com o uso de dois monitores de vídeo, um dedicado ao manuseio do processo no sistema eletrônico; e o outro, à elaboração da petição pelo profissional.

O **vácuo criativo** decorrente da facilidade de acesso às informações e de utilizá-las por meio do "copiar e colar" propicia não somente a elaboração de petições extensas e, por vezes, genéricas, como também inibe a capacidade criativa. Há situações em que se emprega texto padrão ou modelo de contestação que, por ser padronizado, incorpora posicionamentos para diversas situações, mesmo que não tratadas no processo no qual o modelo está sendo utilizado.

> O uso do "copiar e colar" também ocasionou uma inibição nas manifestações criativas, uma vez que se tornou comum o aproveitamento de textos de outros advogados, sem a necessidade de criação própria. Não é raro encontrar petições de diferentes escritórios de advocacia sobre determinado assunto com o mesmo conteúdo textual, apenas com a alteração das partes no processo. (Entrevistado P31)

A paginação, um requisito também requerido pela legislação, mas implementado diferentemente no processo eletrônico, alterou a **forma como se referenciam dados do processo**,

pois, enquanto no papel se referenciavam conteúdos e indicava-se a folha do processo em que eles se encontravam, no processo eletrônico a forma de referenciar uma informação teve que ser revista, sendo necessário referenciar páginas de arquivos anexados – exemplo: página 10 do arquivo "outros10". Adicionalmente, todo o processo físico era numerado por folha, e, ao ser convertido para processo eletrônico, a numeração passou a ser realizada por página, invalidando as referências já existentes no processo. Nesse caso, a citação está em uma folha que difere da página do arquivo anexado ao processo, devendo a referência ser "folha X dos autos originais ou página Y do arquivo eletrônico Z".

A habilidade para o **exame de documentos digitais** é uma necessidade que surgiu com a implementação do processo judicial eletrônico. A capacidade e a agilidade no reconhecimento de possíveis fraudes em documentos eletrônicos são aptidões a serem desenvolvidas pelos profissionais do direito que não eram necessárias nos processos físicos. O meio eletrônico é novo no ambiente jurídico, e faz-se necessário que os profissionais adquiram conhecimento, a fim de reconhecerem fraudes em documentos eletrônicos anexados aos processos.

Foi identificado nas entrevistas que a informatização do processo judicial poderia, eventualmente, causar dano à sociedade, pois alguns advogados poderiam deixar de levar ao Judiciário os direitos de seus clientes pelo simples fato de não saberem usar o processo eletrônico. Porém, esse dano na verdade inexiste, porque, como o advogado necessita de uma solução para o problema de seu cliente, a saída é **procurar a conciliação entre as partes**, o que vai ao encontro da atual política de pacificação de conflitos.

> O que aconteceu foi o seguinte: foi adotado o processo eletrônico em uma determinada vara que cuidava de acidente de trabalho. E esse escritório de advocacia trabalha defendendo as empresas. E ele me chamou em uma reunião uma hora e disse: "olha, eu estou apavorado porque eu tenho tentado fazer acordo com advogado de reclamante pra não ter que usar o processo eletrônico". (Entrevistado P6)

O processo eletrônico requereu a **migração da fidúcia** do cartório para o advogado, pois este passou a ser o responsável pela guarda do original que está anexado aos processos eletrônicos. Somado a isso, o processo em papel tinha como padrão provar a autenticidade dos documentos apresentados por meio da autenticação por tabelião. Com a implementação do processo eletrônico, parte-se do pressuposto de que todos os documentos eletrônicos anexados aos processos são verdadeiros, exceto se impugnados pela parte contrária, quando então será preciso demonstrar sua autenticidade.

O estudo confirmou a visão de Alcantara (2014) em relação ao impacto da tramitação digital em uma ciência conservadora, evidenciando-se a necessidade de novas capacidades relacionadas à informática a todos os grupos sociais envolvidos no processo. Os achados de tecnologia na prática também corroboram a visão de Sousa e Guimarães (2017) no que tange

à existência de aspectos positivos e negativos, expandindo e aprofundando a análise dos diferentes grupos sociais envolvidos diretamente no uso da nova solução tecnológica.

As reflexões de Mascarenhas Santos (2014) sobre o respeito ao princípio do acesso à justiça também estão entre as práticas do uso de tecnologia, porém não se materializaram na forma esperada de disponibilização de equipamentos aos interessados, mas em uma maior disponibilização de informações aos profissionais do direito.

Conclusão

O objetivo do trabalho foi analisar a percepção do uso da tecnologia como prática na rotina de desembargadores, juízes e advogados no contexto de mudança tecnológica da informatização do processo judicial no Brasil. Para Abrão (2011), o processo eletrônico gera, no Poder Judiciário brasileiro, uma nova mentalidade, desafiando os profissionais do direito a atuarem em um contexto totalmente interconectado com a tecnologia.

Na análise do esquema interpretativo, a celeridade e a melhora do serviço jurisdicional ressaltaram em relação aos demais quesitos, por fazerem parte do esquema interpretativo da grande maioria dos entrevistados. Contudo, modernidade, viés de sustentabilidade, facilidade no acesso, disponibilização de uma quantidade maior de informações referentes ao processo e redução de riscos e custos também foram identificados. Entre os impactos percebidos pelos participantes listam-se a falta de padronização, a dificuldade de localização e visualização das informações, a dependência de infraestrutura interna e externa e a indisponibilidade do sistema, o que ocasiona indisponibilidade do serviço, expandindo o estudo de Falcão *et al.* (2018).

Diversos aspectos influenciaram as novas práticas na rotina de profissionais de direito depois da implementação do processo judicial eletrônico. Entre os elementos positivos, foram identificados o aumento de produtividade por poder se dedicar mais às atividades do direito, o acesso à informação, o maior volume de informações, a segurança da informação, a celeridade, a transparência, a redução de custos, a preservação do meio ambiente, o melhor aproveitamento do espaço físico e a eliminação da poluição visual. Entre os aspectos negativos, há a falta de padronização das informações, a dificuldade de localização e visualização das informações, a dependência de infraestrutura interna e externa e a indisponibilidade do sistema gerando indisponibilidade do serviço.

Algumas práticas identificadas estão diretamente relacionadas à expectativa de celeridade do processo jurisdicional, enquanto outras se referem à melhora na eficiência do serviço jurisdicional prestado. A forma de trabalho sofreu alterações em razão da migração de atividades administrativas para escritórios de advocacia, do compartilhamento de senha entre profissionais, da permanência do armazenamento e da impressão de autos do processo, da ausência e assinatura em atas de audiências, do maior tempo dedicado aos processos pelos profissionais de direito, da possibilidade de existência de um vácuo criativo, da motivação pela busca de

conciliação entre as partes de um processo, da migração da fidúcia de documentos, da necessidade de aquisição de novos conhecimentos que possibilitem examinar documentos digitais e da forma como se referenciam dados em um processo. O sistema também acabou, de modo não intencional, por ditar a rotina de trabalho dos advogados em virtude dos controles implementados nos sistemas.

O uso de tecnologia também ficou mais intenso com a utilização de robôs para captura de informações, com processos de replicação de informações entre sistema judicial e dos escritórios de advocacia, com a quase obrigatoriedade de utilização de sistemas automatizados de gestão em escritórios e tribunais e, também, com o uso de dois monitores de vídeo a fim de visualizar o processo e desenvolver a peça com um único computador.

As novas práticas levantam pontos de reflexão, como o risco gerado pela agilidade, com a possibilidade de comprometimento da qualidade das decisões, decorrente da falta de maturidade no assunto antes do posicionamento, seja do advogado, seja do magistrado; a necessidade de desenvolvimento de habilidades e conhecimentos relacionados ao exame de documentos digitais, que pode comprometer a qualidade das decisões dos magistrados; a falta de conhecimento do sistema, conjugada com a obrigatoriedade da utilização do processo judicial eletrônico, que pode fazer com que alguns advogados deixem de levar ao Judiciário os direitos de seus clientes, buscando a solução do litígio pela conciliação entre as partes (a melhor forma de pacificação de conflitos, na visão atual dos profissionais do direito); e um eventual prejuízo à sociedade, decorrente da utilização de textos-padrão ou modelos de contestação, sem respeito ou análise das características individuais de cada processo. Contudo, isso pode ser contraposto pelo benefício da celeridade na prestação jurisdicional, o que vai ao encontro da máxima de que "a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta", de Rui Barbosa, em discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo em 1920.

O trabalho evidencia a necessidade de padronização do processo judicial eletrônico, mas não necessariamente por meio do desenvolvimento de sistema único. A complexidade da matéria e os valores já investidos nos diversos sistemas existentes suportam a criação de uma interface padrão de uso, que, sem perda do conhecimento e do investimento, poderia ser avaliada a fim de possibilitar aos escritórios de advocacia desenvolverem o processo judicial eletrônico, sob responsabilidade do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos H. *Processo eletrônico*: processo digital. São Paulo: Atlas, 2011.

AKUTSU, Luiz; GUIMARAES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 183-202, 2012.

ALCANTARA, Silvano A. *Juizados especiais, processo do conhecimento e processo eletrônico*. Curitiba: Intersaberes, 2014.

ALVARES, Nathalia O. *A informatização do processo judicial e o acesso à justiça*. Brasília, 2012. Monografia – Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, UniCEUB, 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *Judiciário brasileiro em perspectiva*: análise da Associação dos Magistrados Brasileiros baseada em relatórios do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Banco Mundial. 2007. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Judiciario_brasileiro_em_perspectiva.pdf. Acesso em: 05 abr. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2015*: Ano-base 2014. Brasília (DF): CNJ, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf. Acesso em: 11 fev. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2018*. Brasília (DF): CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em: 03 jan. 2019.

DAVIS, Fred D. Perceived Usefulness, Perceived Ease of Use, and User Acceptance of Information Technology. *MIS Quartely*, v. 13, n. 3, p. 319-340, 1989.

FALCÃO, Joaquim *et al. Políticas públicas do Poder Judiciário*: uma análise quantitativa e qualitativa do impacto da implantação do processo judicial eletrônico (PJe) na produtividade dos tribunais. 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22051/Pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 18 jan. 2019.

LOPES, Hálisson R.; PIRES, Gustavo A. de C.; SILVA, Cristiane A. S. *A informatização do processo eletrônico*. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14114. Acesso em: 22 jan. 2019.

MASCARENHAS SANTOS, Leilson. *Processo eletrônico e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2, p. 340-363, set. 1977.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). *Processo judicial eletrônico*. 1. ed. Brasília, 2014.

ORLIKOWSKI, Wanda. J. *Technologies-in-Practice*: An Enacted Lens for Studying Technology in Organizations. Massachusetts: Institute of Technology (MIT), Sloan School of Management, 1999.

POZZEBON, Marlei; DINIZ, Eduardo. Theorizing ICT and Society in the Brazilian Context: A Multilevel, Pluralistic and Remixable Framework. *BAR-Brazilian Administration Review*, v. 9, n. 3, p. 287-307, 2012.

POZZEBON, Marlei; DINIZ, Eduardo; JAYO, Martin. Chapter II: Adapting the Structurationist View of Technology for Studies at the Community/Societal Levels. *In*: DWIVEDI, Yogesh K. *et al*. (ed.). *Handbook of Research on Contemporary Theoretical Models in Information Systems*. Hershey, PA: IGI Global, 2009. p. 18-33.

ROGERS, Everett M. *Diffusion of Innovations*. 4. ed. New York: Free Press, 1995.

SILVA, Samuelson W. A. *Processo eletrônico*: o impacto da Lei n. 11.419/2006 na mitigação da morosidade processual na prestação jurisdicional brasileira. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/15112/processo-eletronic. Acesso em: 05 abr. 2013.

SOARES, Tainy A. *Processo judicial eletrônico e sua implantação no Poder Judiciário brasileiro*. 2012. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/22247. Acesso em: 22 jan. 2019.

SOUSA, Marcos de Moraes; GUIMARAES, Tomás de Aquino. The Adoption of Innovations in Brazilian Labour Courts from the Perspective of Judges and Court Managers. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 52, n. 1, p. 103-113, 2017.

WALSHAM, Geoff; SAHAY, Sundeep. GIS for District-Level Administration in India: Problems and Opportunities. *MIS Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 39-56, 1999.

Como citar este artigo:

HINO, Marcia Cassitas; CUNHA, Maria Alexandra. Adoção de tecnologias na perspectiva de profissionais de direito. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1952. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201952.

Marcia Cassitas Hino

Doutora em Administração pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Mestre em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). MBA em Marketing pela FGV. Especialista em Administração, em Finanças, em Engenharia da Informação e em Didática do Ensino Superior. Professora da FGV Management e pós-doutoranda na Universidade Positivo.

marciahino@uol.com.br

Maria Alexandra Cunha

Doutora em Administração pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Administração pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP). Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Administração e Administração Pública da FGV EAESP.

mariaalexandra@gmail.com

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 29.01.2019
Aprovado: 23.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201953

Un hito jurídico sobre Internet de las Cosas: la Ley de California n° 327 del año 2018 vigente a partir del 1 enero del 2020

A LEGAL MILESTONE ON THE INTERNET OF THINGS: THE CALIFORNIA'S LAW N° 357, 2018, WITH EFFECT FROM JANUARY 1ST 2020

UM MARCO LEGAL NA INTERNET DAS COISAS: A LEI DA CALIFÓRNIA N° 357, DE 2018, VIGENTE A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 2020

Adriana Margarita Porcelli[1]

Resumen
El objetivo de este artículo consiste en definir el ecosistema denominado Internet de las Cosas y analizar la Ley de California n° 327 *Information privacy: connected devices*, publicada el 28 de septiembre de 2018 y agregada a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil californiano, bajo el título Title 1.81.26. Security of Connected Devices, y que entró vigencia recién el 1 de enero de 2020. A tales efectos, comprende dos partes: la primera delimita el marco conceptual-tecnológico y la segunda examina los diferentes principios adoptados en la Ley n° 327 *Information privacy: connected devices*, y a la vez presenta sus más duras críticas, así como los argumentos en su defensa. Además, realiza un análisis comparativo de dicha legislación con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en Internet de las Cosas". Finalmente concluye que existe un acuerdo en la comunidad técnico-científica sobre que esta ley sienta un punto de inflexión en la protección de los consumidores de los dispositivos conectados y que reaviva el debate legislativo.

Palabras claves
Internet de las Cosas; legislación; California; privacidad; ciberseguridad.

Abstract
The present article consists of defining the ecosystem called Internet of Things and California Law No. 327 Information privacy: connected devices, *published on 28th September 2018 and added to California Civil Code, Section 1, Part 4, Division 3, under the title Title 1.81.26. Security of Connected Devices, with effect only since January 1st 2020. To stories effects, comprises two parts: the first defines the conceptual-technological framework and the second examines the different principles adopted in Law No. 327* Information privacy: connected devices, *and, at the same time, presents its harshest criticism as well as arguments in its defense. It also carries out a comparative analysis of this legislation with the opinion of the European Economic and Social Committee on Trust, Privacy and Security of Consumers and Businesses in the Internet of Things. Finally, it's concluded that there is an agreement in the technical-scientific community that this law is a turning point in the protection of consumers of connected devices and that it revives the legal debate.*

Keywords
Internet of things; legislation; California; privacy; cybersecurity.

1 Universidad Nacional de Luján, Departamento de Ciencias Sociales, Luján, Buenos Aires, Argentina
https://orcid.org/0000-0002-5192-5893

CC BY-NC

Resumo
*O objetivo deste artigo é definir o ecossistema denominado Internet das Coisas e analisar a Lei n. 327 da Califórnia (*Information privacy: connected devices*), publicada em 28 de setembro de 2018 e adicionada à Seção 1, Parte 4 da Divisão 3 do Código Civil californiano, sob o título* Title 1.81.26. Security of Connected Devices, *entrando em vigência recentemente, em 1º de janeiro de 2020. Para tanto, está dividido em duas partes: a primeira delimita o arcabouço conceitual-tecnológico, e a segunda examina os diferentes princípios adotados na Lei n. 327 da Califórnia, ao mesmo tempo em que apresenta suas críticas mais severas e argumentos em sua defesa. É realizada também uma análise comparativa dessa legislação com o parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre Confiança, Privacidade e Segurança dos Consumidores e das Empresas na Internet das Coisas. Por fim, conclui-se que existe um consenso na comunidade técnico-científica de que essa lei é um ponto de virada na proteção dos consumidores de dispositivos conectados e que ela revive o debate jurídico.*

Keywords
Internet das Coisas; legislação; Califórnia; privacidade; segurança cibernética.

Introducción

Los economistas afirman que la humanidad se encuentra en el preludio de la Cuarta Revolución Industrial, llamada también Industria 4.0 (término utilizado por primera vez en la Feria de Hanover, Alemania, en el año 2011), continuadora de los otros tres procesos históricos transformadores: la Primera Revolución Industrial (entre 1760 y 1830) marcó la transición de la producción manual a la mecanizada; la Segunda, alrededor de 1850, introdujo la electricidad y permitió la manufactura en masa; y la Tercera, a mediados del siglo XX, denominada la Revolución Digital, basada en el uso de tecnologías de información para automatizar aún más la producción. Esta Cuarta Revolución Industrial no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí mismas, sino por la completa digitalización de las cadenas de valor a través de la integración de tecnologías de procesamiento de datos, software inteligente y sensores. Recurriendo a Internet, a los sistemas ciberfísicos y a las redes virtuales con posibilidades de controlar objetos materiales, se pueden ir modernizando las plantas fabriles hasta transformarlas en fábricas inteligentes (PERASSO, 2016).

El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen de iniciativa emitido el 31 de mayo de 2017 sobre la "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", señala que en la Cuarta Revolución Industrial, marcada por la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas, Internet de las Cosas es el ámbito predilecto de aplicación de las

formas más avanzadas de inteligencia artificial y se pone a prueba el principio según el cual los seres humanos tienen en todo momento control (CESE, 2017, p. C 288/1). No se trata que las máquinas reemplacen a los trabajadores, sino se promueve el desarrollo de programas de inteligencia artificial y robotización "inclusivos" de manera que los trabajadores sigan ocupando un lugar central en el proceso y participen en su mejora. Se espera que se desarrolle y realice un entorno en el que los humanos y los robots y/o la inteligencia artificial coexistan y trabajen para mejorar la calidad de vida al ofrecer servicios personalizados y diferenciados que puedan satisfacer las diversas necesidades de los usuarios. Asimismo destaca que no es éticamente aceptable que un ser humano sea considerado un mero ejecutor de la máquina, sino que se espera que la educación capacite a los trabajadores a la realización de tareas más creativas y que se delegue en las máquinas las que son monótonas y repetitivas.

Dicho en forma más simple, se trata de una producción industrial en la que todos los productos y máquinas están interconectados entre sí digitalmente. Las nuevas tecnologías y enfoques están fusionando los mundos físico, digital y biológico de manera que transformarán a la humanidad en su esencia misma.

En ello radica lo novedoso de esta nueva revolución, que a diferencia de las anteriores que se desarrollaron exclusivamente en el mundo físico, la actual conecta ese ámbito físico con el espacio digital, utilizando como medio de comunicación Internet (Internet de las Cosas, IOT, siglas en inglés de *Internet of Things*) y como mensaje los propios metadatos o datos.

La digitalización está permeando la economía con tal intensidad que se dice que los datos son el nuevo petróleo,[1] o que quien maneje los datos hoy maneja el mundo. Las empresas que gozan de mayor cotización en el mundo son empresas que ofrecen servicios gratuitos, por ejemplo, Google, Facebook, Twitter, pero nada en la Web es del todo anónimo ni gratuito. Al parecer los consumidores no evidencian el real poder de los datos ya que están dispuestos a entregarlos para recibir un servicio en línea, así como tampoco por parte de muchas empresas que no gestionan eficientemente la información que poseen. A lo complejo del tema debe agregarse la necesidad de coordinación internacional al tratarse de asuntos que trascienden las fronteras nacionales. En 2017 cerca de 4 billones de personas –más de la mitad de la población mundial– utilizaban Internet y un 56 por ciento lo hacían con suscripciones a servicios móviles. Por otra parte, el 61 por ciento de dichas suscripciones operaban sobre redes 3G o 4G y durante el 2017 se descargaron 175.000 millones de aplicaciones y se usaban activamente alrededor de 40 en cada teléfono inteligente. A principios de 2018 se registraban más de 5.000 millones

1 Según "The world's most valuable resource is no longer oil, but data". **The Economist**. 6 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data. Acceso en: 05/01/2020.

de usuarios únicos de telefonía móvil, de los cuales 57 por ciento utilizaban teléfonos inteligentes. En enero de 2018 más de 3 billones de personas –el 42 por ciento de la población mundial– usaban mensualmente las redes sociales. Entre las nuevas tecnologías que están impulsando la digitalización, la Internet de las Cosas es una de las que se prevé tendrá mayor impacto, tanto en el desarrollo de bienes y servicios para los consumidores como para usos productivos (CEPAL, 2018, p. 19-20).

Según estimaciones realizadas por la consultora Gartner, en 2020, el número de objetos conectados a Internet será de más de 26 billones (excluyendo PCs, *tablets* y *smartphones*), e la Internet de las Cosas aportará por sí misma un valor de 1,9 billón de euros a la economía mundial, lo que demostra la gran importancia estratégica que representará la economía digital en los próximos años (GARTNER, 2013).

En sintonía, el estudio del *McKinsey Global Institute*, intitulado "*The Internet of Things: How to capture the value of IoT*", resalta que una Internet de las Cosas completamente conectada podría añadir hasta US$11 billones a la economía global al año para el 2025 a través de diferentes entornos, incluyendo fábricas, ciudades y ámbitos minoristas (McKINSEY & COMPANY, 2018, p. 4).

De lo anteriormente expuesto, se puede deducir que Internet de las Cosas genera una enorme cantidad de datos transmitidos que son analizados a una velocidad antes inimaginable, realizando predicciones. Es destacable su valor en sectores claves como en el sanitario, en las *Smart Cities*, en el de la distribución, entre otros. Pero también conlleva importantes riesgos, como son los futuros usos no previstos en el momento de obtener la información y el consentimiento para ellos, la generación de perfiles, la manipulación, la monitorización de la conducta (*profiling*) y las valoraciones basadas en decisiones automatizadas que pueden perjudicar seriamente a las personas. Redes sociales, como Facebook o Twitter, permiten conocer los intereses de millones de personas en tiempo real, a qué estímulos responden, cuándo se conectan, qué compran, qué sitios visitan, con quiénes interactúan y más. Al cruzar esa enorme cantidad de datos con las que tienen, por ejemplo, las tarjetas de crédito o los resultados electorales, se puede medir casi todo.

Todas estas tecnologías, denominadas actualmente disruptivas, deben ser reguladas efectivamente por el derecho. En todos los países se evidencia una marcada tendencia a la formulación e implementación de estrategias y agendas digitales cada vez más integrales, como las dos Cumbres Mundiales para la Sociedad de la Información (CMSI) de 2003 y 2005, la inclusión de las TICs en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS) en 2015, el Foro de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información de 2018 "Aprovechando las TICs para construir Sociedades de la Información que alcancen los ODS" y la formulación de sucesivos planes regionales de acción como la VI Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe de 2018 (eLAC 2020).

En marzo de 2015, la Comisión Europea publicó la "Alianza para la Innovación de Internet de las Cosas" para apoyar la creación de un ecosistema de Internet de las Cosas europeo

innovador e impulsado por la industria. En mayo de 2015 adoptó la Estrategia del Mercado Único Digital y el 19 de abril de 2016 publicó el documento *Advancing the Internet of Things in Europe,* es decir, "Avanzando en la Internet de las Cosas en Europa". Dicha comunicación resaltó que las tecnologías digitales estaban evolucionando a un ritmo tan rápido que debía supervisarse constantemente el marco jurídico para garantizar su consonancia con el desarrollo tecnológico. A tales efectos, expresó la necesidad de examinar el marco normativo de las innovaciones digitales para esclarecer, entre otros temas, la propiedad y el uso de los datos generados en un contexto industrial; los sistemas que actúan de modo autónomo, como los vehículos sin conductor o los drones y las aplicaciones y demás softwares no empotrados, vale decir, no incluido en un medio tangible, temáticas que representan un desafío para las normas de seguridad y responsabilidad (CE, 2016, p. 15).

El 6 de diciembre de 2018, el Comité Económico y Social Europeo, a propuesta de Carlos Trias Pintó, aprobó el dictamen de iniciativa intitulado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en Internet de las Cosas", que parte de la premisa que uno de los pilares de la Internet de las Cosas radica en la toma de decisiones automáticas sin intervención humana, y que la interconectividad de personas y objetos representa un inmenso abanico de oportunidades para los ciudadanos y las empresas. Sin embargo, reconoce la necesidad de dotar de un marco jurídico adecuado, estableciendo una serie de garantías y controles para asegurar una implantación satisfactoria del mismo que garantice los derechos de los consumidores. (CESE, 2018, p. C440/8).

El 27 de junio de 2019 entró en vigor el Reglamento 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a ENISA (Agencia Europea para la Ciberseguridad, que pasa a llamarse Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento nº 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad). Los dos objetivos principales de la *Cibersecurity Act* son, por un lado, dar a ENISA un papel más relevante en el ámbito de la ciberseguridad, estableciendo una serie de objetivos y tareas y; por el otro, la creación de un marco común de certificación a nivel europeo, con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de ciberseguridad de los productos, servicios y procesos informáticos en la Unión, evitando la fragmentación del mercado interior. Eso sí es de destacar que ese marco en principio será voluntario. La Comisión está evaluando hasta qué punto este plan será obligatorio para 2023.[2]

2 Para una profundización en el tema, véase: UNIÓN EUROPEA. "Reglamento 2019/881 del Parlamento europeo y del Consejo relativo a ENISA (Agencia europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento

Estados Unidos están mucho más avanzados en el tema legislativo. El 1 de agosto de 2017, el senador Mark Warner presentó una propuesta de ley *A Bill S.1961* intitulada *Internet of Things (IoT) Cybersecurity Improvement Act of 2017* con el objetivo de establecer los estándares mínimos de seguridad que deben cumplir los dispositivos conectados a Internet adquiridos por las agencias federales, pero no para los electrónicos en general. En paralelo, el senador Roger Wicker introdujo, el 14 de diciembre de 2017, un proyecto de ley *A Bill S.2234*, *Internet of Things Consumer Tips to Improve Personal Security Act of 2017* y el 6 de julio de 2018, el senador Robert Latta presentó un proyecto de ley *H.R. 6032 State of Modern Application, Research, and Trends of IoT Act*. Pero ninguna de las iniciativas señaladas *ut supra*, hasta la fecha, se convirtió en ley. Por tanto, se destaca que el Gobernador del Estado de California, Jerry Brown, promulgó el 28 de septiembre de 2018 un proyecto de ley SB-327 *Information privacy: connected devices* que fue agregado a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil, bajo el título *Title 1.81.26. Security of Connected Devices,* lo que convierte a California en el primer Estado con una ley de seguridad cibernética que cubre los dispositivos "inteligentes".

Este estudio consiste en definir y enumerar los componentes necesarios para el funcionamiento del ecosistema denominado Internet de las Cosas y analizar la Ley de California n° 327 *Information privacy: connected devices*, publicada el 28 de septiembre de 2018 y agregada a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil californiano, bajo el título *Title 1.81.26. Security of Connected Devices*, y que entró vigencia recién el 1 de enero de 2020. A tales efectos, este artículo comprende dos partes: la primera, que delimita el marco conceptual-tecnológico, y la segunda, que examina los diferentes principios adoptados en la Ley n° 327 *Information privacy: connected devices*, y a la vez presenta sus más duras críticas, así como los argumentos en su defensa. Y finaliza con un análisis comparativo de dicha legislación con el dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en el Internet de las Cosas".

1. Internet de las Cosas

La Internet de las Cosas parte de la base que no solo las personas están conectadas sino también todo lo que pueda ser controlable desde el punto de vista electrónico: una casa, los electrodomésticos, las luces, la calefacción, los celulares o un auto, para citar algunos ejemplos. Se fundamenta en la relación máquina-máquina (*Machine to machine* o M2M), que implica

526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad)". **Diario Oficial de la Unión Europea**. 7 de junio de 2019. L 151/15-L 151/69).

el control de un dispositivo sobre otro, ambos conectados por Internet y sin la gestión de una persona.

El término Internet de las Cosas fue empleado por primera vez en 1999 por el británico Kevin Ashton, cofundador y director del Auto-ID Center del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT), para describir un sistema en el cual los objetos del mundo físico se podían conectar a Internet a través de sensores. Ashton acuñó este término para ilustrar el poder de conectar a Internet las etiquetas de identificación por radiofrecuencia (RFID) que se utilizaban en las cadenas de suministro corporativas para contar y realizar un seguimiento de las mercancías sin necesidad de intervención humana.

Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), se trata de una infraestructura mundial al servicio de la sociedad de la información, que propicia la prestación de servicios avanzados mediante la interconexión (física y virtual) de las cosas, gracias al interfuncionamiento de tecnologías de la información y la comunicación (existentes y en evolución) (CEPAL, 2016, p. 34). Para aprovechar las capacidades de identificación, adquisición de datos, procesamiento y comunicación, utiliza plenamente los objetos para ofrecer servicios a todos los tipos de aplicaciones, lo que garantiza a su vez el cumplimiento de los requisitos de seguridad y privacidad. La Recomendación UIT-T Y.2060 aclara e identifica las características fundamentales de Internet de las Cosas, a la vez que pronostica que integrará muchísimas de las tecnologías avanzadas, como las relacionadas con la comunicación máquina a máquina, las redes autónomas, la minería de datos y la toma de decisiones, la protección de la seguridad y la privacidad y la computación en la nube, así como tecnologías avanzadas de detección y accionamiento (UIT, 2012, p. 8). Según el "Dictamen 8/2014 sobre la evolución reciente de la Internet de los Objetos", adoptado el 16 de septiembre de 2014 y elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 –órgano consultivo de la Unión Europea–, Internet de las Cosas comprende los sensores con capacidad de interacción entre ellos y con otros sistemas, que se incorporan a dispositivos de uso cotidiano de forma que recogen, tratan, almacenan y transfieren datos utilizando capacidades de interconexión en red, vale decir, con Internet.[3]

Además, identifica tres grandes bloques sobre los que se pueden desarrollar esa conexión:

a) Tecnologías ponibles (*wearable computing*) son aquellos dispositivos que se han miniaturizado, de tal manera que sean portables y ofrezcan información sobre el entorno y las personas. El objetivo es que la tecnología sea imperceptible para el usuario final y que se

3 El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. A partir del 25 de mayo del 2018, fue sustituido por el Consejo Europeo de Protección de Datos.

encuentre presente en su vida cotidiana, sin tener que acudir a *tablets* y *smartphones* que son más pesados, por ejemplo, las *Google Glass,* que son una computadora ponible que incluye un pequeño dispositivo de visualización de cristal líquido. Se activa a través de la voz y los usuarios pueden desplazarse por los menús gracias a un teclado táctil situado en el lateral del dispositivo. Permite utilizar un número cada vez mayor de aplicaciones y, entre otras cosas, se pueden tomar fotografías, grabar videoclips, cargar archivos en Internet, efectuar búsquedas en línea y enviar mensajes de correo electrónico. *Nike* fue una de las primeras empresas en adoptar esas tecnologías al introducir, en 2006, el dispositivo para la práctica deportiva *Nike+iPod*. (POOLE, 2014, p. 9-15) Otro ejemplo destacable lo constituye la compañía británica *Intelligent Environments,* la cual desarrolló una plataforma virtual que se conecta a una pulsera que envía pequeñas descargas eléctricas (de 17 a 340 voltios) al usuario, cuando sus gastos superan lo deseado.[4]

b) Dispositivos que registran información sobre la actividad de las personas: en este grupo se ubican las informaciones sobre los lugares visitados, entre otros. Eso supone tener una radiografía que implica una vulnerabilidad para los individuos si es manejada de forma incorrecta. Un ejemplo es Waze, una aplicación de tráfico gratis y colaborativa para smartphones que ayuda a esquivar atascos, a seleccionar el itinerario más conveniente.

c) Domótica: por tal concepto se entiende el conjunto de tecnologías aplicadas al control y a la automatización inteligente de la vivienda, que permite una gestión eficiente del uso de la energía y aporta seguridad y confort, además de comunicación entre el usuario y el sistema (GALLEGO GÓMEZ; de PABLOS HEREDERO, 2016, p. 149-161).

El primer ejemplo de domótica y control remoto automatizado es la instalación de controles de acceso digitales a la vivienda, cerraduras electrónicas que permiten controlar cuántas veces se ha abierto la puerta, comprobar si está bien cerrada (incluso estando a miles de kilómetros) o proporcionar acceso a cualquier persona en cualquier momento preciso.[5]

Así, cabe distinguir entre la Internet de las Cosas del consumidor (hogar inteligente, tecnologías ponibles) y la Internet de las Cosas de la producción, también denominada Internet

4 Más ejemplos se pueden consultar en: "Polémico: una pulsera envía descargas eléctricas para fomentar el ahorro". **Infobae**. 23 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.infobae.com/2016/05/23/1813599-polemico-una-pulsera-envia-descargas-electricas-fomentar-el-ahorro/. Acceso en:15/03/2017.

5 Para ampliar en la temática, véase: "Domótica: cómo automatizar tu hogar para disfrutarlo más mientras ahorras tiempo y dinero". **20 minutos**. 3 de noviembre de 2016. Disponible en: https://blogs.20minutos.es/un-hogar-con-mucho-oficio/2016/11/03/domotica-como-automatizar-tu-hogar-para-disfrutarlo-mas-mientras-ahorras-tiempo-y-dinero/. Acceso en: 15/03/2017.

industrial. En el año 2017 se estimaba que a nivel mundial había alrededor de 8.000 millones de unidades instaladas de Internet de las Cosas, de las cuales el 63 por ciento correspondía a soluciones de consumo personal, como domótica, tecnologías ponibles (*wearable technologies*) o autos conectados, en tanto que el restante 37 por ciento se repartía en soluciones transversales y para sectores específicos (GARTNER, 2017).

En base a lo expuesto *supra*, Internet de las Cosas crea un mundo inteligente donde lo real, lo digital y lo virtual convergen para crear un entorno que proporciona más inteligencia a la energía, a la salud, al transporte, a las ciudades, a la industria, a los edificios y en muchas otras áreas de la vida diaria. Un ámbito en donde se interconectan millones de redes inteligentes que habilitan el acceso a la información no solo en cualquier momento y lugar, sino también usando cualquier cosa y por parte de cualquier persona, a través de cualquier ruta, red, y cualquier servicio (COLINA, *et al*, 2015, p. 4).

Fundamentalmente, países como Alemania, Estados Unidos y China han implementado políticas para reorientar sectores productivos estratégicos hacia la Industria 4.0. En la fábrica inteligente, el producto, al comunicarse con su entorno, puede reconfigurar la disposición de los sistemas de fabricación y adaptar los cambios en la producción de manera rentable y ha favorecido a la producción personalizada que satisface las necesidades heterogéneas de los clientes (CASALET, 2018, p. 7-9).

Dentro del ecosistema de Internet de las Cosas se pueden identificar los siguientes componentes:

a) Una Red de Sensores Inalámbricos (WSN, siglas en inglés de *wireless sensor network*) es una red que se autoconfigura, formada de pequeños nodos sensores que se comunican entre sí por señales de radio para percibir el mundo físico. Son un puente entre el mundo físico y el virtual.

b) Módulos y tecnologías de comunicación: todos los aparatos que forman parte de la Internet de las Cosas deben estar conectados a una red de comunicaciones. Las cosas necesitan conversar entre sí y con Internet. Los módulos de comunicación son los componentes de los dispositivos responsables de la comunicación que proveen de conectividad conforme el sistema inalámbrico o el protocolo de comunicación por cable designado. La comunicación puede realizarse conforme la tecnología inalámbrica utilizada, como WiFi, Bluetooth y ZigBee, el sistema de conexión de celulares actualmente con tecnologías de Cuarta Generación (4G), pero que se apresta a dar un paso más y llegar al estándar 5G, posiblemente antes de 2020, y las tecnologías por cable, como Ethernet, utilizan el protocolo TCP/IP.

c) Procesamiento de Información Integrado: los objetos inteligentes cuentan con una capacidad de procesador o microcontrolador y además capacidad de almacenamiento.

d) Geocalización: es la capacidad de los objetos inteligentes para obtener la ubicación física real de un objeto. La red de teléfono móvil o los sistemas de posicionamiento global GPS son tecnologías adecuadas para lograrlo, así como medidas de tiempo de ultrasonido, la identificación de radiofrecuencia y las tecnologías ópticas.

e) Interfaces de usuario: los objetos inteligentes pueden comunicarse con las personas de manera directa o indirectamente, por ejemplo, a través de un *smartphon*e, interfaces de usuario tangibles y métodos de reconocimiento de voz, imagen o gesto.

f) Fuente de alimentación: todo dispositivo electrónico requiere de energía eléctrica para funcionar.

Sin embargo, como las comunicaciones entre la unidad principal y sus módulos o entre los módulos entre sí se realiza, en la mayoría de los casos, utilizando un protocolo serial o estandarizado que es adoptado por la mayoría de las PC y por los dispositivos electrónicos, la Internet de las Cosas necesita realizar algunos cambios en la conectividad de dispositivos, protocolos de comunicación y lenguajes de software para lograr la interoperatividad entre todos sus componentes. La generación de estándares implica que cada proveedor de tecnología debe cumplir con un protocolo de manera tal que su equipo sea compatible con los demás fabricados por otros prestadores para evitar las posiciones de dominio de mercado y de bloqueo del desarrollo. En este sentido, la Unión Internacional de las Telecomunicaciones ha formulado las Recomendaciones del Sector de Normalización de la UIT (UIT-T) para garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones, los servicios y las plataformas de Internet de las Cosas.

Como la Internet de las Cosas requiere diversa tecnología para funcionar, desde comunicaciones móviles, seguridad de la información, intercomunicaciones e interoperabilidad, un único estándar muy probablemente no podrá cubrirlo todo. En consecuencia, se pueden considerar cuatro capas en las que se está trabajando en desarrollo de estándares: a) la primera es la capa de aplicación, en la que se miran los protocolos para desarrollar aplicaciones de Internet de las Cosas; b) la segunda es la de servicios, donde se desarrollan marcos que permitan servicios de Internet de las Cosas; c) la tercera es la de redes; y d) la última capa es la de tecnologías de acceso, que busca optimizar las capas de aplicación y de servicios y optimizaciones específicas de acceso a redes (REPÚBLICA ARGENTINA. MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN, 2016, p. 4).

El Protocolo de Internet (IP, siglas de *Internet Protocol*) actualmente está presente en todos los dispositivos capaces de enviar y recibir información digital, no solamente la Internet. Desde hace varios años, debido al crecimiento y al uso masivo que ha tenido la Web, se notó un agotamiento de las direcciones de la versión 4 (IPv4) ya que nunca fue diseñado para abarcar a tan alto número de dispositivos. Los esfuerzos llegaron hasta el punto de cambiar

el protocolo de conexión IP de la versión 4 a la versión 6 (Ipv6), lo que conlleva una ampliación de la cantidad de direcciones disponibles a nivel mundial.

Ahora bien, previo al análisis de la ley del Estado de California, es necesario mencionar los riesgos derivados del presente ecosistema en cuanto a la privacidad, la protección de datos y la seguridad de la información.

a) Efectividad en las medidas de seguridad: un limitante consiste en que no se las tienen en cuenta en la fase de diseño. Además, la heterogeneidad de los dispositivos supone un gran problema en cuanto a proponer soluciones de tipo más universal y el aumento de recopilación de datos puede plantear problemas de autenticación y confianza en los objetos.

b) La proliferación de la gran cantidad de datos en los entornos de Internet de las Cosas facilita que éstos puedan llegar a utilizarse para propósitos diferentes para los que fueron recabados originalmente. No siempre las personas son conscientes de las capturas de la información, el tratamiento y/o la manipulación de esa información.

c) Riesgo de ataques maliciosos contra los dispositivos y sistemas: es difícil identificar los controles más apropiados para los sistemas dada la heterogeneidad de los objetos, además que todavía se desconoce su evolución futura.

d) *Lock-in* del usuario: significa que los usuarios se queden cooptados por un proveedor específico de servicios y les resulte difícil migrar a otros proveedores, lo que es provocado por la no homogenización de los dispositivos y tecnologías de comunicación.

e) Pérdida del control por parte del usuario*:* uno de los principales objetivos de la Internet de las Cosas consiste en dotar de cierta autonomía a los objetos y permitirles tomar decisiones de forma automática. Es necesario saber acotarlo y controlarlo adecuadamente para que no suponga riesgos o afecte a sus usuarios.

f) Legislación aplicable: el vacío legal es un riesgo colateral a todos estos avances digitales y tecnológicos, porque ni los gobiernos ni entes reguladores van al paso de los cambios. Dado el carácter global de Internet, otro problema es que los individuos y empresas se enfrentan a una serie de leyes de protección de datos nacionales que ofrecen distintos niveles de protección. En enero de 2018, Microsoft publicó su libro *The Future Computed: Artificial Intelligence and its Role in Society*, en el que se plantea que si, bien la inteligencia artificial ayudará a resolver los grandes problemas sociales, es necesaria la formulación de una legislación moderna, la observancia de principios éticos sólidos, la capacitación para nuevas habilidades e incluso las reformas del mercado laboral (MICROSOFT, 2018, p. 8-10).

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Inteligencia artificial para Europa", del 25 de abril de 2018, se destaca que la aparición de la inteligencia artificial, en particular, el complejo ecosistema que la hace posible y la característica de la adopción autónoma de decisiones, exige una reflexión acerca de la idoneidad de algunas de las normas establecidas en materia de seguridad y de responsabilidad civil. Por ejemplo, los robots avanzados y los productos de Internet de las Cosas pueden no comportarse con arreglo a lo previsto cuando el sistema entró en funcionamiento por primera vez. En consecuencia, y habida cuenta de los desafíos planteados por las tecnologías digitales emergentes, se reconoce la necesidad de revisar los marcos jurídicos en materia de seguridad, las normas sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como la directiva sobre máquinas, a fin de constatar si resultan adecuados para el fin previsto o si existen lagunas que deben colmarse.

Considera de vital importancia que las personas puedan controlar los datos generados por la utilización de estas herramientas y saber si están comunicándose con una máquina o con otro ser humano, así como la forma de garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse. Es que, en muchos casos, la toma de decisiones automática, sin intervención humana, afectó los derechos de los consumidores, ocasionó riesgos éticos o contrarios a los principios y derechos humanos fundamentales (CE, 2018, p. 18-19).

A medida que las computadoras se comportan más como los humanos, las ciencias sociales y las humanidades se volverán aún más importantes. Si la inteligencia artificial quiere alcanzar su potencial para servir a los humanos, entonces cada ingeniero tendrá que aprender más sobre las ciencias sociales y cada especialidad en las ciencias sociales necesitará aprender más sobre ingeniería (TEJERO LÓPEZ, 2014, p. 6).

2. La Ley de California sobre Internet de las Cosas

La Senadora de Santa Bárbara Hannah-Beth Jackson presentó, el 3 de febrero de 2017, ante el Senado del estado de California, un proyecto de ley intitulado "*SB-327 Information privacy: connected devices*" (2017-2018).[6] Posteriormente fue enmendado por la autora, continuó con el tratamiento legislativo y después de las tres lecturas obligatorias, el día 29 de septiembre del 2018, fue promulgado por el Gobernador Jerry Brown y archivado en la Secretaría del Estado. De esta forma, se transformó en Ley-Act- y se agregó a la Sección 1, Parte 4 de la División 3 del Código Civil californiano, bajo el título *Title 1.81.26. Security of Connected Devices*.[7]

6 Las siglas SB significan *Senator Bill*.

7 Para ampliar la historia sobre el tratamiento legislativo, consultar CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. **Bill History. SB-327 Information privacy: connected devices. (2017-2018)**. Disponible

Como requisito para su entrada en vigencia, en la Sección 2, establece que es necesario que el Proyecto de Ley de la Asamblea n° 1906 intitulado *AB-1906 Information privacy: connected devices. (2017-2018)*,[8] presentado en enero del 2018 por la asambleísta Jacqui Irwin, de Thousand Oaks, también se promulgue y entre en vigencia. Justamente ese mismo día, el 28 de septiembre de 2018, ambos proyectos de ley fueron promulgados por el gobernador. El proyecto de ley SB-327 es anterior, pero al ser enmendado es casi un espejo del proyecto AB-1906. Sin embargo, la posterior aplicación de ambas leyes es diferida al 1 de enero de 2020. La razón es otorgarles tiempo a los fabricantes de dispositivos conectados a Internet para que puedan adecuar sus productos a la nueva normativa.

Entre los fundamentos esgrimidos por la Senadora Jackson a favor de la promulgación de este proyecto de ley, se destaca que los dispositivos de uso de los consumidores que se conectan a Internet van mucho más allá de la PC de escritorio tradicional para incluir una amplia variedad de productos electrónicos de consumo, como microondas, refrigeradores y juguetes para niños. Si bien estas capacidades pueden aumentar la funcionalidad del producto, muchos consumidores no están informados sobre las consecuencias de poseer dispositivos conectados. Los consumidores pueden comprar un dispositivo sin darse cuenta, hasta mucho tiempo después que hayan comenzado a usarlo en su hogar, de cómo utiliza Internet, qué tipos de información recopila y cómo se utiliza esa información. Algunos juguetes conectados a la Red, por ejemplo, piden a los niños que proporcionen datos personales verbalmente, incluidos los nombres de sus padres, el nombre de su escuela y el lugar donde viven, y se reservan explícitamente el derecho de realizar marketing directo hacia los menores. Continúa señalando que un número alarmante de estos dispositivos conectados a Internet carecen incluso de las funciones de seguridad más básicas, lo que los hace vulnerables a la piratería y a los ataques cibernéticos coordinados.

Por ello es necesaria esta ley, ya que crea un requisito de seguridad para los dispositivos conectados a Internet que pueden evolucionar a medida que la tecnología evoluciona. Requiere que los fabricantes equipen sus dispositivos con características de seguridad razonables y adecuadas a la naturaleza del mismo y a la información que recopila. También requiere que los fabricantes diseñen dispositivos conectados con indicadores visuales, auditivos u otros para mostrar cuándo están recolectando información, para obtener el consentimiento del usuario cuando la recopilación de información se extiende más allá de lo que es necesario y para notificar a los consumidores cualquier actualización o parche en la seguridad.

Con respecto a los consumidores, les permite tomar decisiones informadas al exigirles, a los vendedores, que revelen en el punto de venta si el dispositivo es capaz de recopilar

en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml?bill_id=201720180SB327. Acceso en: 3/12/2018.

8 Las siglas AB significan *Assembly Bill*.

información personal o confidencial, dónde se puede encontrar la política de privacidad del dispositivo y cómo obtener actualizaciones de seguridad para el mismo.

Conforme *Common Sense Kids Action*,[9] patrocinador de la hoy ley, garantizar que los dispositivos conectados cumplan con los estándares de seguridad básicos ayudará a las familias a tomar decisiones informadas sobre estos dispositivos y sobre la información que recopilan y comparten. Es hora de asegurarse que las familias sepan qué información pueden recolectar los dispositivos que compran y quien tiene el control sobre la misma.

Por su parte, el Comité Judicial del Senado enumera varias leyes que refuerzan y que cambian con dicha normativa. En primer lugar, la Constitución de California, la cual, en el art. I Sección 1, establece que todas las personas son por naturaleza libres e independientes y tienen derechos inalienables. Entre estos se encuentran disfrutar y defender la vida y la libertad, adquirir, poseer y proteger bienes, y buscar y obtener seguridad, felicidad y privacidad. La jurisprudencia existente permite a una persona interponer una acción por agravio por una invasión de la privacidad y establece que, para presentar una demanda por violación del derecho constitucional a la privacidad, el demandante debe establecer los siguientes tres elementos: 1) un interés legalmente protegido a la privacidad; 2) una expectativa razonable de privacidad en esas circunstancias; y 3) que la conducta del acusado constituya una invasión grave de la privacidad (conforme el caso *Hill v. National Collegiate Athletic Assn*. 1994). En cuanto al interés a la privacidad legalmente reconocido, dicha jurisprudencia, establece que son generalmente de dos clases: intereses en excluir la difusión o el uso indebido de información sensible y confidencial (privacidad informativa), e intereses en la toma de decisiones personales íntimas o en la realización de actividades personales sin observación, intrusión o interferencia (autonomía de privacidad).

Conforme el Código Civil de California, Sección 1708.8, un individuo es responsable de una invasión a la privacidad cuando intente capturar, de una manera ofensiva, cualquier tipo de imagen visual, grabación de sonido u otra impresión física de otra persona involucrada en una relación privada y personal o actividad familiar, mediante el uso de cualquier dispositivo, independientemente de si esta imagen, grabación de sonido u otra impresión física no se podrían haber logrado sin que se usara el mismo.Y en la Sección 1798.81.5(b) requiere que una empresa que posee licencias o mantiene información personal sobre un residente de California debe implementar y mantener procedimientos y prácticas de seguridad razonables y

9 *Common Sense Kids Action* es una organización nacional norteamericana sin fines de lucro líder con más de una década de experiencia ayudando a niños y familias a tener acceso a servicios de educación y salud infantil de alta calidad y asequibles; ayudando a que todos los niños tengan experiencias de aprendizaje digital de vanguardia; a que sus datos en línea están protegidos; y a que tengan la oportunidad de crecer con suficientes oportunidades económicas y educativas para ayudarles a tener éxito en la vida.

adecuadas a la naturaleza de la información, para proteger la información personal del acceso no autorizado, de la destrucción, del uso, la modificación, o revelación.

Según el Código de Negocios y Profesiones de California, en la Sección 22948.20, se establece que una persona o entidad no debe proporcionar la operatoria de una función de reconocimiento de voz sin informar, durante la configuración inicial o la instalación de un televisor conectado, ya sea al usuario o a la persona designada por él, la configuración o instalación inicial de la televisión conectada. Cualquier grabación real de la palabra recopilada a través de la operatoria de una función de reconocimiento de voz por parte del fabricante de un televisor conectado o de un tercero con el fin de mejorar la función de reconocimiento de voz no se venderá ni utilizará con fines publicitarios.

Por su parte, el Código Penal, en la Sección 637.5(a)(1), dispone que ninguna persona que posea, controle, opere o administre una empresa de televisión satelital o por cable, o que arrende canales en un sistema satelital o de cable, podrá utilizar cualquier dispositivo electrónico para grabar, transmitir u observar eventos o escuchar, registrar, o monitorear cualquier conversación que tenga lugar dentro de la residencia, o lugar de trabajo del suscriptor, sin obtener el consentimiento expreso por escrito del mismo. En la Sección 637.5(a)(2) establece que ninguna empresa de televisión satelital o por cable podrá proporcionar información individual identificable con respecto a cualquiera de sus suscriptores, incluidos, entre otros, los hábitos de visualización de televisión, las opciones de compra, los intereses, las opiniones, los usos de energía, la información médica del suscriptor, datos o información bancaria, o cualquier otra información personal o privada, sin el consentimiento expreso por escrito del suscriptor. En la Sección 637.5(b) especifica que las respuestas de visualización de los suscriptores individuales u otra información identificable individualmente derivada de los suscriptores pueden ser retenidas y utilizadas por una empresa de televisión por cable o satélite solo en la medida en que sea razonablemente necesario para fines de facturación y prácticas comerciales internas y para monitorear la recepción no autorizada de servicios. Finalmente, la Sección 637.5(d) especifica que cualquier información de un suscriptor individualmente identificable recopilada por una empresa de televisión por satélite o por cable debe estar disponible para su examen dentro de los 30 días posteriores a la recepción de la solicitud por parte de un suscriptor para examinar la información en las instalaciones de la empresa.

En cuanto al fondo del tema, dicho Comité avanza en la historia de Internet de las Cosas y destaca que actualmente todo, desde tostadoras y muñecas hasta automóviles y televisores, están conectados a Internet, reuniendo y aplicando una amplia gama de información. Esta tecnología tiene posibilidades ilimitadas. Ha revolucionado las capacidades de los dispositivos médicos y ha facilitado las compras. Los expertos de la industria prevén una expansión dramática en los próximos años con artículos para el hogar, como refrigeradores, lavadoras, lavavajillas y termostatos. Muchos de estos dispositivos recopilan una gran cantidad de información personal e íntima. Si no se asegura adecuadamente, esta inmensa cantidad de información

privada puede ser vulnerable a las violaciones y puede ser hackeada directamente, permitiendo a extraños realizar una vigilancia subrepticia en los hogares o comunicarse directamente a través de ellos. Quizás lo más perturbador sea que los consumidores ni siquiera están al tanto de las completas capacidades de estos productos o de la información que se recopila. El director del FBI expresó su preocupación sobre el tremendo daño que pueden generar los "ejércitos de zombis" creados por los dispositivos de Internet de las Cosas. Finaliza resaltando las bondades del proyecto de ley para abordar estas innovaciones y sus riesgos concomitantes, ya que establece requisitos relacionados con la seguridad de dichos dispositivos y la divulgación de sus capacidades (SENATE JUDICIARY COMMITEE, 2017, p. 1-2).

Dicha ley, que se incorporó al Código Civil de California en la División 3 (Obligaciones), Parte 4 (Obligaciones Derivadas de Transacciones Particulares), bajo el Título 1.81.26. Seguridad de la Dispositivos Conectados (*Security of Connected Devices*), es corta y simple. Es de destacar que su ámbito de aplicación tiene efectos extraterritoriales, ya que abarca a todos aquellos fabricantes de dispositivos conectados a la Web que vendan en California, aunque la fabricación se produzca fuera de dicho estado y establece estándares de ciberseguridad para dispositivos conectados a la Web, desde termostatos hasta cámaras web y automóviles.

En primer lugar, en el Título 1798.91.04 (a), requiere que los fabricantes de dispositivos conectados a Internet (que vendan sus productos en California) los equipen con "una característica o características de seguridad razonables" diseñadas para evitar que cualquier intruso acceda a ellos, aunque no define exactamente cuáles deberían ser esas características. Lo que detalla es que la seguridad razonable debe ser:

1) Adecuada a la naturaleza y función del dispositivo.

2) Adecuada a la información que puede recopilar, contener o transmitir.

3) Diseñada para proteger el dispositivo y cualquier información contenida en el mismo contra el acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación no autorizados.

A continuación, bajo el apartado b), exige que todo dispositivo conectado fuera de una red de área local sea equipado con un medio de autenticación con una característica de seguridad razonable. Considera una característica de seguridad razonable si cumple cualquiera de los siguientes requisitos:

1) La contraseña preprogramada es única para cada dispositivo fabricado.

2) El dispositivo contiene una función de seguridad que requiere que un usuario genere un nuevo medio de autenticación antes de otorgarle acceso al dispositivo por primera vez.

Esto se debe a que muchas veces ha sido una práctica común del fabricante proporcionar dispositivos con contraseñas predeterminadas compartidas, lo que significa que se puede acceder fácilmente al dispositivo después de la instalación si el usuario final no establece una nueva contraseña.

En el artículo 1798.91.05 se establecen varias definiciones:

a) "Autenticación" significa un método para verificar la autoridad de un usuario, así como el proceso o dispositivo para acceder a los recursos en un sistema de información.

b) "Dispositivo conectado" se define como cualquier dispositivo u otro objeto físico que sea capaz de conectarse, directa o indirectamente, a Internet y que tenga asignada una dirección de Protocolo de Internet o una dirección de Bluetooth.

c) "Fabricante" es la persona que fabrica, o que subcontrata la fabricación en su nombre de los dispositivos conectados a la Web que se venden o que se ofrecen para la venta en California. Un contrato para fabricar en nombre de otra persona no incluye el contrato que tiene por objeto solo comprar un dispositivo conectado, incluso si esos dispositivos se renombran para el comprador.

d) "Función de seguridad" significa una característica de un dispositivo diseñado para proporcionar seguridad para ese dispositivo.

e) "Acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación no autorizados" es acceso, destrucción, uso, modificación o divulgación que no están autorizados por el consumidor.

El artículo 1798.91.06 (a) establece determinadas exclusiones o excepciones a la aplicación de los artículos precedentes:

a) Los fabricantes no tienen la obligación de proteger los softwares que los usuarios pueden instalar en un dispositivo conectado.

b) No impone ninguna obligación a un proveedor de una tienda electrónica, puerta de enlace, mercado u otros medios de compra o descarga de software o aplicaciones, de controlar o hacer cumplir lo establecido en el Título.

c) Exime al fabricante de un dispositivo conectado de evitar que un usuario tenga control total sobre un dispositivo conectado, incluida la capacidad de modificar el software o el firmware que se ejecuta en el dispositivo a discreción del consumidor.

d) Tampoco se aplicarán a ningún dispositivo conectado cuya funcionalidad esté sujeta a los requisitos de seguridad de acuerdo con la ley federal, los reglamentos o las directrices promulgadas por una agencia federal.

e) No establece ningún tipo de acción privada. El Fiscal General, un abogado de la ciudad, el abogado del condado o un fiscal de distrito tendrán la autoridad exclusiva para hacer cumplir la ley.

f) Los deberes y obligaciones impuestos por este título son acumulativos con cualquier otro deber u obligación impuesto en virtud de otra ley, y no deben interpretarse en el sentido de eximir a ninguna parte de ningún deber u obligación impuesta en virtud de otra ley.

g) En ningún caso esta ley limita la autoridad de una agencia federal para obtener información sobre el dispositivo conectado de un fabricante como lo autoriza la ley o de conformidad con una orden de un tribunal de jurisdicción competente.

(h) Los proveedores de atención médica, socio comercial, plan de servicios de atención médica, contratista, empleador o cualquier otra persona sujeta a la Ley Federal de Portabilidad y Responsabilidad de Seguros de Salud de 1996 (Ley Pública nº 104-191) o la Ley de Confidencialidad de Información Médica no estarán sujetos a este título con respecto a cualquier actividad regulada por esos actos.

California continúa liderando en la promulgación de leyes de privacidad y seguridad. Esta ley se produce inmediatamente después de la promulgada Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA), que también entrará en vigencia el 1 de enero de 2020 y que tienen efectos extraterritoriales.

2.1. El debate

Uno de sus acérrimos detractores es el experto en ciberseguridad Robert Graham. Sus afirmaciones son lapidarias en cuanto califica a la ley como "típicamente mala", basada en una comprensión superficial de la ciberseguridad y la piratería, que va a hacer poco para mejorar la seguridad, mientras que hace mucho para imponer costos y dañar la innovación. Se basa en el concepto erróneo de agregar características de seguridad. El objetivo de la ciberseguridad es eliminar "características inseguras", lo cual significa eliminar puertos de escucha.

Agregar características es la típica "píldora mágica" o "bala de plata", sin embargo, según este especialista, no es la solución. Las funciones arbitrarias, como firewall y antivirus, solo aumentarán la superficie de ataque empeorando las cosas, ya que no existe garantía que los proveedores suministren dichos parches o, peor aún, que los usuarios los apliquen. Generalmente,

las personas se olvidan de los dispositivos una vez que están instalados ya que no son como los teléfonos y/o computadoras portátiles que notifican a los usuarios sobre la aplicación de parches. Frente al argumento que una buena solución para esto es la actualización automatizada, el especialista afirma que solo si se ignora la historia. Muchos califican a "NotPetya"[10] como el peor y más costoso ciberataque de todos los tiempos y fue lanzado subvirtiendo un parche automatizado. Por ejemplo, el gusano Mirai[11] infectó menos de 200.000 dispositivos. Un hackeo de un pequeño proveedor de Internet de las Cosas puede obtener el control de más dispositivos que eso de una sola vez. Y sigue sumando críticas ya que afirma que la ley tiene como objetivo una característica insegura que debe eliminarse: las contraseñas codificadas. Un dispositivo no tiene una contraseña única, hay muchas cosas que pueden llamarse contraseñas. Un dispositivo típico de Internet de las Cosas tiene un sistema para crear cuentas en la interfaz de la administración web, un sistema de autenticación completamente separado para diferentes servicios como Telnet[12] y un sistema completamente diferente para cosas como las interfaces de depuración.

Ese fue el real problema con los dispositivos infectados por Mirai ya que había diferentes sistemas de autenticación en la interfaz web y en otros servicios como Telnet. De cara al futuro, lo más importante para protegerse es el modo de "aislamiento" en el punto de acceso WiFi que evita que los dispositivos se comuniquen entre sí (o se infecten entre sí). Esto evita ataques de "sitio cruzado" en el hogar, vale decir, evita que las laptops y/o computadoras de escritorio infectadas (que están mucho más amenazadas) se propaguen a los demás dispositivos. La ley establece el vago requisito que los dispositivos tengan características de seguridad "razonables" y "apropiadas". Es imposible para una empresa saber lo que significan estas palabras, es imposible saber si cumplen con la ley. Al igual que otras leyes que utilizan estos términos, se interpretará en los tribunales. A medida que los defensores mejoran la seguridad, los atacantes cambian de táctica, por lo que lo "razonable" está cambiando constantemente. La seguridad lucha contra el sesgo de la retrospectiva, por lo que lo que es "razonable" y "apropiado" parece más obvio después que ocurren cosas en lugar de antes. Se va a cargar a los dispositivos con funciones de cifrado y antivirus que el público cree que son razonables, pero que empeoran la

10 Petya es un malware de tipo *ransomware* que en 2017 comenzó un ciberataque mundial. Se esparce como troyano usando el popular sistema de archivos en la nube Dropbox. Mientras la mayoría de los malware de secuestro de computadoras selecciona los archivos a encriptar, Petya aumenta el daño potencial al impedir el arranque de la computadora, pidiendo rescate y no se transmite por Internet sino por redes privadas.

11 Mirai es un malware de la familia de las botnets o robots informáticos destinados a infectar los equipos conformantes de la Internet de las Cosas, en especial la infección de routers y cámaras IP.

12 Telnet (*Telecommunication Network*) es el nombre de un protocolo de red que permite acceder a otra máquina para manejarla remotamente.

seguridad. Por último, culmina su análisis, Mirai solo tenía 200.000 dispositivos que estaban principalmente fuera de los Estados Unidos. Esta ley no aborda esta amenaza porque solo se aplica a los dispositivos de California, no a los comprados en Vietnam y Ucrania que, una vez que se infecten, inundarán los dispositivos de California. Si de alguna manera la ley influyera en la mejora general de la industria, aún estaría introduciendo costos innecesarios a 20 mil millones de dispositivos en un intento por limpiar el 0,001 por ciento de ellos (GRAHAM, 2018).

En igual sentido se expidió la Cámara de Comercio de California. Agrega, además, que la Sección 1798.81.5 (b) del Código Civil ya requiere que los fabricantes implementen protecciones de privacidad razonables y, por lo tanto, el requisito que los fabricantes equipen dispositivos con "características de seguridad razonables apropiadas para la naturaleza del dispositivo" es innecesario. La Sección 1798.81.5 (b) se aplica a la "información personal" que una empresa posee, licencia o mantiene y se define como el nombre de usuario o la dirección de correo electrónico de una persona en combinación con la contraseña, la pregunta de seguridad o el nombre de una persona en combinación con un número de seguro social, número de licencia de conducir, número de cuenta o información médica. Otro argumento en contra es que colisiona una ley federal, la Ley de Protección de la Privacidad en Línea de los Niños, aunque no justifica ni aclara esa contradicción.

Para sus defensores, si bien no desconocen que la ley es demasiado amplia, aducen a su favor que mejor eso que nada. Bruce Schneier, tecnólogo de seguridad en la Escuela Kennedy de Harvard expresamente opina que probablemente la ley no va lo suficientemente lejos, pero esa no es razón para no aprobarla. Es una razón para seguir adelante y sienta las bases para una futura legislación de ciberseguridad más sólida a nivel estatal y federal. Después del ataque masivo de la botnet Mirai en 2016 se puso de relieve lo mal asegurados que están muchos de los dispositivos. En ese incidente, los piratas informáticos explotaron las debilidades de las cámaras web y otros dispositivos conectados y los utilizaron para lanzar ataques cibernéticos que derribaron a Netflix, Spotify y otros sitios web importantes durante horas. Esta ley busca abordar algunas de esas fallas, estableciendo estándares de ciberseguridad para dispositivos, que actualmente son inexistentes (HAWKINS, 2018).

Conforme el Comité de Reglas del Senado, Oficina de Análisis de la Sala del Senado, que toma como fuente los argumentos de *Common Sense Kids Action*, un ejemplo alarmante de la posibilidad de abuso de la tecnología surgió en relación con las muñecas *My Friend Cayla*. Las muñecas de juguete estaban equipadas con tecnología de dientes azules que les permitía acceder a Internet, lo cual les posibilitaba comunicarse con los niños. Las muñecas instaron a los niños a proporcionar verbalmente datos personales, incluidos los nombres de sus padres, de su escuela y el lugar donde vivían. Además, la tecnología de dientes azules era vulnerable a los piratas informáticos pudiendo programar la muñeca con obscenidades o incluso hablar directamente con los niños a través de ella a una distancia de hasta 50 pies.

Pero este no fue un hecho aislado, es similar a muchas historias relacionadas con monitoreos de bebés que permiten a los piratas informáticos comunicarse a través de ellos. A principios

del año 2017, se informó que los juguetes de *CloudPets* fueron hackeados de manera similar. También se han presentado demandas en los últimos años en respuesta a televisiones conectados a Internet. Las pantallas inteligentes producidas y vendidas por Vizio supuestamente rastreaban el historial de visualización de los usuarios sin el conocimiento y consentimiento de los clientes. Los televisores de Samsung también fueron el centro de atención después que se descubrió que su tecnología de reconocimiento de voz estaba grabando conversaciones personales y transmitiendo la información a terceros. Los investigadores también han concluido que miles de cámaras web inseguras fabricadas por la firma china de electrónica *Xiongmai* fueron tomadas por piratas informáticos y se convirtieron en un ejército de "botnets" que atacó e inhabilitó los sitios web más importantes, incluidos los de Twitter, Spotify, New York Times y Airbnb en octubre del 2016.

California reconoce que el derecho a la privacidad es un derecho fundamental y, desafortunadamente, debido al tamaño de su economía y al gran número de consumidores, los datos recopilados y en poder de las empresas de California son a menudo blanco de los ciberdelincuentes. Los innumerables ejemplos de dispositivos conectados a Internet que se piratean junto con la creciente incidencia de violaciones de datos ponen de relieve la necesidad de abordar más a fondo los problemas de seguridad. Un hilo común entre estos ejemplos es la deficiencia de las características de seguridad de los dispositivos. También falta una notificación clara a los consumidores acerca de qué es capaz un dispositivo, qué información recopila, qué hace con esa información y cómo un consumidor puede controlar esas funcionalidades. El daño que puede resultar del robo de información personal y confidencial a través de las violaciones de datos, la vigilancia encubierta de las vidas de los usuarios o el pirateo directo de dispositivos domésticos amenaza con socavar la privacidad y la seguridad de los consumidores de California. Esta ley da un paso para abordar estos problemas. Si bien existen leyes que exigen que las empresas que poseen, licencian o mantienen información personal sobre un residente de California implementen y mantengan procedimientos y prácticas de seguridad razonables adecuados a la naturaleza de la información, esta ley hace extensivos estos requisitos a los fabricantes de dispositivos conectados a Internet (SENATE RULES COMMITEE. SENATE FLOOR ANALYSIS, 2018, p. 6-7).

Como cierre de los argumentos en defensa de la ley, el informe del Procurador General del 2014 sobre la violación de datos en California demostró que, en 2012, el 17 por ciento de las violaciones de datos registradas en los Estados Unidos se produjo en California, más que en cualquier otro Estado, y que el número de violaciones notificadas en California aumentó en 28 por ciento en 2013 (CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2014, p. 9). Durante el período de cuatro años comprendido entre 2012 y 2015, el Fiscal General recibió informes sobre más de 657 violaciones, que afectaron a más de 49 millones de registros (CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE, 2016, p. 9).

2.2. Análisis comparativo entre la Ley de California y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en Internet de las Cosas"

Como se mencionó en la Introducción del presente artículo, el 6 de diciembre de 2018 el Comité Económico y Social Europeo emitió el dictamen de iniciativa sobre la "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en Internet de las Cosas" (en adelante el dictamen de iniciativa). El mismo avanza sobre Internet de las Cosas y en uno de sus pilares: la toma de decisiones automáticas sin intervención humana y todos los riesgos a la seguridad, privacidad, intimidad y de carácter ético o contrarios a principios y derechos humanos fundamentales que esta tecnología conlleva. Y solicita a las instituciones europeas y a los Estados miembros, entre otras medidas, que velen por la protección de la seguridad y la privacidad tanto de los consumidores como de las empresas; adopten medidas de seguimiento y control; cubran los vacíos legales en las tecnologías disruptivas; delimiten con claridad la responsabilidad de todos los profesionales en la cadena de suministro del producto; fomenten las iniciativas de normalización europeas e internacionales; inicien campañas de sensibilización, información y capacitación en competencias digitales en especial para los grupos vulnerables y establezcan mecanismos efectivos y colectivos de solución de controversias (CESE, 2018, p. C 40/8-C 40/9).

Del análisis comparativo entre ambos documentos, en aras de aportar un marco complementario y prospectivo de la Ley de California y a los efectos de proyectar futuras modificaciones a dicha ley y/o también para la elaboración de legislaciones de los Estados, se deducen las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se observa que la Ley de California exige a los fabricantes de dispositivos conectados a internet, siempre que vendan sus productos en California, que los equipen con características de seguridad razonables, que sean adecuadas a la naturaleza y función del dispositivo y a la información que puede contener, recopilar y transmitir. Esta fórmula es muy amplia y vaga, quizás es una de las críticas más importantes formuladas por sus detractores. En cambio, el dictamen de iniciativa no peca de tal imprecisión. Es más, avanza en dicha problemática sobre ciberseguridad y afirma que las tecnologías emergentes, como la cadena de bloques, pueden resolver problemas de seguridad y confianza, por tanto propone que las mismas se utilicen para rastrear las mediciones de los datos procedentes de sensores y evitar no solo la duplicación con cualquier otro dato malintencionado sino también preservar la integridad y la trazabilidad de las modificaciones. Asimismo, recomienda que dichos sensores sean utilizados para intercambiar datos a través de una cadena de bloques en lugar de un tercero así como el uso de contratos inteligentes permite mantener la integridad de los datos (CESE, 2018, p. C 440/9).

Ahora bien, para la efectiva comprensión de la recomendación del Comité Económico y Social Europeo expuesta *ut supra*, es necesario definir y explicar someramente el funcionamiento de la cadena de bloques. *Blockchain* o cadena de bloques, que se utiliza en los contratos

inteligentes o *smart contract,* es una base de datos automatizada, descentralizada, vale decir, distribuida en múltiples computadoras y de muy difícil manipulación, lo que la hace muy segura. Para alterar la información almacenada es preciso manipular más del 50% de los nodos que la integran. En dicha cadena se registran las operaciones, fechas, cantidades y participantes del contrato. Como utiliza claves criptográficas, presenta ventajas en la seguridad frente a manipulaciones y fraudes, ya que, aunque pueda vulnerarse una copia, quedan millones intactas que, además, son abiertas y públicas. Por eso permite que todos los participantes conozcan los movimientos y cambios que se realizan en el documento. Todos los bloques que conforman la cadena utilizan una contraseña numérica llamada *hash*, tomada del bloque anterior. Como todos los bloques se ordenan cronológicamente, cada hash refiere al bloque que le antecede, lo que incrementa su nivel de seguridad para llevar datos transaccionales de manera transparente y en tiempo real, evitando la pérdida de los mismos y el fraude (GRANERO, 2019, p.23-243).

En segundo lugar, la Ley de California fundamentalmente protege al consumidor y usuario final de los dispositivos conectados a Internet, aunque se puede interpretar que si las empresas adquieren bienes y servicios que contengan dispositivos conectados a la Web como consumidores finales, vale decir, no para su reventa, también estarían alcanzados por su marco tuitivo. En cambio, el dictamen de iniciativa expresamente concluye que la legislación debe incluir, dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, tanto a empresas y consumidores, como a administraciones y ciudadanos, ya que los desafíos asociados a riesgos implícitos los afecta a todos por igual, con un carácter multidisciplinar y transversal. Por ello, el tratamiento de este asunto debe contemplar un enfoque común y, a la vez, particularizado en todo aquello que resulte singular para una u otra condición.

Como tercer punto, ambas coinciden en otorgar vital importancia al marco de responsabilidad y la seguridad tanto a lo largo de la cadena de valor del producto como durante su ciclo de vida. Específicamente, la Ley de California exime de responsabilidad al vendedor y al fabricante de un dispositivo conectado de evitar que un usuario tenga control total sobre un dispositivo conectado. No obstante, el dictamen de iniciativa avanza sobre la seguridad y privacidad al remarcar la necesidad de garantizar la seguridad y la privacidad por diseño y por defecto conforme con el principio del deber de diligencia, y que los fabricantes de tales dispositivos se sometan a evaluaciones externas independientes. A tales efectos, el nuevo Reglamento sobre ciberseguridad de la Unión Europea, aunque no es obligatorio, amplía las funciones y competencias de la Agencia de Ciberseguridad. En cambio, en California no se contempla un organismo estatal con similares competencias.

En cuarto lugar, y a diferencia de legislación estadual, el dictamen de iniciativa prevé la elaboración de códigos de conducta complementarios a la acción normativa y un marco de certificación de las tecnologías de la información y la comunicación a los efectos de definir esquemas de certificación de seguridad y etiquetado para diferentes tipos de productos.

Como quinta diferencia, la Ley de California no establece expresamente la obligación por parte del fabricante de suministrarle al consumidor información clara y veraz, aunque, en este

punto, se le aplica la nueva Ley de Privacidad de California. En cambio, el dictamen de iniciativa puntualiza la importancia de la información precontractual, la transparencia de las cláusulas estipuladas, así como de las instrucciones de uso, con advertencia explícita de los posibles riesgos asociados, los datos que se recopilan, quienes acceden a ellos y la utilidad que se les pretende dar mientras la relación de producto o servicio se mantenga activa, así como la política de privacidad aplicable.

En sexto lugar, el dictamen de iniciativa recomienda la adopción de políticas públicas que impulsen campañas de sensibilización y programas educativos para la adquisición de las capacidades y competencias precisas, con especial atención a los colectivos vulnerables y a la diversidad.

Finalmente, y en séptimo lugar, la Ley de California, en cuanto a las vías judiciales habilitadas, no establece ningún tipo de acción privada. Únicamente el Fiscal General, un abogado de la ciudad, el abogado del condado o un fiscal de distrito tendrán la autoridad exclusiva para hacer cumplir la ley. El dictamen de iniciativa expresamente hace hincapié en garantizar la plena aplicación y una utilización eficaz de los sistemas de resolución alternativa de litigios o de resolución de litigios en línea y acciones colectivas en casos de daños o perjuicios de carácter colectivo. En este punto la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ofrece una guía sobre el procedimiento de resolución de disputas online (ODR siglas de *Online Dispute Resolution*).

Conclusiones

Internet es, probablemente, una de las mayores invenciones de la humanidad, la mayor herramienta de conocimiento y está presente en todas las actividades humanas. Ha cambiado la forma de trabajar, de estudiar y hasta de relacionarnos con otros seres humanos de distintas culturas, religiones, razas o nacionalidades.

Su potencial es innegable, pero también tiene su lado oscuro. Los videos, fotos, e-mails, conversaciones, cuentas bancarias y cualquier otro dato personal que se sube a la Red están expuestos a un número indeterminado de personas.

Actualmente, los hogares comienzan a equiparse con dispositivos "inteligentes". La tecnología que alguna vez estuvo limitada a computadoras o teléfonos celulares ahora está integrada en los aparatos y juguetes de uso cotidiano. Dadas las capacidades cada vez mayores de esta tecnología para recopilar y sintetizar información, la seguridad y la privacidad son de suma importancia. Los informes generalizados de fallas de seguridad, piratería y espionaje solo han enfatizado aún más la necesidad de protecciones jurídicas.

Si bien existen proyectos de leyes a nivel estadual y regional, como en la Unión Europea, la primera Ley sobre Internet de las Cosas fue recientemente promulgada, a fines de septiembre de 2018, por el Gobernador del Estado de California, marcando un importante hito jurídico en la regulación de esta nueva tecnología.

Tanto sus detractores como sus defensores coinciden en su amplitud y generalidad, pero es de destacar que reviva el debate, propiciando su discusión a nivel nacional, regional e internacional y que sienta un punto de inflexión en la protección de los consumidores de los dispositivos conectados, quienes, en especial los niños, utilizan esos productos inocentemente y sin saber que indirectamente están transmitiendo toda su información a la nube. Lo que muchos no advierten es que detrás de ella hay personas y organizaciones dispuestas a utilizar para su provecho toda esa información (hackers, piratas informáticos, contrabandistas, ladrones y abusadores de menores) poniendo en riesgo la privacidad e integridad de las personas. En este sentido, esta ley exige a los fabricantes de tales dispositivos que alerten a los consumidores con señales auditivas y/o visuales cuando el mismo está transmitiendo información personal. Un consumidor informado y capacitado es más difícil de engañar, es una manera de empoderar al consumidor. Generalmente, el derecho se escribe después de los hechos, en este caso es necesario adelantarse a cualquier ciberataque y esta ley puede ser un punto de partida, en especial en Argentina, que todavía ni se presentó un proyecto de ley que abriera el debate.

En base a la comparación realizada en el apartado anterior entre la ley estadual y el dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en Internet de las Cosas" y como aporte a un marco legislativo claro y más completo en cuanto a las condiciones de seguridad y privacidad, a continuación, se propone cubrir las lagunas de la ley comentada teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

a) Adoptar medidas de seguridad más robustas, como la utilización de las cadenas de bloques que son difícilmente manipulables y en caso de alteración son rápidamente identificables. En febrero de 2017 el Parlamento Europeo publicó un informe bajo el título "Cómo *blockchain* puede cambiar nuestras vidas", que analizaba el positivo impacto que la tecnología *blockchain* podría tener en materias tan dispares como la protección de derechos de propiedad intelectual y patentes o el voto electrónico.

b) Dentro de las obligaciones del fabricante, establecer expresamente el deber de diligencia a lo largo del ciclo de vida del producto, así como la obligación de informar al consumidor de los riesgos, usos, posibles manipulaciones, defectos y en especial lo relacionado con su privacidad y confidencialidad.

c) Se debe establecer un organismo estatal especializado que fije un marco de certificación, esquemas de certificación de seguridad y etiquetado para diferentes tipos de productos conectados a la Web, con poder de fiscalización. Además, que esté a su cargo las campañas educativas y de sensibilización en especial en los colegios para los grupos más expuestos: los niños.

d) Dotar de legitimación activa a las organizaciones de consumidores a través de acciones colectivas. El periodista de investigación y escritor español Antonio Salas, en su libro *Los hombres que susurran a las máquinas*, plantea, entre otros temas, el dilema de los televisores inteligentes, por ejemplo, Samsung, que ya en su manual de instrucciones advierte que todas las palabras emitidas dentro del alcance del televisor formarán parte de los datos capturados y transmitidos a un tercero a través de su uso de la función reconocimiento de voz. Pero es difícil que en el comedor o en el dormitorio no hablemos de cuestiones familiares y confidenciales (SALAS, 2015, p. 487).

Esta nueva tecnología vino para quedarse y cada vez irrumpe con mayor asiduidad en nuestra vida cotidiana. Que no nos tome desprevenidos.

REFERENCIAS

CALIFORNIA CIVIL CODE. **Title 1.81.26, de 28 de septiembre de 2018, Security of Connected Devices**. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill_id=201720180SB327. Acceso en: 10/12/2018.

CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE. **California Data Breach Report**. Octubre de 2014. Disponible en: https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/privacy/2014data_breach_rpt.pdf. Acceso en: 11/12/2018.

CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE. **California Data Breach Report**. Febrero de 2016. Disponible en: https://oag.ca.gov/breachreport2016. Acceso en: 09/12/ 2018.

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. **Bill History. SB-327 Information privacy: connected devices (2017-2018)**. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml?bill_id=201720180SB327. Acceso en: 03/12/2018.

CASALET, M. **La digitalización industrial: un camino hacia la gobernanza colaborativa. Estudios de casos**. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018.

COLINA, A., *et al.* **Internet de las Cosas**. 2015 (ed. Zennaro, M. y Pietrosemoli, E.). Disponible en: http://wireless.ictp.it/Papers/InternetdelasCosas.pdf. Acceso en: 11/02/2020.

COMISIÓN EUROPEA. CE. "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Digitalización de la industria

europea – Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital. 19 de abril de 2016. **COM (2016) 180 final**.

COMISIÓN EUROPEA. CE. "Inteligencia artificial para Europa". 25 de abril de 2018. **COM (2018) 237 final**.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. CEPAL. **La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción**. Santiago: Naciones Unidas, 2016.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. CEPAL. **Datos, algoritmos y políticas. La redefinición del mundo digital**. Santiago: Naciones Unidas, 2018.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Confianza, Privacidad y Seguridad de los Consumidores y las Empresas en el Internet de las Cosas". **Diario Oficial de la Unión Europea**. C 440. 61° año. 6 de diciembre de 2018, p. C 440/8-C 440/13.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad". **Diario Oficial de la Unión Europea**. C 288. 60° año. 31 de mayo de 2017, p. C 288/1-C 4288/9.

"Domótica: cómo automatizar tu hogar para disfrutarlo más mientras ahorras tiempo y dinero". **20 minutos**. 3 de noviembre de 2016. Disponible en: https://blogs.20minutos.es/un-hogar-con-mucho-oficio/2016/11/03/domotica-como-automatizar-tu-hogar-para-disfrutarlo-mas-mientras-ahorras-tiempo-y-dinero/. Acceso en: 15/03/2017.

GALLEGO GÓMEZ, C.; de PABLOS HEREDERO, C. "El impacto de un nuevo paradigma tecnológico-social: el Internet de las Cosas y la capacidad de innovación". **Harvard Deusto Business Research**, v. V, n. 2, 2016, p. 149-161.

"Gartner says Personal Worlds and the Internet of Everything Are Colliding to Create New Markets". **Gartner**. 11 de noviembre de 2013. Disponible en: https://dutchitchannel.nl/507921/gartner-says-personal-worlds-and-the-internet-of-everything-are-colliding-to-create-new-markets.html. Acceso en: 11/02/2020.

"Gartner says 8.4 billion connected 'things' will be in use in 2017 up 31 percent from 2016". **Gartner**. 7 de febrero de 2017. Disponible en: https://www.gartner.com/newsroom/id/3598917. Acceso en: 02/05/2017.

GRAHAM, R. "California's bad IoT law". **Errata Security**. 10 de septiembre de 2018. Disponible en: https://blog.erratasec.com/2018/09/californias-bad-iot-law.html#.XBbQ-lwzbIV. Acceso en: 12/12/2018.

GRANERO, H. "Contratos inteligentes y blockchain. ¿Las cadenas de bloques pueden convertir a Uber en pasado de moda?" In: GRANERO, H. (Dir.). **E-Mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral**. Buenos Aires: ElDial, 2019, p. 21-35.

HAWKINS, D. "The Cybersecurity 202: California's Internet of Things cybersecurity bill could lay groundwork for federal action". **The Washington Post**. 17 de septiembre de 2018 Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/paloma/the-cybersecurity-202/2018/09/17/the-cybersecurity-202-california-s-internet-of-things-cybersecurity-bill-could-lay-groundwork-for-federal-action/5b9e6e331b326b47ec959638/?noredirect=on&utm_term=.22a787721195. Acceso en: 14/12/2018.

McKINSEY & COMPANY. **The Internet of Things: How to capture the value of IoT**. 2018. Disponible en: https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/The%20Internet%20of%20Things%20How%20to%20capture%20the%20value%20of%20IoT/How-to-capture-the-value-of-IoT.ashx. Acceso en: 02/12/2018.

MICROSOFT. **The Future Computed: Artificial Intelligence and its Role in Society.** Redmond, Washington: Microsoft Corporation, 2018.

PERASSO, V. "Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos)". **BBC Mundo**. 12 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834. Acceso en: 12/12/2016.

"Polémico: una pulsera envía descargas eléctricas para fomentar el ahorro". **Infobae.** 23 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.infobae.com/2016/05/23/1813599-polemico-una-pulsera-envia-descargas-electricas-fomentar-el-ahorro/. Acceso en:15/03/2017.

POOLE, E. "El mundo nuevo de la tecnología ponible: ¿Qué consecuencias tiene para la propiedad intelectual (P.I.)?". **Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual**, n. 3. Junio 2014, p. 9-16.

REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN. **Internet de las Cosas**. 2016. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/paperbenchmarkinternacional-iot.pdf. Acceso en: 11/07/2019.

SALAS, A. **Los Hombres que susurran a las máquinas**. España: Espasa, 2015.

SENATE JUDICIARY COMMITTEE. **Information privacy: connected devices.** 5 de agosto de 2017. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=201720180SB327. Acceso en: 05/12/2018.

SENATE RULES COMMITTEE. SENATE FLOOR ANALYSIS. **SB-327 Information privacy: connected devices**. 28 de agosto de 2018. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billAnalysisClient.xhtml?bill_id=201720180SB327. Acceso en: 12/12/2018.

TEJERO LÓPEZ, A. **Seguridad en el Internet de las Cosas. Retos y oportunidades detectadas**. Madrid: Centro de Apoyo a la Innovación Tecnológica (CAIT), Universidad Politécnica de Madrid, 2014.

"The world's most valuable resource is no longer oil, but data". **The Economist**. 6 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data. Acceso en: 05/01/2020.

UNIÓN EUROPEA. Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. **Dictamen 8/2014 sobre la evolución reciente de la Internet de los objetos**. Adoptado el 16 de septiembre de 2014. 1471/14/ESWP 223.

UNIÓN EUROPEA. "Reglamento 2019/881 del Parlamento europeo y del Consejo relativo a ENISA (Agencia europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad)". **Diario Oficial de la Unión Europea**. 7 de junio de 2019. L 151/15-L 151/69.

UNIÓN INTERNACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES. **Recomendación UIT-T Y.2060. Descripción General de Internet de las Cosas**. Ginebra: UIT, 2012.

Cómo citar este artículo:

PORCELLI, Adriana Margarita. Un hito jurídico sobre Internet de las Cosas: la Ley de California nº 327. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1953. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201953.

Adriana Margarita Porcelli

Abogada. Procuradora (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Diploma en Derechos Económicos Sociales y Culturales (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Profesora adjunta ordinaria, División Derecho. Investigadora categoría V. Universidad Nacional de Luján (UNLu).

adporcelli@yahoo.com.ar

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 22.10.2019
Aprovado: 23.10.2019

ARTIGO CONVIDADO

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201954

Educación jurídica e innovación tecnológica: un ensayo crítico

LEGAL EDUCATION AND TECHNOLOGICAL INNOVATION: A CRITICAL ESSAY

EDUCAÇÃO JURÍDICA E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: UM ENSAIO CRÍTICO

Daniel Bonilla Maldonado[1]

Resumen
El artículo se divide en tres partes. En la primera, describo tres de las respuestas más frecuentes a la pregunta: "¿por qué es necesario, importante o urgente que se incorpore la innovación tecnológica en la educación jurídica?". Las primeras dos respuestas están relacionadas directamente con agentes del mercado que demandan educación jurídica: los estudiantes de derecho y las firmas de abogados. Por un lado, la literatura jurídica que se ocupa de este tema argumenta que las facultades de derecho deben innovar en materia tecnológica para satisfacer las expectativas y necesidades de las nuevas generaciones de estudiantes de derecho. Por el otro, la literatura argumenta que se debe alcanzar este fin para satisfacer las expectativas y necesidades de las firmas de abogados, que son quienes contratan a los nuevos graduandos de las facultades de derecho. La tercera respuesta señala que la innovación tecnológica en las facultades de derecho es necesaria porque permite que los estudiantes alcancen los objetivos de aprendizaje más eficazmente. En la segunda parte, ofrezco mis críticas a las dos primeras respuestas, aquellas que reaccionan y quieren satisfacer las necesidades tanto del mercado de servicios jurídicos como del mercado de servicios educativos. Esta crítica se fundamenta en una lectura heideggeriana de la tecnología. En la tercera parte, presento mis críticas a la tercera respuesta, aquella que conecta estrechamente los fines pedagógicos que persiguen la educación jurídica con la innovación tecnológica. En esta sección del escrito argumento (i) que la tercera respuesta se ve debilitada por la falacia naturalista; (ii) no fundamenta empíricamente sus conclusiones, o no lo hace suficientemente, y presenta algunos de sus argumentos empíricos como absolutos aunque no exista un consenso en la comunidad legal, científica o educativa en torno a ellos; (iii) no ofrece argumentos precisos y detallados que muestren como la innovación tecnológica permite alcanzar los objetivos que usualmente persigue de la educación legal; y (iv) oscurece la relación que existe entre tecnología y poder en la educación jurídica.

Palabras clave
Educación jurídica; innovación tecnológica; Heidegger; crítica a la tecnología; poder y tecnología.

Abstract
The article is divided into three parts. In the first part, I describe three of the most frequent answers to the question of why is it necessary, important, or urgent for technological innovation to be incorporated into law schools? The first two answers are directly related to agents of the market that demand legal education: law students and law firms. On the one hand, the legal literature that deals with this issue argues that law schools must innovate in technological matters to meet the expectations and needs of the new generations of law students. On the other hand, the literature argues that this aim should be achieved to satisfy the expectations and needs of law firms, who are the ones that hire new law school graduates. The third response indicates that technological innovation in law schools is necessary because it allows students to achieve learning objectives more effectively. In the second part, I offer a critique of the first two answers, those that react and want to

1 Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia
http://orcid.org/0000-0002-8303-6783

CC BY-NC

meet the needs both of the legal services market and the educational services market. This critique is based on a Heideggerian interpretation of technology. In the third part, I present my critiques of the third answer, which closely connects the pedagogical aims of legal education and technological innovation. In this section of the essay I argue that the third answer (i) is weakened by the naturalistic fallacy; (ii) it does not support empirically its conclusions, or at least does not support them sufficiently, and it presents some of its empirical arguments as absolute, when there is no consensus in the legal, scientific, or pedagogical communities around them; (iii) it does not offer precise and detailed arguments that show how technological innovation may allow us to fulfill the objectives that legal education usually pursues; and (iv) it obscures the connection between technology and power in legal education.

Keywords
Legal education; technological innovation; Heidegger; criticism of technology; power and technology.

Resumo
O artigo está dividido em três partes. Na primeira, descrevo três das respostas mais frequentes à pergunta: "Por que é necessário, importante ou urgente que a inovação tecnológica seja incorporada à educação jurídica?" As duas primeiras respostas estão diretamente relacionadas aos agentes do mercado que exigem educação jurídica: estudantes de Direito e escritórios de advocacia. Por um lado, a literatura jurídica que trata desse assunto argumenta que as faculdades de direito devem inovar em questões tecnológicas para atender às expectativas e necessidades das novas gerações de estudantes de Direito. Por outro lado, a literatura argumenta que esse objetivo deve ser alcançado para atender às expectativas e necessidades dos escritórios de advocacia, que são os que contratam os novos graduados das faculdades de Direito. A terceira resposta indica que a inovação tecnológica nas faculdades de Direito é necessária, pois permite que os alunos alcancem os objetivos de aprendizagem com mais eficiência. Na segunda parte, ofereço minhas críticas às duas primeiras respostas, aquelas que reagem e desejam atender às necessidades do mercado de serviços jurídicos e do mercado de serviços educacionais. Essa crítica é baseada em uma leitura heideggeriana da tecnologia. Na terceira parte, apresento minhas críticas à terceira resposta, a que une estreitamente os objetivos pedagógicos perseguidos pela educação jurídica à inovação tecnológica. Nessa seção do artigo, argumento (i) que a terceira resposta é enfraquecida pela falácia naturalista; (ii) não baseia empiricamente suas conclusões, ou não o faz o suficiente, e apresenta alguns de seus argumentos empíricos como absolutos, embora não exista consenso na comunidade jurídica, científica ou educacional em torno deles; (iii) não oferece argumentos precisos e detalhados que mostram como a inovação tecnológica nos permite alcançar os objetivos que geralmente são perseguidos pela educação jurídica; e (iv) obscurece a relação entre tecnologia e poder na educação jurídica.

Palavras-chave
Educação jurídica; inovação tecnológica; Heidegger; crítica à tecnologia; poder e tecnologia.

Introducción

La tecnología es un hecho omnipresente e ineludible tanto en la práctica profesional del Derecho como en la educación jurídica contemporáneas.[1] La tecnología ha impactado de manera notable el mercado de servicios jurídicos en el mundo entero. La práctica jurídica, que hoy tiene dimensiones globales, se ha transformado por la llegada de los abogados en línea, los programas de computador que permiten compartir las pruebas con la contraparte en un juicio (*e-discovery*), el uso de grandes bases de datos para la toma de decisiones jurídicas, el uso masivo de software que permite crear y compartir documentos jurídicos y el uso de software que permite hacerle seguimiento a los procesos judiciales o hacer comparaciones y análisis de grandes cantidades de documentos jurídicos. Estas innovaciones tecnológicas han logrado que algunos aspectos de los servicios jurídicos sean más eficientes, más transparentes, más baratos y más accesibles a los ciudadanos.[2] No obstante, estas mismas innovaciones tecnológicas también amenazan con eliminar un número importante de empleos jurídicos, generan riesgos relacionados con la calidad de los servicios legales que se prestan, crean nuevos retos éticos para los abogados y oscurecen o vuelven aun más técnicos aspectos de la práctica jurídica que ahora pasan a ser controlados por algoritmos que solo unos pocos conocen, entienden y pueden transformar.[3]

1 Ver Richard Granat y Marc Lauritsen (2004) (Sobre los desarrollos y posibilidades del *E-Lawyering* en la práctica jurídica); Stephen M. Johnson (2000); Edward L. Rubin (2012); Brian Sites (2016, p. 21) (Sobre los desarrollos tecnológicos: "Es esencial que los profesores de derecho, como guías de los estudiantes que viven en una era de grandes cambios tecnológicos, se mantengan al día con respecto a los más importantes de estos desarrollos".); Thomas Steele (2003); Richard K. Sherwin, Neal Feigenson y Christina Spiesel (2006, p. 217) ("La práctica del derecho … depende cada vez más de lo que aparece en las pantallas electrónicas en las salas de audiencia, en las firmas de abogados, en las agencias gubernamentales y en otros lugares. La teoría y la enseñanza del derecho deben también adaptarse a estas nuevas condiciones".); USC Gould School of Law (2017) ("Si quieren seguir siendo competitivos, los abogados de hoy deben ser capaces de mirar hacia el futuro mientras también comprenden las lecciones del pasado. En el mundo jurídico moderno, esto requiere de un claro entendimiento de cómo la tecnología y la naturaleza omniabarcante del internet han cambiado la cara de la práctica jurídica".); Miguel Willis (2016) ("La profesión de la abogacía está cambiando rápidamente con el influjo de la tecnología y de los emprendimientos legales".); Ifeoluwa Olubiyi, Ayobami Olaniyan y Ngozi Odiaka (2015, p. 2) ("La tecnología tiene un papel vital en nuestras rutinas cotidianas y también tiene un impacto significativo en la educación legal y la práctica jurídica".).

2 Ver Ron Friedman (2004); USC Gould School of Law (2017) ("La práctica de la abogacía virtual tiene una serie de beneficios, tanto para el abogado como para el cliente".); Michele Pistone (2014, p. 590) ("Haciendo uso de las tecnologías contemporáneas, el trabajo que me tomaba 500 horas facturables –casi dos meses en total– puede ser ahora hecho por computadores en unos pocos días".).

3 Ver USC Gould School of Law (2017) ("A pesar de los beneficios el *E-Lawyering* no es una solución perfecta. Esta nueva estructura también tiene riesgos y desventajas".); Olubiyi, Olaniyan y Odiaka (2015, p. 7

Ahora bien, la influencia efectiva y el impacto de estas innovaciones tecnológicas varían dependiendo de las características que tenga la comunidad jurídica y de las peculiaridades que tenga el sector de la innovación tecnológica en cada comunidad política. En América Latina, por ejemplo, las grandes firmas de abogados que pueden pagar por estas innovaciones tecnológicas o que ven que los servicios que prestan a las grandes empresas nacionales o multinacionales se ven afectados por su aplicación ocupan un lugar menor dentro del mercado de servicios jurídicos (BONILLA, 2017, p. 103). La mayoría de los abogados en la región practican el derecho individualmente o en pequeños grupos que comparten gastos de funcionamiento y coordinación, pero no constituyen una persona jurídica autónoma. En Latinoamérica, además, el sector de la innovación tecnológica en materia jurídica no es grande y aunque ha impactado algunas dimensiones de los servicios que prestan las grandes firmas de abogados no ha impactado la práctica de la mayor parte de abogados que ejercen el derecho individualmente, o lo ha hecho solo de manera menor.[4] En Estados Unidos, en contraste, las grandes firmas de abogados ocupan un lugar notable dentro del mercado de servicios jurídicos[5] y el sector de innovación tecnológica en el derecho se ha desarrollado notablemente en los últimos diez años.[6] Asimismo, estas grandes firmas de abogados tienen el músculo financiero para invertir en tecnología y los servicios que prestan han impactado su práctica, por ejemplo,

y 15); Andrew Beckerman-Rodau (2004, p. 1); Comunidad Virtual, Facultad de Derecho, Universidad Externado (2018) (Argumenta que la tecnología podrá reemplazar a los abogados en el futuro).

4 Ver Daniel Acevedo (2018) (En el 2018 se celebró la primera *legaltech* en México; es la primera vez en que dos días completos son dedicados a la relación entre tecnología y práctica jurídica); Rodrigo Riquelme (2019) (Las firmas de abogados en América Latina se toman demasiado tiempo para implementar la tecnología); AméricaEconomía.com (s.f.) (Primera reunión Global Legaltech en Ciudad de México).

5 Ver Marc Galanter y William D. Henderson (2007, p. 1869) ("En total, los abogados de las firmas de abogados grandes constituyen el 10.5% de la profesión jurídica estadounidense. Sin embargo, este es también el sector de la profesión que crece más rápido y es el más próspero y dinámico. Si el pasado reciente es una guía confiable, la institución de las firmas grandes –su poder, influencia y prestigio– serán de nuevo un tema dominante en esta discusión".); Margaret Grisdela (s.f.).

6 Ver *LegalTech hits $1 billion investment as lawyers embrace automation* (2018), https://blog.lawgeex.com/legaltech-hits-1-billion-investment-as-lawyers-embrace-automation/ (visitado por última vez en 9 ago. 2019); Valentin Pivovarov (2019) (2018 fue un año exitoso para la tecnología legal); Olubiyi, Olaniyan y Odiaka (2015, nota 1, p. 4) (Desde los años 80, los computadores han tenido un impacto relevante en la educación e investigación jurídicas); *The university map of Legal Tech: who teaches it in the world*, THE TECHNOLAWGIST (2019), http://www.thetechnolawgist.com/2019/03/18/the-university-map-of-legal-tech-who-teaches-it-in-the-world/ (visitado por última vez en 18 ago. 2019) (Muchas universidades en Estados Unidos tienen proyectos sobre derecho y tecnología.). Ver también, por ejemplo, Pearl Goldman (2001, p. 468); Pearl Goldman (2008) (Lista un gran número de artículos sobre tecnología y derecho, especialmente de Estados Unidos).

mediante la reducción de las tarifas por hora que pueden cobrar a sus clientes o el número de horas que pueden cobrar por cada servicio que prestan.

La educación jurídica también ha sido impactada por la innovación tecnológica.[7] En muchas facultades de derecho de todo el mundo se han creado programas macro o micro para la innovación de la enseñanza jurídica mediante la tecnología. En un gran número de facultades de los cinco continentes, herramientas como los cursos en línea, los cursos mixtos (*blended*), los libros jurídicos electrónicos interactivos, las plataformas en línea para evaluar a los estudiantes, compartir información entre alumnos y profesores, la integración de computadores, teléfonos celulares o contadores (*clickers*) en las dinámicas de clase, los software antiplagio, el uso de videos en las clases y el uso de software para medir la productividad de los profesores y para evaluar la percepción que tienen los estudiantes de sus cursos tienen una mayor o menor presencia. En consecuencia, las facultades de derecho invierten cada vez más recursos económicos para incorporar o desarrollar estas innovaciones tecnológicas en sus prácticas educativas. Del mismo modo, utilizan estas innovaciones tecnológicas para articular un discurso que les permite presentarse como instituciones educativas de vanguardia y, así, competir más eficientemente en el mercado educativo (LEVY, 2016, p. 251; TENINBAUM, 2019; WILLIS, 2016).[8] El impacto discursivo o práctico de las innovaciones tecnológicas en la educación jurídica es tan fuerte que las facultades de derecho que no las incorporan son vistas por el mercado (y por ellas mismas) como instituciones desuetas, instituciones que han sido dejadas atrás por el tren de lo "moderno".[9]

La innovación tecnológica en la práctica jurídica y en la educación legal, por tanto, ha generado una línea de investigación académica que busca describir sus características, evaluar sus efectos, criticar sus límites y ofrecer horizontes normativos para su implementación o desarrollo adecuado (JOHNSON, 2000; JOHNSON, 2013; LARSON, 2016; LEVY, 2016; MOPPETT, 2013; MURRAY, 2011; OLUBIYI, OLANIYAN y ODIAKA, 2015; PISTONE,

7 Ver, en general, Johnson (2000, p. 101) ("Las facultades de derecho tienen que incrementar, y lo harán, el uso de la tecnología en la enseñanza por una serie de razones".); Steele (2003, p. 614) ("De hecho, la profesión legal y su principal motor de enseñanza, las facultades de derecho, han respondido tanto al rápido cambio tecnológico como a las nuevas exigencias de la sociedad y del público de preparar abogados para que representen adecuadamente a los clientes".); Sherwin, Feigenson y Spiesel (2006, p. 227); Olubiyi, Olaniyan y Odiaka (2015, p. 3) ("La tecnología ha impulsado cambios significativos en la educación y práctica jurídicas en varias jurisdicciones".).

8 Ver James B. Levy (2016, p. 251) ("... la tecnología tiene un importante simbolismo en las mentes del público y, como la alta costura, transmite un halo de superioridad sobre las escuelas que no la tienen".).

9 Ver Levy (2016, p. 250-251) ("Los administradores sienten una gran urgencia por adoptar nuevas tecnologías debido a la percepción que tiene el público de que si una escuela no está haciendo precisamente eso, se está quedando atrás...".).

2014; STEELE, 2003; SHERWIN, FEIGENSON y SPIESEL, 2006; HARRIS, 2018). Este artículo tiene como objetivo evaluar críticamente tres de las razones más comunes que ofrece la literatura jurídica para explicar o fundamentar las razones por las cuales la innovación tecnológica es necesaria en la educación legal. En consecuencia, el artículo solo se ocupará de la relación entre innovación tecnológica y práctica jurídica de manera tangencial. El texto solo tocará este tema en la medida en que afecte el discurso o las prácticas de las facultades de derecho.

Para cumplir con estos objetivos, divido el artículo en tres partes. En la primera, describiré tres de las respuestas más frecuentes a la pregunta: ¿por qué es necesario, importante o urgente que se incorpore la innovación tecnológica en la educación jurídica? Las primeras dos respuestas están relacionadas directamente con agentes del mercado que demandan educación jurídica: los estudiantes de derecho y las firmas de abogados. Por un lado, la literatura jurídica que se ocupa de este tema argumenta que las facultades de derecho deben innovar en materia tecnológica para satisfacer las expectativas y necesidades de las nuevas generaciones de estudiantes de derecho (JOHNSON, 2000, p. 55; MOPPETT, 2013, p. 102; LARSON, 2016, p. 240; PISTONE, 2014, p. 591; CARON, 2006).[10] Por el otro, la literatura argumenta que se debe alcanzar este fin para satisfacer las expectativas y necesidades de las firmas de abogados, que son quienes contratan a los nuevos graduandos de las facultades de derecho.[11] La tercera respuesta señala que la innovación tecnológica en las facultades

• • •

10 Ver Johnson (2000, p. 55) ("Ya que los estilos de aprendizaje de muchos de los estudiantes de las generaciones X y Y se han forjado con la ayuda de la tecnología, sería beneficioso incorporar la tecnología de formas más amplias a la pedagogía de las facultades de derecho para responder a los estilos de aprendizaje de esos estudiantes, en lugar de obligarlos a modificar sus estilos de aprendizaje para que quepan en el molde de la pedagogía jurídica tradicional".); Moppett (2013, p. 102) ("La decisión de usar tecnología para evaluar a los estudiantes no sólo responde a esta expectativa sino que también manda un mensaje a los estudiantes de que sus profesores están comprometidos con su éxito".); Rogelio Lasso (2002, p. 59) (Sobre las razones por las cuales usar tecnología en la educación legal: "para conectar más adecuadamente con los estudiantes que son el producto de una revolución en el aprendizaje, la tecnología digital también debería integrarse a la enseñanza para así mejorar las experiencias de aprendizaje de los estudiantes sin importar la metodología de enseñanza del profesor ni los estilos de aprendizaje de los estudiantes".).

11 Ver Pistone (2014, p. 589) ("Las innovaciones tecnológicas también están teniendo repercusiones en la práctica del derecho. Consecuentemente, abogados y estudiantes de derecho deberán desarrollar nuevas habilidades para ser exitosos profesionalmente".); Jeannette Eicks (2012) ("Las firmas necesitan abogados que puedan implementar innovaciones tecnológicas y que puedan entender y facilitar las decisiones apropiadas sobre la tecnología y los proveedores de esta para sus firmas. Un laboratorio de tecnología para la práctica legal generaría una base sólida para los nuevos abogados, al mismo tiempo que se cultivan discusiones más profundas en otras clases".); Johnson (2000, p. 60-61). Ver, en general, Richard L. Marcus (2008) (Hace referencia a que la tecnología está creando nuevos trabajos que responden a las nuevas necesidades

de derecho es necesaria porque permite que los estudiantes alcancen los objetivos de aprendizaje más eficazmente (GALVES, 2004, p. 197-198; MOPPETT, 2013, p. 97; LARSON, 2016, p. 238; THREEDY y DEWALD, 2015; WARNER, SOWLE y SADLER, 1998; JOHNSON, 2000, p. 47-48).[12] En la segunda parte, ofreceré mis críticas a las dos primeras respuestas, aquellas que reaccionan y quieren satisfacer las necesidades tanto del mercado de servicios jurídicos como del mercado de servicios educativos. Esta crítica se fundamenta en una lectura heideggeriana de la tecnología. En la tercera parte, presentaré mis críticas a la tercera respuesta, aquella que conecta estrechamente los fines pedagógicos que persigue la educación jurídica con la innovación tecnológica. En esta sección del escrito argumento que la tercera respuesta (i) se ve debilitada por la falacia naturalista; (ii) no fundamenta empíricamente sus conclusiones, o no lo hace suficientemente, y presenta algunos de sus argumentos empíricos como absolutos aunque no exista un consenso en la comunidad legal, científica o educativa en torno a ellos; (iii) no ofrece argumentos precisos y detallados que muestren como la innovación tecnológica permite alcanzar los objetivos que usualmente persigue de la educación legal; y (iv) oscurece la relación que existe entre tecnología y poder en la educación jurídica.

1. Mercado, pedagogía e innovación tecnológica

Las relaciones entre innovación tecnológica y educación jurídica se han convertido en un objeto de estudio relevante para los académicos del Derecho del mundo entero (BROUSSARD, 2009; BECKER, n.d.; CARON, 2006; CARON y GELY, 2004; DEGROFF, 2011; COMUNIDAD VIRTUAL, 2018; GALVES, 2004; JOHNSON, 2000; JOHNSON, 2013; KATZ, 2012; LARSON, 2016; LASSO, 2002; LEVY, 2016; MOPPETT, 2013; MURRAY, 2011; OLUBIYI, OLANIYAN y ODIAKA, 2015; PISTONE, 2014; RIQUELME, 2019; RUBIN, 2012; SHERWIN, FEIGESON y SPIESEL, 2006; SITES, 2016; STEELE, 2003;

y expectativas de las firmas de abogados.); Stephanie Kimbro (2010) ("Por lo tanto, [la educación relacionada con la tecnología] debe ser algo que se le ofrezca a los abogados antes de que se sumerjan en la práctica, sea esta privada o dentro de una firma en la que se espera que sigan la política interna sobre el uso de la tecnología."); Martin J. Katz (2012, p. 823) ("Los que se gradúan de derecho están mal preparados para la práctica".).

12 Ver Fred Galves (2004, p. 197-198) ("La esencia de la enseñanza es transmitir la información y las ideas de forma tal que puedan ser entendidas por los estudiantes … los educadores del derecho pueden ofrecerle información a sus estudiantes de una forma efectiva y eficiente si incorporan tecnología visual en sus clases".); Larson (2016, p. 238) ("La tecnología puede ser usada de forma intencional e informada para ayudar y promover el conocimiento o las habilidades que se espera que el estudiante adquiera en cada nivel".); Debora L. Threedy y Aaron Dewald (2015). Ver también Richard Warner, Stephen D. Sowle y Will Sadler (1998) ("Los computadores son una herramienta efectiva para alcanzar los objetivos pedagógicos que son importantes para la abogacía".).

THREEDY y DEWALD, 2015). La descripción y evaluación (típicamente positiva) de las interacciones entre cambios tecnológicos y facultades de derecho (sus discursos y prácticas) se han venido abriendo espacios en la academia del derecho global durante los últimos diez años. Esta literatura tiene una presencia notable en la academia jurídica estadounidense (BROUSSARD, 2009; BECKER, n.d.; CARON, 2006; DEGROFF, 2011; GALVES, 2004; JOHNSON, 2000; JOHNSON, 2013; KATZ, 2012; LARSON, 2016; LASSO, 2002; LEVY, 2016; MOPPETT, 2013; MURRAY, 2011; PISTONE, 2014; RIQUELME, 2019; RUBIN, 2012; SHERWIN, FEIGESON y SPIESEL, 2006; SITES, 2016; STEELE, 2003; THREEDY y DEWALD, 2015). No obstante, también se han abierto algunos espacios en la academia jurídica de otras partes del mundo, entre otras, América Latina y Europa Occidental (CICERO, 2018; COMUNIDAD VIRTUAL, 2018; LATRUP-PEDERSEN, 2002, p. 165-186; MAHARG y MUNTJEWERFF, 2002, p. 307-322).[13] Una parte de esta literatura se pregunta directamente por la necesidad, urgencia o importancia que tienen las innovaciones tecnológicas en la educación jurídica (MOPPETT, 2013; LASSO, 2002; LARSON, 2016; PISTONE, 2014; OLUBIYI, OLANIYAN y ODIAKA, 2015). Otra parte asume como premisa implícita o explícita las respuestas positivas que ofrecen los académicos del derecho a esta pregunta y escogen como objeto de estudio aspectos más precisos de este campo de estudio, por ejemplo, estrategias para implementar innovaciones tecnológicas particulares como los cursos *blended*, el uso de contadores (*clickers*) en las dinámicas de clase o evaluaciones cuantitativas o cualitativas que miden la efectividad de las innovaciones tecnológicas para alcanzar los objetivos de aprendizaje que persiguen las facultades de derecho (BELDARRAIN, 2006, p. 139-153; CARON, 2006; EASTON, 2009; MOPPETT, 2013, p. 106-131; SLOMANSON, 2014). Estos objetivos, típicamente, están directamente relacionados con que los estudiantes reciban y procesen información jurídica, desarrollen destrezas que son necesarias para actuar competentemente en la práctica del derecho y sean conscientes y pongan en práctica los estándares éticos de la profesión (JOHNSON, 2013, n. 31; LARSON, 2016, p. 235-237).[14]

Ahora bien, las respuestas más comunes que ofrece el primer grupo de académicos del derecho, aquellos que se ocupan de responder directamente a la pregunta por la necesidad, pertinencia o urgencia de las innovaciones tecnológicas para la educación jurídica, pueden reunirse en los siguientes tres grupos. El primer grupo de respuestas indica que la innovación tecnológica en la educación jurídica es necesaria, importante o urgente porque solo mediante la incorporación de estas creaciones de la tecnología se puede dar una respuesta satisfactoria

13 Ver, en general, Ámbito Jurídico (2018) (Los estudiantes colombianos deberían comenzar a aprender sobre tecnología). En África, ver Olubiyi, Olaniyan y Odiaka (2015).

14 Johnson (2013, n. 31) (Sobre las diez habilidades fundamentales de los abogados.).

a las necesidades y expectativas de las nuevas generaciones de estudiantes de derecho.[15] Esta respuesta, por tanto, parte de dos premisas. Primero, asume que uno de los fines centrales de las facultades de derecho es satisfacer las necesidades y expectativas de los agentes que demandan servicios educativos en el mercado. Segundo, parte de unas descripciones precisas y particulares de estos agentes del mercado. Las caracterizaciones de estos agentes, los estudiantes de derecho, con las que inicia su argumentación este conjunto de respuestas, permiten determinar cuáles son las necesidades y expectativas que las facultades de derecho deberían satisfacer (JOHNSON, 2013, p. 53-55; LASSO, 2002, p. 19-22; LARSON, 2016, p. 232-234; MOPPETT, 2013, p. 98-102). Esta literatura argumenta que la mayoría de los estudiantes de derecho pertenecen a las generaciones Y (los *millennials*, que se entiende que nacieron entre 1981 y 1995) y Z (los *centennials*, que se entiende que nacieron entre 1995 y el día de hoy).[16] La literatura caracteriza a estas generaciones de las siguientes dos formas. En primer lugar, las describe como "nativos digitales".[17] Para los autores que ofrecen esta descripción, los estudiantes de derecho que pertenecen a estas generaciones nacieron y crecieron con la tecnología. Para estos autores, las generaciones Y y Z, por tanto, son individuos a los que les gusta y que conocen bien la tecnología. Estos estudiantes de derecho, por tanto, "piensan diferente" a otras generaciones y esperan que la tecnología sea parte de los procesos de aprendizaje que tienen lugar en las facultades de derecho.[18]

15 *Supra* nota 10; ver también Larson (2016) (Sobre la generación Y o *millennials*: "Ellos están acostumbrados a las ventajas de las tecnologías digitales, y este acceso informa el proceso pedagógico que esperan".).

16 Johnson (2013, p. 53) ("Por los próximos quince o veinte años, la mayoría de los estudiantes de derecho serán miembros de las generaciones X o Y".); Moppett (2013, p. 98-99) ("La mayoría de los estudiantes que hoy en día entran a las facultades de derecho son miembros de la Generación Millennial".). Ver también Murray (2011, p. 194) ("La mayoría de los estudiantes de derecho de hoy en día son miembros de la Generación X y Y [también conocidas como la generación 'millennial']. Los estudiantes *millennials* serán mayoría entre la población de estudiantes de derecho en los próximos quince a veinte años".).

17 Ver Moppett (2013, p. 78) ("Los estudiantes que se matriculan hoy en las facultades de derecho son 'nativos digitales' – 'nativos en la lengua digital de los computadores, videojuegos e internet"); Johnson (2013, p. 54). *Cf.* Marc Prensky (2001, p. 1); Larson (2016, p. 232) ("Crecieron rodeados de tecnología. Siempre ha sido parte de su mundo".).

18 Ver Lasso (2002, p. 19) ("Los estudiantes que ingresan a las facultades de derecho hoy difieren de sus predecesores de hace veinte años porque conocen bien los temas tecnológicos".); Moppett (2013, p. 100) (Los nativos digitales "no piensan ni procesan material del mismo modo que los miembros de las generaciones previas".). Ver también Broussard (2009, p. 904) ("Los computadores no cuentan como tecnología para estos nuevos estudiantes, sino que, más bien, están 'instalados en su psique'". [Citando a Jason Frand (2000, p. 16)]; DeGroff (2011, p. 251) (Los estudiantes de derecho de hoy en día "también son muy distintos a las previas generaciones con respecto a la forma en que aprenden y acceden a la información".). *Cf.* Prensky (2001, p. 1) ("los estudiantes de hoy piensan y procesan la información de forma fundamentalmente diferente a la de sus predecesores".).

En segundo lugar, la literatura describe a las personas que componen estas generaciones como individuos "visuales";[19] son individuos que aprenden principalmente a través del sentido de la vista. Estos sujetos, además, aprecian y desarrollan eficazmente varias tareas simultáneamente (*multitasking*), están interesados en el aprendizaje colaborativo y esperan ser agentes activos, no pasivos, en los procesos de aprendizaje (MOPPETT, 2013, p. 98-101; LASSO, 2002, p. 23; LARSON, 2016, p. 233; JOHNSON, 2013, p. 55; BELDARRAIN, 2006).[20] Asimismo, estas generaciones esperan ser evaluadas rápidamente y recibir retroalimentación precisa y pronta por parte de sus profesores. Para el grupo de autores que ofrece esta respuesta a la pregunta por la necesidad de la innovación tecnológica en las facultades de derecho, las características de los *millennials* y los *centennials* solo se pueden satisfacer eficazmente si la educación jurídica incorpora instrumentos tecnológicos como los computadores, *clickers*, teléfonos celulares o cámaras digitales en sus dinámicas de clase e incorpora en sus prácticas docentes los distintos tipos de software que permiten el diseño y materialización de cursos en línea, cursos mixtos, la grabación de videos educativos y las plataformas que permiten compartir/editar documentos y evaluar a los estudiantes (SLOMANSON, 2014; BELDARAIN, 2006).[21]

El segundo grupo de respuestas a la pregunta por la necesidad de la innovación tecnológica en la educación jurídica gira en torno a otro de los agentes centrales en el mercado de los servicios educativos: las firmas de abogados. Para este grupo de respuestas, la innovación tecnológica en las facultades de derecho es urgente e importante porque sin ella no sería posible satisfacer las necesidades y expectativas de las firmas de abogados que emplean a las nuevas generaciones de abogados.[22] Las firmas, se argumenta desde esta perspectiva, indican que la tecnología ha transformado el mercado de servicios jurídicos. Los abogados en línea, el uso de software para comparar y analizar grandes cantidades de documentos jurídicos, el *e-discovery*, las plataformas que permiten que los ciudadanos y empresas creen y compartan documentos

19 Moppett (2013, p. 100-101) ("Los nativos digitales también tienden a ser estudiantes visuales y quinestésicos que aprenden mejor mediante medios interactivos".); Lasso (2002, p. 29) ("los estudiantes de hoy tienden a aprender de forma visual".); Johnson (2013, p. 54). Ver también DeGroff (2011, p. 252) (las generaciones X y Y "más probablemente aprenden de manera visual".); Galves (2004, p. 198) ("Los estudiantes modernos están más acostumbrados a recibir información visual que los estudiantes del pasado".). Walter Benjamin fue de los primeros que señaló la primacía de la visión en la edad moderna. Ver Benjamin (2014, p. 70-71).

20 Lasso (2002, p. 23) ("Los nuevos estudiantes de derecho aprenden mejor cuando reciben información mediante un medio más dinámico, interactivo y creativo que el texto impreso".).

21 *Supra* nota 10.

22 *Supra* nota 11.

jurídicos y el uso de grandes bases de datos para la toma de decisiones jurídicas, entre otras herramientas tecnológicas, han transformado la práctica del Derecho.[23]

Por consiguiente, argumenta esta segunda respuesta, las firmas exigen que las facultades de derecho formen a las nuevas generaciones de abogados de manera que puedan satisfacer las necesidades y expectativas que surgen con esta nueva realidad jurídica. Los recién graduados de las facultades de derecho deberían, por tanto, conocer bien las nuevas herramientas tecnológicas que se usan en el mercado de servicios jurídicos y deberían tener la capacidad de contribuir al desarrollo o perfeccionamiento de algunas de estas tecnologías; solo los abogados que puedan manejar estas herramientas sobrevivirán en un mercado jurídico que tiende a reducir la oferta de empleos como consecuencia de la omnipresencia de las innovaciones tecnológicas mencionadas anteriormente.[24] El trabajo que hacían decenas de abogados jóvenes en las firmas durante varios días o semanas pueden ahora ser realizados en minutos u horas por medio de computadores. Asimismo, los clientes de las firmas de abogados tienen expectativas distintas frente a los servicios que estas prestan: no están ya dispuestos a subsidiar la formación práctica de los abogados jóvenes y esperan pagar menos por el trabajo que realizan las firmas dado que este puede ser adelantado más eficazmente con las nuevas herramientas tecnológicas disponibles en el mercado jurídico.[25] Las facultades de derecho, por tanto, deberían ofrecer más cursos en donde se enseñe el uso de nuevas tecnologías jurídicas y más cursos que permitan a los estudiantes ser partícipes de los procesos de creación de estas herramientas, por ejemplo, cursos en donde se les enseñe a programar (HARVARD LAW SCHOOL,

• • •

23 Ver, en general, John O. McGinnis y Russell G. Pearce (2013, p. 3043); Marcus (2008, p. 264) ("Es decididamente tentador afirmar que la tecnología digital es el principal recurso o al menos un facilitador crítico del papel que tiene el abogado de hoy".); USC Gould School of Law (2017); Sherwin, Feigenson y Spiesel (2006, p. 227); Jeffrey Allen (2012, p. 4) ("Los abogados deben hacer uso de la tecnología para funcionar exitosamente en el mundo de hoy".); Pistone (2014, p. 589-591).

24 Ver Pistone (2014, p. 589) ("Las innovaciones tecnológicas también están impactando la práctica del derecho. En consecuencia, los abogados y estudiantes de derecho tendrán que desarrollar nuevas habilidades para ser exitosos profesionalmente. Sin embargo, los clientes corporativos se encuentran con que muchos abogados, incluyendo los recién graduados, carecen de las habilidades relacionadas con los usos más sofisticados de la tecnología relacionada con la abogacía y la práctica jurídica en general".); Kimbro (2010) ("Evitar el uso de la tecnología en la práctica gerencial no es una opción realista hoy en día".); Kristin B. Gerdy, Jane H. Wise y Alison Craig (2005, p. 263) ("La naturaleza de la práctica jurídica se está volviendo cada vez más técnica".); Moppett (2013, p. 103).

25 Ver, en general, Patrick J. Schiltz (1999, p. 899-900) ("El mercado de los servicios jurídicos se ha vuelto cada vez más competitivo … los clientes insisten en obtener un muy buen trabajo y pagar horas facturables a precios bajos. También insisten en que los abogados minimicen la cantidad de tiempo que le dedican a cada proceso para bajar los precios".); The Irish Times Content Studio (2019) ("los clientes están exigiendo más por menos" [Citando a David Halliwell]).

2017; SAW, 2018; LOHR, 2017).[26] De igual forma, otro tipo de materias como las teóricas (Filosofía del Derecho o Filosofía Política, por ejemplo) o interdisciplinarias (Sociología del Derecho, Psicoanálisis del Derecho, Antropología del Derecho, por ejemplo) deberían desaparecer o perder peso en los currículos de las facultades de derecho.[27] Estas materias, se argumenta, no son útiles o son útiles solo marginalmente para la práctica profesional.

El tercer grupo de respuestas a la pregunta por la necesidad de la innovación tecnológica en las facultades de derecho señala que la tecnología permite alcanzar más eficazmente los objetivos de aprendizaje que estas instituciones persiguen.[28] En estas instituciones está ampliamente aceptado que dichos fines giran en torno a los siguientes tres pilares: información, destrezas profesionales y competencias éticas (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2014; LARSON, 2016, p. 235-237; MCGINNIS y PEARCE, 2013, p. 3043).[29] Por un lado, los estudiantes de derecho deben familiarizarse y comprender los contenidos básicos de las principales áreas que componen al ordenamiento jurídico. Igualmente, deben desarrollar las habilidades necesarias para usar adecuadamente los materiales jurídicos y para adelantar las tareas que se requieren para prestar competentemente los servicios que necesitan sus clientes, entre otros, destrezas para entrevistar testigos, habilidades para trabajar en equipo y pericias para redactar distintos tipos de documentos legales como memos, demandas y contratos. Finalmente, los estudiantes de derecho deben conocer, interiorizar y poner en práctica los estándares éticos que regulan la profesión. Deben tener la posibilidad de identificar los conflictos o dilemas éticos que inevitablemente se les presentarán en la práctica y deben tener los conocimientos y herramientas para poder resolverlos conforme a criterios aceptados por la comunidad jurídica a la que pertenecen.

La tecnología, argumentan los autores que presentan este tercer grupo de respuestas, permite alcanzar estos tres objetivos de manera eficaz (LARSON, 2016, p. 238; SLOMANSON,

26 Ver Yenée Saw (2018) ("Los cursos de programación permitirán que los estudiantes de derecho desarrollen las habilidades técnicas para programar y para el diseño de sistemas de información legal"). Ver, en general, Paul Ohm (2009); Jason Morris (2018).

27 Ver James E. Wallace (1967, p. 30) ("La presión cada vez mayor por que haya una educación especializada que prepare a los abogados para las tareas que deben adelantar" [en la práctica profesional, está llevando a que se excluya la filosofía del derecho del currículo de las facultades].); Jan R. Sieckmann (2008) (sobre la marginalización de las disciplinas teóricas, como la sociología jurídica, en las facultades de derecho, especialmente en Alemania).

28 *Supra* nota 12.

29 John O. McGinnis y Russell G. Pearce (2013, p. 3043) (describen "cinco áreas en las que la inteligencia artificial podrá proporcionar servicios … que actualmente proveen los abogados: revelación de las pruebas entre las partes, investigación jurídica, generación de documentos, generación de expedientes, y predicción de la solución de los casos".).

2014; BELDARRAIN, 2006).[30] Los cursos en línea o mixtos, por ejemplo, permiten que los estudiantes y profesores dediquen más tiempo al desarrollo de habilidades que a la descripción y repetición de contenidos. El uso de computadores, celulares, videos y *clickers* permiten que los estudiantes estén motivados, atentos y concentrados en clase, lo que contribuye a que puedan procesar mejor la información que se discute o desarrollar las habilidades que se necesitan para manipularla adecuadamente. El uso de libros electrónicos interactivos, para seguir con los ejemplos, permite que los alumnos tengan un papel más activo en los procesos de aprendizaje y el uso de plataformas en línea contribuye a desarrollar habilidades para el trabajo en equipo. Estas plataformas facilitan el trabajo de personas distintas para alcanzar fines comunes como la redacción de documentos necesarios para satisfacer las necesidades de los clientes, la articulación de estrategias de litigio o la formulación de políticas que permitan la búsqueda de nuevos clientes o la retención de los que ya se tienen.

2. LA TECNOLOGÍA COMO FORMA DE COMPRENSIÓN DEL "SER": UNA CRÍTICA HEIDEGGERIANA A LA TECNOLOGÍA EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA

Los primeros dos grupos de respuestas se fundamentan en una lectura de los abogados, de la práctica profesional y de la educación jurídica que se sustenta en una interpretación de la tecnología como forma de comprensión del "ser".[31] En esta interpretación, la tecnología no se entiende como un medio para conseguir un fin particular: esta perspectiva sobre la tecnología tampoco se limita a la descripción, análisis o evaluación de una herramienta tecnológica específica, por ejemplo, el Internet, un software particular o una aplicación determinada. La tecnología, más bien, se entiende como el horizonte de perspectivas dentro del cual estamos inmersos. La tecnología se interpreta como la estructura de emplazamiento,[32] como

30 Ver Larson (2016, p. 238) ("La tecnología…[es] una herramienta que puede ser usada para ayudar a los estudiantes a que alcancen un nivel más alto. La tecnología puede ser usada de forma intencional e informada para apoyar y promover el conocimiento y las habilidades que se esperan que el estudiante obtenga en cada nivel").

31 Ver, en general, Martin Heidegger (1977) ("La tecnología es un modo de revelar. La tecnología se hace presente [en Occidente] en el ámbito en el que el develar y el desocultar tienen lugar, donde la aletheia, la verdad, suceden".). Ver también Iain D. Thomson (2005) ("Efectivamente, una vez concebimos la 'esencia' como un verbo y no como un nombre, podemos ver que la 'esencia de la tecnología' hace referencia a la forma en que entidades tecnológicas tienden a 'tematizarse' o venir a nuestra presencia, a suceder para nosotros".); Hubert Dreyfus (2006, p. 357) (Describe la tecnología como un paradigma cultural nihilista).

32 Heidegger usa la palabra alemana Gestell. Sobre el significado de esta palabra, ver Heidegger (1977, p. 24) ("A aquella interpelación que provoca, que coliga al hombre a solicitar lo que sale de lo oculto como existencia, lo llamamos ahora la estructura de emplazamiento (Gestell)".); George Steiner (2013, p. 212); Thomson (2005, p. 53).

la constelación de inteligibilidad que da sentido al "ser" en la modernidad tardía.[33] La tecnología es el marco desde el cual interpretamos el mundo y los seres humanos. La tecnología es el engranaje, el entretejido de significados, mediante el cual se da cuenta del mundo, de lo que acaece, en la modernidad tardía.

Este horizonte de perspectivas, en la lectura heideggeriana de la tecnología, es el momento más reciente de la genealogía de la metafísica occidental.[34] La historia de Occidente, para Heidegger, es en lo fundamental la historia de la metafísica; es la historia de las distintas formas de precomprender el mundo que ha construido la filosofía occidental. Hacer una genealogía de la metafísica occidental, por tanto, implica rastrear la emergencia y las transformaciones de las formas de precomprender lo que acaece en el mundo que han sido interiorizadas por Occidente. La estructura de emplazamiento, para Heidegger, emerge con Nietzsche, a pesar de que Nietzsche cuestione radicalmente la tradición metafísica de Occidente y quiera separarse de ella.[35] Para Heidegger, Nietzsche elabora sin pensarlo una metafísica que sirve como base para la interpretación del "ser" que tiene la modernidad tardía occidental; construye una interpretación de *qué* es y *cómo* es ese "ser". Esta estructura de emplazamiento tiene como pilares fundamentales los conceptos de la voluntad de poder y el eterno retorno (THOMSON, 2005, p. 148). El "ser" para Nietzsche, en esta lectura de Heidegger, es una agregación y desagregación infinita de fuerzas que no persigue propósito distinto a su propio crecimiento. El "ser", por consiguiente, se entiende como un recurso[36] que puede

• • •

33 Ver Heidegger (1977, p. 33) ("La cuestión sobre la tecnología es la cuestión sobre la constelación en la que el develarse y el ocultarse, en la que el venir a la presencia de la verdad, toman lugar".). Ver también Thomson (2005, p. 53) ("En otras palabras, el referente de la frase de Heidegger 'la esencia de la tecnología' es nuestra actual constelación de inteligibilidad histórica, 'la estructura de emplazamiento [Gestell], un modo de develar histórico en el que las cosas se aparecen cada vez más solamente como recursos para ser optimizados".); Dreyfus (2006) (La tecnología como un paradigma cultural que representa y desarrolla nuestro entendimiento tecnológico del "ser", y a partir del cual entendemos lo que es ser una persona, una cosa, un objeto natural, una planta, un animal, etc.).

34 Ver Heidegger (1977, p. 11); Thomson (2005, p. 8-9, n. 5) (Las épocas de la metafísica occidental son la pre-Socrática, la antigua, la medieval, la moderna y, ahora, la de la modernidad tardía).

35 Ver Thomson (2005, p. 44) ("Heidegger argumenta que la metafísica 'no pensada' de Nietzsche es la responsable de nuestro entendimiento 'tecnológico' nihilista del ser de las entidades y sus consecuencias históricas devastadoras".). *Id.* en p. 148.

36 Heidegger usa la palabra alemana *Bestand*. Sobre el significado de *Bestand* ver, en general, Heidegger (1977, p. 17) (Explica qué implica ser Bestand: "En todas partes todo se ordena que esté a disposición, que esté inmediatamente a la mano, en verdad que esté listo para ser solicitado para un mayor ordenamiento. Lo así solicitado tiene su propio lugar de estancia. Lo llamamos las existencias".); Thomson (2005, p. 44) (Bestand como "'recursos' listos para ser optimizados, ordenados y aumentados con la mayor eficiencia".).

ser ordenado, clasificado y optimizado de manera que pueda ser usado eficientemente.[37] El "ser" no tiene un sentido intrínseco. Dios ha muerto; no hay ya una tradición aceptada que pueda dar contenido trascendental al "ser"; el nihilismo es la posición de partida en la modernidad tardía. El "ser", en esta forma de revelamiento, es siempre entendido como una reserva de energía productiva que puede y debe ser usado de manera flexible y efectiva. La estructura de emplazamiento que es la tecnología, en consecuencia, es para Heidegger una forma de desocultar lo oculto, es una forma de revelar el "ser".

Las dos primeras respuestas a la pregunta por la necesidad de la tecnología en la educación jurídica se fundamentan en esta estructura de emplazamiento. En estas respuestas, los estudiantes y los profesores de derecho, así como la educación jurídica, son interpretados como recursos, energía que debe ser optimizada, para satisfacer los intereses del mercado de servicios jurídicos y del mercado de los servicios educativos. Los profesores de derecho y la educación jurídica son recursos para satisfacer tanto las necesidades y expectativas de los estudiantes de derecho como de las firmas de abogados. Asimismo, los estudiantes son entendidos como reservas de energía al servicio de las necesidades y expectativas del mercado de servicios jurídicos. En estas dos respuestas, las herramientas tecnológicas específicas que se promueven son útiles porque permiten poner en operación el proceso de clasificación y optimización de los recursos de energía que son los estudiantes y profesores de derecho. Estos instrumentos tecnológicos particulares permiten materializar la estructura de emplazamiento que domina la modernidad tardía. Los cursos sobre programación, las clases que enseñan a los estudiantes a usar las herramientas que permiten el *e-discovery* o la comparación y análisis de un gran número de documentos jurídicos, los *clickers* y los videos, entre otras herramientas tecnológicas particulares que se promueven en la educación jurídica contemporánea, permiten optimizar las reservas de energía que son los estudiantes de derecho. Con el uso de estas tecnologías, los estudiantes de derecho serán fuerzas más eficaces en el mercado de servicios jurídicos, podrán satisfacer más precisa y rápidamente las necesidades y exigencias de los agentes que conforman la oferta y la demanda de servicios jurídicos. Asimismo, estas herramientas tecnológicas (su desarrollo, promoción y uso) interpretan a los profesores de derecho como reservas de energía que pueden optimizarse. Los profesores son recursos que tienen como objetivo optimizar otras reservas de energía, los estudiantes de derecho, para que puedan servir eficazmente al mercado de servicios jurídicos.

El argumento que ofrezco no es que en las dos respuestas que se examinan en este aparte los estudiantes, profesores y la educación jurídica sean valorados únicamente como un

37 Ver Heidegger (1977, p. 16) (Ejemplificando lo que implica ser un recurso: "la energía contenida en la Naturaleza es liberada, lo que es liberado es transformado, lo que es transformado es almacenado, lo que es almacenado es, a su vez, distribuido, y lo que es distribuido es modificado de nuevo".).

instrumento del capitalismo; tampoco es una crítica a la mercantilización de la educación jurídica. El argumento que presento es a la vez más preciso y más general: las dos respuestas se fundamentan en una forma de interpretación problemática de los seres humanos y del mundo que habitan que se sustenta en el horizonte de perspectivas tecnológicas que constituye la etapa actual de la historia de la metafísica occidental. Esta interpretación tecnológica del "ser" fundamenta las formas capitalistas de entender la economía. La economía de mercado se construye dentro del entramado de significados tecnológicos dominante. No obstante, este horizonte de perspectivas va mucho más allá de ella; esta forma contingente, no natural, de comprensión del ser atraviesa la interpretación que tenemos de nosotros mismos y del mundo que nos rodea. Por medio de ella, los seres humanos construimos todas las dimensiones que nos constituyen y que constituyen el mundo que habitamos.[38]

Esta estructura de emplazamiento, además, se naturaliza.[39] Este es su mayor éxito. A pesar de su carácter contingente, se presenta como la única posible. En el caso de la interpretación de la educación jurídica que promueven las dos primeras respuestas anotadas, la mirada que se fundamenta en la forma tecnológica de revelación del "ser" se presenta como la única posible, como la única razonable, como la única que puede efectivamente satisfacer nuestro compromiso con la idea de que los seres humanos y el mundo que nos rodea son fuerzas, energía, recursos que existen para ser ordenados y optimizados. La educación jurídica, por tanto, se profesionaliza radicalmente;[40] se entiende como un medio que permite cuantificar las relaciones cualitativas que existen entre profesores de derecho, estudiantes y

38 Ver Heidegger (1977, p. 24) ("La esencia de la tecnología moderna lleva al hombre por el camino de esa forma de revelar por medio de la cual lo real en todas partes, más o menos inequívocamente, se convierte en una reserva material".). Ver también Thomson (2005, p. 148) ("El apoyarnos sin pensar en la ontoteología Nietzscheana nos está llevando a transformar todos los seres, incluidos nosotros, en meros 'recursos' [*Bestand*]; entidades que carecen de significado intrínseco y que son, entonces, despiadadamente optimizadas y ordenadas con máxima eficiencia para servir a los intereses puramente instrumentales de uso flexible".); David I. Waddington (2005, p. 569) (La tecnología "cambia la forma en que vemos el mundo"); Hubert Dreyfus (2009, p. 27-28) (Todo se vuelve un recurso que puede ser usado y expandido).

39 Ver Heidegger (1977, p. 28) ("El reino de la estructura de emplazamiento amenaza al hombre con la posibilidad de que se le pueda negar la entrada a una forma de revelamiento más original y, por ende, a experimentar la llamada de una verdad más primigenia"). Ver también Waddington (2005, p. 569) ("Heidegger piensa que nuestro estado 'por defecto' es el de estar atrapados en el Gestell".); Michael Bonnett (1983, p. 22) ("El modo tecnológico de revelar es agresivo en tanto que nos implica en el mundo de una forma en que percibimos el mundo y a nosotros mismos cada vez más únicamente desde su perspectiva, ocultando así y trastocando otras formas de comprender y percibir".).

40 Ver Thomson (2005, p. 142) (Explica la profesionalización como resultado de la comprensión tecnológica del ser).

abogados de firmas.[41] Todos los agentes involucrados en la educación jurídica se entienden como energía que debe ser optimizada mediante herramientas tecnológicas particulares para que el mercado de servicios jurídicos sea más eficiente en un proceso que solo tiene como objetivo su reproducción infinita.

Estas dos respuestas "tecnológicas" no permiten ver que la educación jurídica puede interpretarse de una manera distinta, aunque para que la interpretación tecnológica de la educación jurídica cambie también debe cambiar el horizonte tecnológico de perspectivas en el que estamos inmersos. El entramado tecnológico oscurece el hecho de que la educación jurídica puede ser un proceso poiético que no convierte en unidimensionales (energía para ser optimizada) a los agentes y relaciones que lo componen.[42] Este proceso poiético no tiene como objetivo cuantificar y optimizar las relaciones cualitativas entre los estudiantes, profesores y abogados practicantes. Más bien, tiene como fin la construcción de un proceso biunívoco de aprendizaje (estudiantes y profesores) (HEIDEGGER, 1977, p. 5-6) que permita reconocer y comprender la estructura de emplazamiento dominante en la modernidad tardía y la "tecnologización" del abogado que esta genera. Igualmente, se trataría de un proceso biunívoco de aprendizaje que hace explícita y cuestiona la unidimensionalización del abogado que genera la constelación tecnológica de inteligibilidad. Asimismo, sería un proceso poiético que cuestiona la radical profesionalización e hiperespecialización que genera la tecnología como forma de revelación del "ser".

Finalmente, sería un proceso poiético de aprendizaje mutuo entre profesores y estudiantes que busca revelar los posibles significados de la abogacía y el abogado; de revelar sus contenidos. Esta revelación no es una develación de una esencia de la abogacía, de un significado absoluto del abogado. Más bien, es la construcción del abogado como un individuo que puede y debe encarnar las perspectivas normativas históricas que dan sentido a la profesión de la que hacen parte. Las nuevas generaciones de abogados, claro, deben tener la capacidad de servir competente y éticamente a sus clientes. Del mismo modo, deben tener la posibilidad de obtener y mantener trabajos en el mercado de servicios jurídicos. Sin embargo, los abogados no deben entenderse como profesionales que tienen únicamente relaciones contractuales con sus

41 *Cf.* Heidegger (1977, p. 21) (Explica la forma en que el "ser" es cuantificado en la Naturaleza: "La actitud y el comportamiento ordenadores del hombre se muestran primero en la física moderna que emerge como una ciencia exacta. La forma en que la ciencia moderna representa, persigue y atrapa a la naturaleza es como una calculable coherencia de fuerzas".). Ver Thomson (2005, p. 158) (Explica la cuantificación en la educación: "Este desarrollo ontohistórico explica que la cada vez más ubicua cuantificación de la educación, que preconcibe a los estudiantes como *Bestand*, no como seres humanos con talentos o capacidades intrínsecas que han ser identificadas y cultivadas, sino más bien como 'resultados' educacionales que han de ser optimizados en términos uniformemente cuantificables".).

42 Ver Heidegger (1977, p. 10) (Sobre el significado de poiesis [ποίησις] para Heidegger).

clientes y empleadores, relaciones que tienen como objetivo único satisfacer las necesidades y expectativas de estos grupos de individuos o instituciones. La educación jurídica como proceso poiético debe tener la capacidad de revelar las posibilidades y capacidades de los abogados con respecto a la sociedad y el mundo natural en el que habitan. Esta educación jurídica poiética debe preguntarse y promover formas de entender el discurso y la práctica jurídicos que permitan comprender el papel que debe tener el abogado, por ejemplo, el papel que tiene con respecto al Estado de derecho en el que mora, el reconocimiento y protección de la naturaleza, la materialización de los derechos de los pobres y el desarrollo del pensamiento crítico.

Las herramientas tecnológicas particulares pueden jugar un papel en este proceso poiético, pueden jugar un papel en el proceso de aprendizaje. No obstante, el uso que se les dé dependerá de una reflexión precisa y crítica sobre los objetivos académicos que puede ayudar a alcanzar. Estos objetivos, además, deberán tener en cuenta una interpretación no tecnológica del abogado; una interpretación que le de significado no en abstracto, como energía o recurso, sino en contexto; una interpretación que no pierda de vista al espacio natural y social que habita el abogado. Este abogado, además, debe entenderse cualitativamente, como lleno de contenido a partir de los significados normativos que se han construido históricamente sobre la profesión. La crítica a la tecnología como estructura de emplazamiento desde la cual se interpreta al abogado y a la educación jurídica, por ende, no implica un rechazo absoluto de la tecnología.[43] La tecnología tiene diversas dimensiones que deben ser apropiadamente descritas y evaluadas. No obstante, la tecnología en la educación jurídica debe interpretarse desde un horizonte de perspectivas no tecnológico. Por consiguiente, debe reconocerse como solo una de las posibilidades por medio de las cuales se interpreta el *qué* y el *cómo* del "ser"; debe reconocerse su carácter contingente y parcial como forma de comprensión del "ser".[44] La crítica heideggeriana a la tecnología puede (y debe) entenderse como una

43 Ver Heidegger (1977, p. 15) ("Lo que amenaza al hombre no viene en primer lugar de los efectos posiblemente mortales de las máquinas y los aparatos de la técnica. La auténtica amenaza ha abordado ya al hombre en su esencia. El dominio de la estructura de emplazamiento amenaza con la posibilidad de que al hombre le pueda ser negado entrar en un hacer salir lo oculto más originario, y de que este modo le sea negado experienciar la exhortación de una verdad más inicial. Así pues, donde domina la estructura de emplazamiento, está, en su sentido supremo, *el peligro.* 'Pero donde está el peligro, crece también lo que salva'".) Este acercamiento se conoce como "unidimensionalismo"; implica la aceptación o el rechazo de la tecnología en su totalidad. Ver Andrew Feenberg (1999, 2000a, p. 237, y 2000b, p. 450). Ver también Thomson (2005, p. 51) (Sobre el "unidimensionalismo": "…los esencialistas tecnológicos unidimensionalistas deben rechazar o aceptar la tecnología en su totalidad".).

44 Ver Thomson (2005, p. 68-76) (Sobre la posición de Heidegger en contra del unidimensionalismo: "él no aboga filosóficamente por ninguna forma de rechazo monolítico de la tecnología".).

crítica que no unidimensionaliza la tecnología, que no implica tomarla o dejarla como un todo. En la modernidad tardía, la tecnología es inevitable y puede ser valiosa en algunos contextos.

La tecnología puede al mismo tiempo tener usos virtuosos y viciosos. El papel que esta juegue en la vida humana depende del horizonte de perspectivas desde el cual se interprete y se ponga en operación. La tecnología ciertamente puede ocupar un espacio en la educación jurídica. No obstante, este es un espacio limitado que no cambia el campo de juego, como implícita o explícitamente creen los autores que defienden las dos respuestas tecnológicas a la pregunta por la necesidad de la tecnología en la educación legal. La educación jurídica puede ser buena con tecnología o sin tecnología. Igualmente, puede ser mala con o sin tecnología. La fe en que la tecnología cambiará la educación jurídica que subyace a las dos respuestas tecnológicas parece no tener fundamento. Esta fe no es capaz de reconocer el carácter ambiguo que tiene la tecnología, no es capaz de dar cuenta de las dimensiones positivas y negativas que la constituyen, así como tampoco es capaz de reconocer las profundas dificultades que genera el entramado tecnológico de significaciones en el que se sustenta.

La crítica heideggeriana a la tecnología igualmente debe interpretarse como una que reconoce el carácter histórico de la forma tecnológica de revelación del "ser" dominante en la modernidad tardía.[45] La tecnología no debe interpretarse desde Heidegger como una esencia, como una realidad constituida por componentes invariables que existen desde el inicio de la humanidad. Esta estructura de emplazamiento emerge de manera paradigmática en el siglo XIX con el trabajo de Nietzsche y se desarrolla en el trabajo de otros teóricos que la interpretan y aplican en los siglos XX y XXI. La tecnología es una etapa más en la genealogía de la metafísica occidental; una etapa que, según Heidegger, al mismo tiempo se diferencia y se entronca con las formas de revelación del "ser" presocráticas, antiguas, medievales y de la modernidad temprana.[46] Todas estas etapas se preguntan por el *qué* y el *cómo* del ser; todas estas respuestas ofrecen respuestas que al mismo tiempo precisan aquello que constituye al "ser" y las formas del "ser" originarias de las que devienen todas las demás.[47]

45 Ver Feenberg (1999, p. 15) (Sobre el ahistoricismo: "interpreta un fenómeno específicamente histórico en términos de una construcción conceptual transhistórica".). Ver también Thomson (2005, p. 49) ("En un intento por 'fijar el flujo histórico de la tecnología en una esencia singular', los esencialistas ahistóricos abstraen su comprensión de la esencia de la tecnología del 'contexto social e históricamente específico' en el que las tecnologías particulares están siempre inmersas".).

46 Ver *supra* nota 34.

47 Ver Iain Thomson (2000, p. 298) ("El punto de Heidegger es que al darle forma a nuestra comprensión histórica de 'lo que es' la metafísica termina determinando las presuposiciones más básicas de lo que es cualquier cosa, incluyéndonos a nosotros mismos. 'La humanidad occidental, en todo su comportamiento hacia los seres, e incluso hacia sí misma, es en cada aspecto sostenida y guiada por la metafísica'".).

No obstante, todas ellas ofrecen respuestas contingentes a estas preguntas; la cercanía que tenemos con la constelación de inteligibilidad tecnológica generalmente no nos permite reconocerla o entenderla; su cercanía y omnipresencia nos hace interpretarla como un hecho de la naturaleza. Por consiguiente, la educación jurídica tecnológica no debe entenderse como la única forma posible o como la única forma plausible de interpretar la educación legal. Debe entenderse como una interpretación que es consecuencia del dominio de la comprensión de los seres humanos y el mundo que habitan como una reserva de energía, como un recurso abstracto que permite alcanzar un fin determinado. Satisfacer las necesidades y expectativas del mercado de servicios jurídicos y hacer de estudiantes y profesores de derecho recursos óptimos para hacerlo más eficiente son solo algunas de las muchas formas posibles de entender la educación jurídica.

Finalmente, la tecnología como estructura de emplazamiento no debe entenderse como una entidad que existe fuera de los seres humanos, que los controla y frente a la que no se puede hacer nada salvo aceptarla.[48] En cuanto forma de revelación del "ser" de la modernidad tardía, la tecnología nos constituye; mediante su entramado de significados nos interpretamos e interpretamos el mundo que habitamos. La manera como nos describimos y describimos el mundo está determinada por este horizonte de perspectivas. Cambiar esta estructura de emplazamiento no es nada fácil, implica trabajo y esfuerzo teórico y práctico colectivo de largo plazo. No obstante, no estamos inevitablemente sometidos a la tecnología como forma única de revelación del "ser". En esta interpretación de la tecnología no hay un fatalismo radical. La tecnología no es un agente externo que existe por sí mismo y para sí mismo. Es un aparato metafísico poderoso pero contingente, articulado por seres humanos (THOMSON, 2005, p. 61-68). Por consiguiente, la educación jurídica tecnológica no es tampoco el destino único de la educación legal. Esta forma de darle sentido a la enseñanza del derecho, no obstante, tiene un alto grado de estabilidad. Las constelaciones de inteligibilidad no se transforman de un día para otro. Los procesos y entidades que se basan en ellas, por tanto, también son persistentes y perdurables. Sin embargo, es posible oponerse a la idea de que los estudiantes y profesores de derecho son solo energía sin significado que puede ser optimizada y usada eficientemente, en el caso de la educación jurídica tecnológica, para satisfacer las necesidades y expectativas del mercado de servicios jurídicos o el mercado de servicios educativos (BONNETT, 1983; THOMSON, 2005; FITZSIMONS, 2010; LAMBEIR, 2010).[49]

48 Este acercamiento se llama sustantivismo (fatalismo). Ver Feenberg (1999, p. vii) (Sobre el sustantivismo: "todos están de acuerdo con que la tecnología es una fuerza autónoma separada de la sociedad, una suerte de segunda naturaleza que ejerce una presión sobre la vida social desde el reino separado de la razón".). Ver también Thomson (2005, p. 49) ("Para el sustantivista, la esencia de la tecnología parece estar moldeando la historia desde afuera, imponiéndose a sí misma como una forma metafísica del más allá que se escapa del todo del control humano".).

49 Ver Standish (1999, p. 435) (Sobre la discusión crítica de tecnología y educación).

3. La tecnología y el aprendizaje en la educación jurídica

La tercera respuesta que ofrece la literatura jurídica a la pregunta por la necesidad, relevancia o urgencia de la innovación tecnológica en la educación legal tiene cuatro debilidades que se entrecruzan; estas flaquezas argumentativas se articulan y se socavan conjuntamente. Estas debilidades, además, están estrechamente ligadas a las que aquejan a las dos primeras respuestas, aunque algunas de ellas sean propias de esta tercera respuesta. La primera es que aquellos que defienden esta posición derivan el "deber ser" de lo que "es". Los argumentos normativos que defienden se derivan de los argumentos descriptivos que ofrecen, sin que medie ninguna otra razón que permita fundamentar por qué aquello que "es" también "debería ser". La primera debilidad de esta respuesta, por tanto, es que se fundamenta en la falacia naturalista.[50] Estos autores ofrecen los siguientes tres argumentos: por un lado, hacen una descripción de los *millennials* y los *centennials*, que constituyen la mayor parte de los estudiantes de derecho contemporáneos, y una descripción del mercado de servicios jurídicos contemporáneos; por el otro, presentan un argumento normativo que se deriva infundadamente del anterior argumento descriptivo dual: la educación jurídica debe estar al servicio de las necesidades y expectativas que tienen los estudiantes de derecho y de las necesidades y expectativas de los agentes que contratan a estos *millennials y centennials* cuando se gradúan de las facultades de derecho. Finalmente, argumentan que las innovaciones tecnológicas son necesarias para alcanzar los objetivos que debe perseguir la educación jurídica. La falacia naturalista aparece en el paso del primer al segundo argumento. Del hecho de que los estudiantes de derecho y el mercado de servicios jurídicos tengan ciertas características no puede derivarse sin más que la educación jurídica debe tener como objetivo satisfacer las necesidades y expectativas que surgen como consecuencia de esas características. Tampoco puede derivarse que la tecnología deba ser el medio mediante el cual se satisfagan tales necesidades y expectativas. Este último argumento, sin embargo, será analizado más adelante en este aparte del artículo.

• • •

50 Max Black (1964); Stephen Priest (2007, p. 177-178). Formulada inicialmente por David Hume (s.f., p. 245-246): "[e]n todos los sistemas de moral con los que me he topado, he observado que el autor emplea durante cierto tiempo la vía ordinaria de razonamiento, partiendo del ser de Dios o haciendo una serie de observaciones concernientes a los asuntos humanos; cuando de pronto me sorprendo con que la cópula usualmente empleada en las proposiciones, es o no es, es reemplazada en todas las frases por debe o no debe. El cambio es imperceptible, pero tiene una gran trascendencia. Este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, por lo que resulta necesario poner este hecho de manifiesto y aclararlo. Al mismo tiempo, debe justificarse lo que parece totalmente inconcebible: que esta nueva relación se deduzca de otras que son enteramente distintas". Ver la interpretación de Carlos-Ignacio Massini Correas (1994, p. 114) ("de una serie de afirmaciones acerca de cómo las cosas son, es decir, de proposiciones prescriptivas o especulativas, no puede inferirse –Hume habla de 'deducir'– ninguna aseveración acerca de cómo los hombres deben comportarse, es decir, ninguna proposición práctica").

Los siguientes dos ejemplos pueden ayudar a ilustrar y fortalecer esta primera crítica. Los autores que ofrecen esta tercera respuesta describen a los *millennials* y *centennials* como individuos que se caracterizan por tener la capacidad de realizar varias tareas simultáneamente (*multitasking*).[51] Al mismo tiempo, señalan que los estudiantes de derecho que pertenecen a estas generaciones evalúan positivamente esta habilidad para adelantar varios trabajos al mismo tiempo.[52] Los autores que defienden esta tercera respuesta argumentan luego que, como consecuencia de estos hechos, las facultades y profesores de derecho deben incluir en su trabajo docente prácticas que permitan a los estudiantes usar esta capacidad en los procesos de aprendizaje.[53] La tecnología, argumentan además, sería el mejor medio para alcanzar este objetivo.[54] Los profesores de derecho deberían entonces incorporar, por ejemplo, el uso de computadores, teléfonos celulares y *clickers* en sus clases, herramientas tecnológicas que facilitan la realización de varias tareas simultáneamente. Igualmente, los profesores de derecho deberían reconocer el valor y ser pacientes frente a esta práctica que muchos de ellos desconocen, o no desarrollan eficientemente, por pertenecer a una generación distinta a las de sus estudiantes.

El argumento normativo que se ofrece en este ejemplo (deber de promover el *multitasking* en las prácticas docentes) se deriva del hecho de que los estudiantes de derecho están familiarizados y son buenos para adelantar este tipo de labor. No obstante, no se argumenta por qué es bueno desde el punto de vista académico hacer varias tareas simultáneamente. Por un lado, para ser precisos, lo que se describe como *multitasking* es realmente la realización secuencial y parcial de varias tareas distintas. Una cosa, por poner un ejemplo coloquial, es

• • •

51 Johnson (2013, p. 55) ("estas generaciones son *multitaskers* ávidos, incluso en el salón de clases".).

52 Daniel J. Levitin (2014, p. 306) (la ilusión cognitiva, impulsada por un circuito cerrado de adrenalina-dopamina, hace que los *multitaskers* piensen que están haciendo un mejor trabajo del que están haciendo); Mary L. Courage et al. (2015, p. 6) ("El *multitasking* promueve una flexibilidad mental que puede realmente cambiar la forma en que aprendemos y retenemos la información, especialmente en el caso de niños pequeños y jóvenes cuya plasticidad neural es relativamente alta".); Kelvin F. H. Lui y Alan C.-N. Wong (2012, p. 647, 653) ("un mayor grado de *multitasking* en relación con los medios de comunicación está correlacionado con una mejor integración multisensorial".). Diane J. Skiba y Amy J. Barton (2006) ([La Generación Net –o las nuevas generaciones– prefieren] "el alfabetismo digital, el aprendizaje experiencial, la interactividad, y la inmediatez".). Lindsey Farrell y Andrew C. Hurt (2014) (sobre la preferencia de la generación *millennial* por espacios de trabajo que favorezcan sus habilidades para el *multitasking*).

53 David Glenn (2010) (algunos profesores defienden que deberíamos incluir el *multitasking* en nuestras prácticas de enseñanza porque "una de las premisas básicas de una buena pedagogía es que se debe empezar en donde los estudiantes están parados".).

54 Ver Kristen E. Murray (2011) (emplea datos de encuestas e investigaciones sobre educación para exponer y evaluar los mayores mitos que rodean a los computadores portátiles). Ver también Slomanson (2014).

caminar y oír música, lo que efectivamente se puede hacer simultáneamente; otra cosa, es leer o contestar algunos correos electrónicos, atender luego la discusión que se está desarrollando en clase, responder posteriormente un mensaje de texto, revisar la actualización de noticias en una página de internet y finalmente tomar algunos apuntes sobre lo que el profesor dijo en la sesión. En este caso no hay ningún tipo de simultaneidad en la realización de las tareas que se adelantan. Por otro lado, este salto del "ser" al "deber ser" desconoce los estudios que muestran que el *multitasking* es una práctica notablemente ineficiente que reduce los niveles de concentración que son necesarios para realizar tareas complejas y de largo aliento, como muchas de las que deben adelantar los abogados en la práctica profesional.[55] Podría ser que haya otros argumentos que fundamentan la idea de que el *multitasking* es un tipo de práctica que debería ser promovida por las facultades de derecho. No obstante, este tipo de argumento no aparece como parte de la tercera respuesta a la pregunta por la necesidad de la tecnología en la educación jurídica. Esta respuesta tampoco reconoce los estudios que evalúan negativamente la práctica ni ofrece los contrargumentos que responderían a las objeciones que esos estudios presentan en contra de la realización secuencial y parcial de varias tareas por parte de los estudiantes.

El segundo ejemplo está relacionado con el carácter visual de los *millennials* y *centennials*. La tercera respuesta argumenta que estas generaciones de estudiantes de derecho aprenden principalmente mediante la vista.[56] Además, están acostumbrados a hacer uso de materiales visuales como videos, películas y clips de noticias. Por consiguiente, argumenta esta tercera posición, las facultades de derecho deberían promover y privilegiar el uso de materiales audiovisuales en las clases (SLOMANSON, 2014, p. 96-97; GALVES, 2004, p. 198). Creo que sería difícil argumentar que los profesores de derecho no deberíamos incluir tantos materiales didácticos, entre ellos los audiovisuales, como sea posible, si estos permiten alcanzar los objetivos de aprendizaje que perseguimos en nuestras clases. No obstante, en este caso, la argumentación parece perder de vista varios elementos importantes.

Por un lado, que la lectura es también una actividad visual y que la lectura es un elemento central en la actividad de cualquier profesional del derecho. Los abogados tienen como una de sus tareas centrales la lectura de leyes, sentencias, memos, demandas, etc. No es claro, por

55 Ver Interview Clifford Nass (2019) ("Parece ser que los *multitaskers* son realmente muy malos en todos los aspectos del *multitasking*. Son terribles para ignorar la información irrelevante; son terribles reteniendo información en sus cabezas de forma ordenada; y son terribles cambiando de una tarea a otra".); Jennifer Lee, Lin Lin y Tip Robertson (2012, p. 104) ("El *multitasking* interfiere con la adquisición de conocimiento. Genera una carga cognitiva extraña que sobrecarga la memoria. Los estudiantes tienen mejores resultados cuando logran concentrarse en una sola tarea cuando están aprendiendo nuevos materiales dentro y fuera del salón de clases".). Ver también M. H. Sam Jacobson (2010).

56 *Supra* nota 19.

tanto, por qué las facultades de derecho deberían promover y privilegiar el uso de audiovisuales en las clases por el solo hecho de que los estudiantes de derecho de estas generaciones están acostumbrados y les gustan los audiovisuales. El argumento único o central que ofrece la respuesta tres es que las facultades de derecho deberían satisfacer las expectativas o necesidades que generan las características que definen las identidades generacionales de los estudiantes. Un claro ejemplo, creo, de la falacia naturalista.

No obstante, se podría decir que realmente lo que se quiere argumentar en la respuesta tres es que los profesores de derecho deberían reducir el número de lecturas y aumentar el número de audiovisuales en sus clases. Sin embargo, la literatura que ofrece la respuesta tres, típicamente, no ofrece argumentos precisos que digan cuál es el balance ideal entre lecturas y audiovisuales y cómo se fundamentaría en términos pedagógicos. La respuesta tres guarda silencio frente a preguntas que debería enfrentar como las siguientes: ¿Cuáles son los objetivos de aprendizaje que los audiovisuales permiten alcanzar y cuáles no? ¿Si tanto los audiovisuales como las lecturas son materiales que se perciben mediante la vista, por qué debería privilegiarse a los primeros? ¿La supuesta motivación que genera entre los estudiantes la interacción con audiovisuales justifica por sí misma privilegiar dichos materiales en clase? ¿El costo de oportunidad de no interactuar con otros materiales o desarrollar otras habilidades está justificado?

Sin embargo, la respuesta tres no parece tener en cuenta que la educación jurídica, en parte, tiene como objetivo transformar algunos elementos que caracterizan a los estudiantes.[57] La educación jurídica, en ocasiones, debe tener como fin transformar la realidad de los educandos. Los estudiantes, por ejemplo, pueden tener pocas habilidades interpersonales, ser individualistas o no tener disciplina para adelantar proyectos de largo aliento. Los estudiantes, además, pueden sentirse cómodos con estas características que conforman sus identidades y no tener ningún interés en transformarlas. Creo, sin embargo, que pocas facultades de derecho argumentarían que la educación jurídica no debería intentar cambiar o moderar estas características. ¿No sería deseable que los estudiantes de derecho desarrollen habilidades para interactuar con otras personas, habilidades que son necesarias para servir competentemente a sus clientes? ¿No sería deseable que los estudiantes de derecho aprendan a trabajar en equipo y a colaborar con otros para el desarrollo de sus actividades laborales? ¿No sería deseable que los estudiantes de derecho desarrollen habilidades relacionadas con la concentración por periodos más largos que los que exigen los videos y las redes sociales? Como argumenté anteriormente, del "ser" no se puede derivar el "deber ser" sin razones

57 Ver Md Esahaque Sk (2017, p. 1) ("La educación se considera el instrumento más poderoso y efectivo del cambio y del desarrollo sociales en nuestro tiempo. El cambio social implica un cambio en la estructura social y en la función de varias de las unidades que forman la sociedad".); Saikat Chakraborty et. al. (2018) (sobre la educación como la causa principal del cambio social, cultural e individual –su propósito es transformar la perspectiva y la actitud de las personas y de la sociedad; cambiar la forma en que los estudiantes piensan, etc.).

externas que fundamenten por qué lo que "es", "debe ser". Asimismo, lo que "es" no siempre está justificado moral, política o pedagógicamente. En estos casos, el fin de la educación debería ser la transformación de lo que "es".

La segunda debilidad de la tercera respuesta está relacionada con el tercer paso argumentativo que la constituye y que mencioné arriba: la tecnología es una herramienta necesaria para alcanzar los objetivos de aprendizaje que buscan materializar las facultades de derecho.[58] Sin innovación tecnológica, se argumenta, no podrían alcanzarse estos objetivos en la medida en que no tienen en cuenta quienes "son" los estudiantes de derecho. La tecnología se presenta entonces como el medio ineludible al que tienen que apelar las facultades de derecho para satisfacer las necesidades y expectativas de los estudiantes y así poder cumplir eficientemente con las metas de aprendizaje que persiguen. Una parte importante de la literatura que ofrece la respuesta tres no fundamenta sus argumentos empíricamente o no lo hace de manera completa y suficiente. Una parte importante de esta literatura, además, no interactúa con la literatura que proviene de las facultades de educación o las facultades de medicina que son centrales para describir, comprender y evaluar los hechos que interpreta.[59]

La literatura sobre educación ofrece argumentos precisos relacionados con los objetivos de aprendizaje que deberían perseguirse, los medios para alcanzarlos, su eficiencia, los efectos no buscados que generan, entre otras cosas.[60] La literatura médica ofrece, por ejemplo, argumentos relacionados con la manera como los seres humanos aprendemos, la relación entre nuestros sentidos, el cerebro y el mundo que queremos aprehender, los efectos que genera en nuestro cerebro y en nuestros procesos de aprendizaje la interacción con distintos tipos de estímulos externos o el papel que juegan la memoria o los genes en estos procesos (LEVY, 2016, p. 255-276; GALLAGHER, 2001, p. 146, 163; RATEY, 2001, p. 185-195; SHEEL et al., 2010, p. 13, 22, 25-26; SYLWESTER, 1995; MEDINA, 2011; KAHNEMAN, 2011; FOER, 2011).[61] En un campo interdisciplinario como el de la pedagogía,

58 Ver *supra* notas 29 y 30.

59 Levy (2016, p. 305) ("las prácticas del salón de clase, informadas por una comprensión de cómo aprende el cerebro, siempre serán más exitosas que las aproximaciones que se basan en observaciones sobre los hábitos cambiantes de los estudiantes en relación con la tecnología".); ver Shahid Alvi (2011, p. 136-137). Ver también *infra* notas 59 y 60.

60 Douglas Kellner (2000); John Palfrey (2012, p. 122-123) (los profesores de derecho deben incorporar las investigaciones de otros campos para informar su pedagogía en lugar de apoyarse en el comportamiento observable de los estudiantes); Peter C. Brown et al. (2014, p. 106-108); Lawrence A. Cunningham (2012, p. 95-96, 100); Maryanne Wolf (2007, p. 70-71); Larry Cuban (1986, p. 3, 19, 27, 72-73); Roger Schank (2011, p. xv, xvi, 13, 16, 207-209) (los educadores deben entender cómo funciona el cerebro).

61 Ver Robert Sylwester (1995) (sobre cómo la intuición acerca de cómo aprenden los estudiantes lleva a errores, sobre-generalizaciones y estereotipos).

parecería que la literatura jurídica que se ocupa de la relación entre tecnología y educación jurídica debería conocer y usar esta literatura; los argumentos que ofrece la respuesta tres se sustentan, en muchos casos, en presunciones sobre temas que la literatura médica y sobre educación ya han fundamentado apropiadamente o han desvirtuado con argumentos persuasivos.[62] No es un secreto que buena parte de los profesores de derecho en todo el mundo son autodidactas en cuestiones pedagógicas.[63] Hemos aprendido haciendo; hemos aprendido mediante un proceso de ensayo y error que generalmente ha ignorado los argumentos técnicos sobre la pedagogía y los procesos neurológicos por medio de los cuales los seres humanos conocen el mundo.

En ocasiones, la literatura que ofrece la respuesta tres presenta información empírica para sustentar sus argumentos. No obstante, presenta esta argumentación como no controversial, como absoluta, como conclusiones frente a las cuales hay consenso en la comunidad académica.[64] Sin embargo, una parte importante de los argumentos que sustentan las caracterizaciones de los estudiantes de derecho o de la relación entre tecnología y procesos de aprendizaje en los que se basa la respuesta tres son profundamente controversiales. Dos ejemplos pueden ayudar a ilustrar y justificar mi argumento. El primero es la caracterización de las generaciones Y y Z que fundamenta la respuesta tres. Esta caracterización presenta a estas generaciones como entidades monolíticas;[65] todos los individuos nacidos entre 1980 y 1995 o entre 1995 y hoy en día comparten ciertas características que son centrales para su identidad, entre otras, son individuos visuales y nativos digitales.

62 Levy (2016, p. 252) (sobre el espiral de complacencia que surge entre los autores y sus supuestos sobre los nativos digitales). Daniel Haun (2011, p. 293) (sobre cómo las personas tienden a confundir la repetición con la verdad, debido al efecto de la 'ilusión de verdad' –los supuestos de los nativos digitales se entienden como demasiado evidentes para ser cuestionados); Bennet et al. (2008, p. 775, 779, 780, 783); S. Bennett y K. Maton (2010, p. 328); Chris Jones y Binhui Shao (2011, p. 2, 34).

63 Levy (2016, p. 251) (Explica que los profesores tienden a usar la tecnología de forma intuitiva, debido a la presión que sienten por innovar.); Slomanson (2014, p. 93).

64 Ver Sue Bennett et al. (2008, p. 779) (aunque muchas aseveraciones sobre los nativos digitales apelan al sentido común, ellas carecen de cualquier forma de sustento empírico).

65 Ver Bennett y Maton (2008, p. 324) (sobre cómo los nativos digitales son supuestamente distintos: la mayoría de ellos no tienen habilidades precisas relacionadas con el Internet, aunque algunos de ellos conozcan, entre otras, las herramientas del Internet 2.0 o las que permiten crear contenido); Lauren Troksa (2016) (sobre cómo "los nombres tienen poder" y las generaciones han sido tradicionalmente nombradas –para dar un título, una identidad o una definición– de maneras que pueden ser engañosas, tergiversadas, equivocadas. Los *millennials*, *Baby Boomers*, etc., son representados como grupos radicalmente diferentes de personas que son, dentro del grupo, homogéneas. Estas dos premisas se alejan radicalmente de la verdad).

Estas generalizaciones, además, parten de estudios más o menos precisos o rigurosos que se realizan en países específicos, usualmente, del Norte Global.[66] No obstante, las conclusiones de estos estudios se generalizan a todo el globo.[67] Las conclusiones más o menos precisas o rigurosas con respecto a la parte se extienden al todo. Estas generalizaciones resultan problemáticas porque homogenizan un campo que es profundamente heterogéneo. ¿Realmente todos los estudiantes de derecho de Estados Unidos tienen las características que se le atribuyen a las generaciones Y y Z? ¿Las variables de clase, raza y género no relativizan o desvirtúan estas generalizaciones? ¿Una joven negra y pobre que proviene de una zona rural en Lousiana tiene la misma relación con lo visual y el *multitasking* que un joven blanco de clase media que fue criado en Nueva York? Aun más problemático, ¿un joven keniata "Y" de clase media, una joven vietnamita "Y" de clase baja y un joven colombiano "Y" de clase alta tienen la misma relación con el aprendizaje colaborativo o comparten la idea de que los estudiantes deben tener un papel activo en los procos de aprendizaje? Esta última pregunta es particularmente importante en contextos en donde la educación jurídica es multicultural, como Estados Unidos, México o Alemania. No parece acertado asumir que todos los estudiantes de derecho que llegan a las facultades de estos países tienen la misma relación con la tecnología o con los procesos de enseñanza.[68] Asumir ciegamente las caracterizaciones de las generaciones puede llevar a cometer errores en la manera como se diseñan y aplican los cursos de derecho multiculturales.

Ahora bien, una lectura más caritativa del argumento diría que las generalizaciones sobre los estudiantes de derecho Y y Z son útiles, aunque imprecisas, en la medida en que permiten describir tendencias culturales que afectan la manera cómo las nuevas generaciones construyen sus identidades o sus contenidos. Esta interpretación, creo, puede ser cierta. No obstante, una cosa es utilizar estas generalizaciones para describir procesos culturales macro y otra muy distinta es usar esas generalizaciones para derivar conclusiones precisas sobre cómo

66 Por ejemplo, el término *millennial* fue acogido por Neil Howe y William Strauss (1991), haciendo clara y exclusiva referencia a una generación de jóvenes en Estados Unidos. Desde entonces, es un término que se ha extendido a todos los jóvenes del globo. Ver también Marc Prensky (2001).

67 Ver *supra* nota 65; Jones y Shao (2011, p. 34) ("Más que mostrar que hay una *Net Generation* de nativos digitales que son naturalmente competentes en materia tecnológica, la evidencia empírica de una serie de países muestra que las experiencias de los estudiantes con las tecnologías están lejos de ser universales".) (Se debe aclarar que incluso estos estudios son usualmente desarrollados en Estados Unidos).

68 Nicole R. Zarrett y Oksana Malanchuk (2005) (sobre cómo la decisión de los jóvenes de adelantar una carrera en temas relacionados con la tecnología y cualquier forma de conocimiento relacionado con tecnología depende del género y de la raza); Kellner (2002) en general (sobre la división digital entre los que tienen y los que carecen de tecnología, especialmente sobre la manera como esta división se materializa en el salón de clase y en la educación en general).

se debería enseñar derecho, cómo aprenden los seres humanos y dónde deberían invertirse los recursos escasos que están a disposición de las facultades de derecho, ¿en tecnología o en la contratación de nuevos profesores, la compra de libros para la biblioteca o la creación o fortalecimiento de un programa de becas para estudiantes de bajos recursos económicos?, por ejemplo. No muchas facultades de derecho en el mundo tienen los recursos económicos para financiar todos estos proyectos al mismo tiempo.

El segundo ejemplo es la caracterización de las generaciones Y y Z como compuestas por nativos digitales que, por esta razón, piensan diferente a otras generaciones.[69] Por un lado, el argumento parecería impreciso. El hecho de que la tecnología esté presente en la vida cotidiana de los jóvenes que pertenecen a las generaciones Y y Z no significa que la conozcan bien o que la puedan usar eficientemente. Múltiples estudios muestran que el uso que hacen los jóvenes de la tecnología se concentra fundamentalmente en las redes sociales, los mensajes de texto y plataformas de juegos y videos. Los jóvenes de estas generaciones ciertamente han crecido alrededor e interactuando con computadores. No obstante, no hay información empírica que muestre que estas generaciones conozcan bien y manejen eficazmente programas básicos como Word, Excel y PowerPoint; tampoco que tengan nociones básicas de programación.[70] Si esto es cierto, no quedaría claro en qué sentido esta familiaridad general con algunas tecnologías podría ser útil para la enseñanza del derecho, tampoco cómo las tecnologías que efectivamente conocen estas generaciones deberían incluirse urgente e ineludiblemente en las clases de derecho o qué objetivos pedagógicos podrían contribuir a lograr.

Por el otro lado, aun más cuestionable es el argumento que se deriva de la familiaridad de las generaciones Y y Z con la tecnología, esto es, que estos jóvenes "piensan distinto"[71] a otras

• • •

69 *Supra* notas 17 y 18.

70 Bennett y Maton (2010, p. 321, 324) ("De hecho, con la excepción de las redes sociales, la mayoría de las actividades asociadas con la Web 2.0 son realizadas por una minoría de los que responden estas encuestas de gran escala"; ellos no crean contenido, programan muy poco y, más bien, usan el Internet, sobre todo, para sus actividades sociales); Jones y Shao (2011, p. 34) ("Aunque sí hubo un crecimiento considerable en el acceso de los estudiantes universitarios a tecnologías computacionales y herramientas tecnológicas en línea, en algunos contextos su uso de las tecnologías se destinó principalmente a propósitos sociales y de entretenimiento, no al aprendizaje".); Penny Thompson (2013, p. 20, 23) (sobre las encuestas que demuestran que los estudiantes universitarios tienen una competencia muy limitada y solo con respecto a algunos aparatos que se usan para un rango pequeño de actividades como socializar, jugar, y navegar la red); Shiang-Kwei Wang et al. (2014, p. 643, 655) (investigaciones sobre estudiantes de bachillerato muestran que no son más competentes con la tecnología de lo que son sus profesores); Megan O'Neil (2014) (propone que la aseveración de que los estudiantes de hoy son más competentes tecnológicamente es un mito).

71 Bennett et al. (2008, p. 783) ("las nuevas investigaciones retan la noción de una generación homogénea con experticia técnica y un estilo de aprendizaje particular".); Bennett y Maton (2010, p. 328); Mark Bullen et al. (2011, p. 17-18); Chris Jones et al. (2010, p. 731).

generaciones y, por tanto, que la educación jurídica debe adaptarse a las nuevas formas de pensar que han desarrollado los seres humanos de finales del siglo XX e inicios del XXI. Si tomamos en serio el argumento, y no solo lo interpretamos como una exageración retórica, este parecería no tener fundamento. La literatura médica no reconoce que el cerebro de las nuevas generaciones haya cambiado o que los procesos neurológicos que permiten el aprendizaje sean distintos.[72] Estos cambios estructurales, de formas de pensar, solo se dan en procesos evolutivos de muy largo plazo – procesos que se miden en siglos y no en décadas.[73] Actualmente, no existe información empírica que sustente que, por su familiaridad con la tecnología, los estudiantes de derecho "piensen distinto" a los profesores. Esto no quiere decir, claro, que sean idénticos.

El uso de tecnología como los teléfonos celulares, el correo electrónico, las redes sociales, etc., ha cambiado algunos patrones de conducta individuales o sociales: los miembros de las nuevas generaciones que tienen familiaridad con la tecnología, por ejemplo, tienen mayores dificultades para concentrarse por periodos extensos, esperan respuestas inmediatas a sus comunicaciones y recogen información de forma distinta y más eficazmente que otras generaciones mediante instrumentos digitales (GALLAGHER, 2010, p. 152; LEVITIN, 2014, p. 96; RAVIZZA et al., 2014; RICHTEL, 2012; PINKER, 1997; DAVIS, 2009, p. 33-40). No es claro, sin embargo, cuáles de estas transformaciones, si alguna, deberían tenerse en cuenta para modificar la educación jurídica o cómo la tecnología podría contribuir a potenciar sus efectos positivos y neutralizar los negativos. Es posible argumentar que sería deseable que las facultades de derecho tuvieran en cuenta estas transformaciones individuales y sociales. No obstante, para fundamentar este argumento normativo, habría que describirlas más precisamente, examinar de manera detallada sus causas y consecuencias y explorar los posibles

72 Ver Steven Pinker (1997); Hank Davis (2009, p. 33-40); Bennet et al. (2008, p. 780-783); Bennett y Maton (2010, p. 328); Bullen et al. (2011, p. 1, 17-18) ("no hay evidencia de que los estudiantes llamados nativos digitales tengan necesidades pedagógicas diferentes".); Ellen J. Helsper y Rebecca Eynon (2010, p. 517-518) (sobre que no hay sustento empírico para hacer una distinción entre los "nativos digitales" y los "inmigrantes digitales"; aún más, dicha distinción puede terminar siendo prejudicial para su educación); Matt Richtel (2012, p. A18) (la tecnología puede estar cambiando los comportamientos relacionados con el aprendizaje de los estudiantes, pero ningún estudio de largo plazo justifica que esté cambiando sus ciclos de atención); Mark Pagel (2011, p. 70) (basándose en la biología evolutiva, Pagel concluye que sabemos que el Internet no ha cambiado el cerebro humano porque las personas que no tienen acceso a él piensan igual a las que sí tienen acceso); Steven Pinker (2011, p. 86, 87); Gregory Paul (2011, p. 122) (la única forma de saber si el Internet está cambiando la forma en que pensamos y aprendemos es mediante un experimento simulado, y no queda para nada claro cómo haríamos algo así). Levy (2016, p. 244) ("de forma significativa, los expertos nos dicen que es muy poco probable que el cerebro sea siquiera capaz de realizar los cambios sugeridos por aquellos que aseguran la existencia de la tal división cognitiva".).

73 Roger Schank (2019) ("El Internet no ha cambiado la forma en que pienso ni la forma en que nadie piensa".).

impactos negativos o positivos que podrían tener para los procesos de aprendizaje que se adelantan en las facultades de derecho.

La tercera debilidad, estrechamente conectada con las dos anteriores, es que la respuesta tres no basa sus conclusiones en reflexiones precisas y detalladas sobre la relación entre tecnología y educación jurídica. Es poco común encontrar que esta literatura presente argumentos puntuales sobre la manera cómo los objetivos de aprendizaje que persiguen las facultades de derecho (familiaridad y uso de información legal, desarrollo de destrezas profesionales y creación de competencias éticas) se conectan negativa o positivamente con tecnologías específicas. No es común encontrar en esta literatura argumentos concretos fundamentados empíricamente que permitan entender, por ejemplo, cómo los libros electrónicos interactivos, las plataformas para compartir y editar información, los *clickers* y los teléfonos celulares contribuyen a lograr los fines pedagógicos que usualmente persiguen las facultades de derecho. Muchos de estos autores asumen acríticamente que estas tecnologías efectivamente ayudan a alcanzar tales fines o presentan argumentos anecdóticos, intuiciones o estudios de caso puntuales que no permiten llegar a conclusiones generales sobre los objetos de estudio que examinan. La información disponible no permite concluir que la tecnología ha cambiado (o podría cambiar) el campo de juego, la estructura, de la educación jurídica. Para que sea realmente persuasiva, la respuesta tres debería precisar los vínculos que tienen o podrían tener la educación jurídica (sus fines, medios y agentes) y la tecnología. Asimismo, debería alejarse de una promoción radical y acrítica de la tecnología que la presenta como indudablemente positiva para las facultades de derecho.

Finalmente, la cuarta crítica a la respuesta tres, que se conecta de manera clara con la crítica heideggeriana a la tecnología que usé en el primer aparte del ensayo, cuestiona uno de los supuestos generales en los que se fundamenta esta respuesta: la tecnología es un medio neutral para alcanzar los fines que usualmente persigue la educación jurídica. Con Heidegger, se puede hacer explícito que la tecnología no es un mero instrumento neutral para alcanzar distintos tipos de fines individuales o sociales.[74] Con Heidegger, es posible ver que la tecnología en la modernidad tardía es más bien una forma mediante la cual se revela el "ser". La tecnología, desde esta perspectiva, es la constelación de inteligibilidad contingente que da sentido a los seres humanos y al mundo que habitamos.[75] En esta parte final del escrito, no obstante, quisiera examinar otra debilidad del argumento que entiende la tecnología como un medio neutral. Este supuesto oscurece el carácter ambiguo de la tecnología, oscurece que la tecnología puede tener al mismo tiempo efectos esperados y no esperados, positivos y

74 Heidegger (1977, p. 12) ("La tecnología no es entonces un mero medio. La tecnología es una forma de revelar".).

75 *Supra* nota 32.

negativos en tanto que emerge e interactúa con estructuras de poder que pueden generar efectos distributivos problemáticos. La tecnología, su creación y uso, no surge en el vacío; surge siempre en contextos específicos en donde las relaciones de poder determinan quiénes tienen o no tienen acceso a ella, así como la distribución de sus consecuencias negativas y positivas.[76]

Tres ejemplos me pueden ayudar a ilustrar y fundamentar el argumento. El primer ejemplo hace explícitos los nexos entre clase social y tecnología. La clase social a la que se pertenece determina el acceso, familiaridad y capacidad de uso de la tecnología (KELLNER, 2000, p. 247-249; EBO, 1998). La tecnología no se distribuye igualitariamente de manera natural entre todas las clases sociales. Un joven de la periferia bogotana, por ejemplo, no tiene el mismo acceso o familiaridad con la tecnología que un joven de la clase media alta de Bogotá o un joven que proviene de una zona rural del departamento de Putumayo, en el sur de Colombia. Los tres, sin embargo, pueden hacer parte de la misma facultad de derecho pública o privada. En consecuencia, la defensa acrítica de la premisa que entiende la tecnología como un medio neutral puede contribuir a la perpetuación de las desigualdades de clase que deberían eliminarse o al menos moderarse mediante la educación. El uso de la tecnología que promueve la respuesta tres no reconoce ni reflexiona sobre el impacto que tendría la tecnología en las aulas compuestas por individuos de distintas clases sociales.

Los estudiantes de bajos recursos, por ejemplo, no necesariamente tienen acceso a computadores portátiles en su vida cotidiana, no necesariamente manejan programas básicos como Word, Excel o PowerPoint o no necesariamente manejan herramientas como los *clickers* o las plataformas para editar documentos conjuntamente. El uso acrítico de la tecnología en las aulas de clase puede poner en desventaja a los estudiantes no privilegiados económicamente. No hay duda de que estos estudiantes podrían aprender a usar la tecnología que se use en clase. No obstante, este hecho les impondría una carga indebida que se suma a las cargas académicas que todos los estudiantes deben asumir. No es claro, sin embargo, que los estudiantes de bajos recursos puedan acceder a la tecnología; por más que se esfuercen no podrían comprar las herramientas tecnológicas que se les exige en clase para poder cumplir con los objetivos de aprendizaje que se persiguen en las clases de derecho.

• • •

76 Kellner (2000, en general, y p. 248): "He estado desarrollando lo que he llamado una teoría crítica de la tecnología que critica los usos o tipos de tecnología que sirven como herramientas de dominación, que rechaza la primacía y las pretensiones de las nuevas tecnologías, que ve las limitaciones de la pedagogía y de las propuestas de enseñanza que se basan principalmente en la tecnología y que no hacen un adecuado énfasis en la pedagogía, en el empoderamiento de los profesores y de los estudiantes, que insiste en llevar a cabo una reforma pedagógica y una restructuración de las estructuras de enseñanza para promover una democracia multicultural, y que promueve una reestructuración apropiada de la tecnología para servir a la sociedad y a la educación democrática de hoy".

El segundo ejemplo examina los llamados que hacen algunos de los autores que ofrecen la respuesta tres a que las facultades de derecho incluyan clases de programación dentro de los currículos.[77] El objetivo de estos cursos no es, generalmente, que los abogados se conviertan en programadores expertos. Más bien, su fin es que los abogados aprendan los conceptos básicos de la programación y puedan adelantar ejercicios básicos de programación. Cuando estas propuestas se presentan acríticamente como medios neutrales para alcanzar fines valiosos, como formar abogados que tengan la capacidad de interactuar con los clientes de las muchas compañías tecnológicas que requieren de servicios jurídicos de calidad, pierden de vista la manera como estos objetos de estudio se entrecruzan con las desigualdades de género. Existe una amplia literatura que muestra como las niñas y mujeres jóvenes no se interesan o no acceden fácilmente a los espacios que constituyen las disciplinas académicas relacionadas con la computación (ZARRETT y MALANCHUK, 2005; WARREN y BOURQUE, 1991; MOGHADDAM, s.f.). Históricamente, estas disciplinas han sido un espacio fundamentalmente masculino.

La promoción acrítica de estos cursos en las facultades de derecho puede convertirse en un mecanismo que reproduce las desigualdades entre los estudiantes de derecho hombres y mujeres. Las estudiantes probablemente no estarán interesadas en este tipo de clases por la relación histórica que ha habido entre género y ciencias de la computación o, aunque estén interesadas, probablemente no tendrán los mismos conocimientos o familiaridad con la programación que sus pares masculinos. Como consecuencia, las estudiantes de derecho tendrán acceso a menos espacios académicos que sus pares masculinos o tendrán algunas desventajas para tener el mismo éxito en estos espacios académicos. Asimismo, una vez se gradúen, los estudiantes tendrán ventajas en el mercado laboral que las estudiantes no tendrán: aquellos tendrán mayores oportunidades para interactuar con un segmento de la demanda de servicios jurídicos que es particularmente poderoso económica y políticamente.

Finalmente, el tercer ejemplo hace evidente que la adopción y el uso de la tecnología compiten por recursos escasos con otro tipo de sujetos u objetos que se requieren para el adecuado funcionamiento de una facultad de derecho, por ejemplo, libros para la biblioteca, becas para estudiantes de bajos recursos económicos, más profesores de planta y mejoras en la infraestructura de las instituciones.[78] Escoger la tecnología sobre las otras posibles áreas de inversión de los recursos escasos de los que disponen las facultades de derecho implica una decisión política que jerarquiza las distintas necesidades o aspiraciones que tienen estas unidades académicas. La tecnología en este caso no es un medio neutral en la medida en que

77 *Supra* nota 26.

78 Olubiyi, Olaniyan y Odiaka (2015, p. 17) (“Los altos costos de la tecnología son un impedimento importante para su uso”.).

exige no invertir en otras áreas pedagógicamente relevantes de la facultad. Asumir acríticamente la premisa de que la tecnología es un agente neutral oscurece este hecho y dificulta su examen y crítica por parte de los distintos agentes que componen una facultad de derecho. Esta tensión puede ser menor en facultades del Norte Global que tienen muchos recursos para invertir en la satisfacción de sus necesidades y anhelos académicos. En estos casos, puede que todas las necesidades y anhelos puedan satisfacerse razonablemente al mismo tiempo. Sin embargo, en las facultades de derecho del Sur Global, usualmente este no es el caso. Los recursos disponibles son mucho menores y permiten satisfacer algunas necesidades o anhelos y no otros, algunos de ellos en niveles muy menores. La tecnología no es, por tanto, un medio neutral que puede y debe implementarse de manera inmediata, urgente y necesaria en todas las facultades de derecho.

Conclusiones

La tecnología es un hecho inevitable y omnipresente en la práctica y la educación jurídicas de la modernidad tardía. La tecnología ha cambiado o está cambiando la práctica del derecho en todo el globo. El mercado de los servicios jurídicos, por ende, exige que la educación jurídica también se transforme. La educación jurídica, argumenta una parte notable de la literatura jurídica especializada, debe reformarse, debe adecuarse a los cambios que ha sufrido la práctica profesional. Asimismo, esta literatura argumenta que la educación jurídica debe adecuarse a las necesidades y exigencias de las nuevas generaciones de estudiantes de derecho. Las facultades de derecho deben adaptarse a las características de las generaciones Y y Z que constituyen la mayor parte de la demanda del mercado de servicios educativos contemporáneos. La educación jurídica, además, debe utilizar la tecnología para alcanzar estos fines. La tecnología es un instrumento necesario y urgente para satisfacer las demandas de los principales agentes que conforman los mercados de servicios jurídicos y educativos.

Esta literatura, sin embargo, pierde de vista las profundas debilidades que tiene la estructura de emplazamiento en la que se fundamenta; pierde de vista los límites que tiene la tecnología como constelación de inteligibilidad dominante en la modernidad tardía. Desde esta perspectiva, los estudiantes y profesores de derecho, los abogados y firmas, así como las facultades de derecho, son meros recursos sin contenido que deben ser optimizados para su uso eficiente. Igualmente, parte de esta literatura pierde de vista la relación entre tecnología y poder; ignora la literatura médica y sobre educación que es necesaria para describir, comprender y evaluar las relaciones entre tecnología y educación jurídica; fundamenta algunos de sus argumentos centrales en supuestos empíricos dudosos; y no siempre conecta de manera precisa tecnologías específicas con los objetivos de aprendizaje que persiguen las facultades de derecho.

La tecnología puede jugar un papel valioso en la educación jurídica. No obstante, este papel solo puede materializarse mediante un reconocimiento, comprensión y transformación del

entramado de significación dominante que le ha dado sentido históricamente; solo puede materializarse si examina la relación entre poder y tecnología y reconoce que este es un campo ineludiblemente interdisciplinario.

AGRADECIMIENTOS

El autor agradece a Gabriela Pedraza y Andrés Jurado el magnífico trabajo que realizaron como asistentes de investigación.

REFERENCIAS

ACEVEDO, Daniel. Tecnología, Derecho y la transformación de esta profesión: ¿por dónde empezar? (I), ÁMBITO JURÍDICO (2018), https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/tic/tecnologia-derecho-y-la-transformacion-de-esta-profesion-por-donde (visitado por última vez en 8 ago., 2019).

ALLEN, Jeffrey. *Technology for the Mobile Lawyer in All of Us*, 29 GPSOLO 4 (2012).

ALVI, Shahid. *Proceed with Caution: Technology Fetishism and the Millennial Generation*, 8 INTERACTIVE TECH. & SMART EDUC. 135 (2011).

ÁMBITO JURÍDICO. *Educación y tecnología: de la mano* (2018), https://www.ambitojuridico.com/noticias/tecnologia/educacion-y-cultura/educacion-y tecnologia-de-la-mano (visitado por última vez en 9 ago. 2019).

AMÉRICAECONOMÍA.COM. *Global Legal Tech Venture Day llega a México para buscar y apoyar nuevas empresas*, https://mba.americaeconomia.com/articulos/notas/global-legal-tech-ventureday-llega-mexico-para-buscar-y-apoyar-nuevas-empresas (visitado por última vez en 8 ago. 2019).

AMERICAN BAR ASSOCIATION, A.B.A. *Report and Recommendations*, TASK FORCE ON THE FUTURE OF LEGAL EDUC. 1, disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/report_and_recommendations_of_aba_task_force.pdf (2014).

BECKER, David M. *Some Concerns About the Future of Legal Education*, 51 J. LEGAL EDUC. 469 (s.f.).

BECKERMAN-RODAU, Andrew. Ethical Risks from the Use of Technology, 31 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 1 (2004).

BELDARRAIN, Yoany. *Distance Education Trends: Integrating new technologies to foster student interaction and collaboration*, ROUTLEDGE, v. 27, n. 2 (ago. 2006).

BENNETT, Sue et al. *The 'Digital Natives' Debate: A Critical Review of the Evidence*, 39 BRIT. J. EDUC. TECH. (2008).

BENNETT, S.; MATON, K. *Beyond the 'Digital Natives' Debate: Towards a More Nuanced Understanding of Students' Technology Experiences*, 26 JOURNAL OF COMPUTER ASSISTED LEARNING (2010).

BENJAMIN, Walter. *Baudelaire*. José Manuel Cuesta Abad (ed.), Alfredo Brotons Muñoz et al. trans., 2014.

BLACK, Max. *The Gap Between "Is" and "Should"*, 73 THE PHILOSOPHICAL REVIEW 165 (1964).

BONNETT, Michael. *Education in a Destitute Time*, 17 JOURNAL OF PHILOSOPHY OF EDUCATION 21 (1983).

BONILLA, Daniel. *Los Mandarines del Derecho: El trabajo jurídico pro bono en perspectiva comparada, en Los Mandarines del Derecho: Transplantes jurídicos, análisis cultural del Derecho y trabajo pro bono SIGLO DEL HOMBRE EDITORES, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES* (2017).

BROUSSARD, Camille. *Teaching with Technology: Is the Pedagogical Fulcrum Shifting?* 53 NEW YORK LAW SCHOOL LAW REVIEW 903 (2009).

BROWN, Peter C. et al. *Make It Stick: The Science Of Successful Learning* 106-108 (2014).

BULLEN, Mark et al. *Digital Learners in Higher Education: Generation is Not the Issue*, 37 CANADIAN JOURNAL OF LEARNING AND TECHNOLOGY / LA REVUE CANADIENNE DE L'APPRENTISSAGE ET DE LA TECHNOLOGIE 1 (2011), https://www.learntechlib.org/p/42755/ (visitado por última vez en 5 ago., 2019).

CARON, Paul L. *Teaching with Technology in the 21st Century Law School Classroom 3* (2006), https://papers.ssrn.com/abstract=896906 (visitado por última vez en 30 jul, 2019).

CARON, Paul L.; GELY, Rafael. *Taking Back the Law School Classroom: Using Technology to Foster Active Student Learning Pedagogy*, 54 J. LEGAL EDUC. 551 (2004).

CHAKRABORTY, Saikat et. al. *Education as an instrument of social change and enhancing teaching learning process with the help of technological development* (2018), https://www.researchgate.net/publication/325143953_Education_as_an_instrument_of_social_change_and_enhancing_teaching-learning_process_with_the_help_of_technological_development.

CICERO, Nidia. *Innovar la enseñanza del derecho. ¿Solo se trata de tecnologías de la información y comunicación?* 5 REVISTA PEDAGÓGICA UNIVERSITARIA Y DIDÁCTICA DEL DERECHO 91 (2018).

COMUNIDAD VIRTUAL, Facultad de Derecho, Universidad Externado, *Los abogados y la tecnología*, Universidad Externado de Colombia (2018), https://www.uexternado.edu.co/Derecho/los-abogados-y-la-tecnologia/ (visitado por última vez en 8 ago., 2019).

CORREAS, Carlos-Ignacio Massini. *Filosofía del derecho I. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires, ABELEDO PERROT (1994).

COURAGE, Mary L. et al. *Growing up multitasking: the costs and benefits for cognitive development*, 35 DEVELOPMENTAL REVIEW 5 (2015).

CUBAN, Larry. *Teachers And Machines: The Classroom Use Of Technology Since 1920* (1986).

CUNNINGHAM, Lawrence A. *Digital Evolution in Law School Course Books, in Legal Education in The Digital Age* 81 (Edward Rubin ed., 2012).

DAVIS, Hank. *Caveman Logic: The persistence of primitive thinking in a modern world* (2009).

DEGROFF, Eric A. *Training Tomorrow's Lawyers: What Empirical Research Can Tell us about the Effect of Law School Pedagogy on Law Student Learning Styles*, 36 S. ILL. U. L.J. 251 (2011).

DREYFUS, Hubert. *Heidegger on Gaining a Free Relation to Technology*, in READINGS IN THE PHILOSOPHY OF TECHNOLOGY 25 (David M. Kaplan ed., 2. ed. 2009).

DREYFUS, Hubert. *Heidegger on the Connection between Nihilism, Art, Technology and Politics*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO HEIDEGGER 345 (Charles B. Guignon ed., 2. ed. 2006).

EASTON, Catherine. *An Examination of Clicker Technology Use in Legal Education*, JILT (2009), https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2009_3/easton.

EBO, Bosah. *Cyberghetto or cybertopia? Race, Class and Gender on the Internet*, PRAEGER (1998).

EICKS, Jeannette. *Educating Superior Legal Professional: Successful Modern Curricula Join Law and Technology* 5.06 (2012), https://papers.ssrn.com/abstract=2465977 (visitado por última vez en 9 ago., 2019).

FARRELL, Lindsey; HURT, Andrew C. *Training the Millennial Generation: Implications for Organizational Climate*, v. 12, n. 1, JOURNAL OF ORGANIZATIONAL LEARNING AND LEADERSHIP (Primavera 2014).

FEENBERG, Andrew. QUESTIONING TECHNOLOGY (1999).

FEENBERG, Andrew. *Constructivism and Technology Critique: Replies to Critics*, 43 INQUIRY (2000a).

FEENBERG, Andrew. *The Ontic and the Ontological in Heidegger's Philosophy of Technology: Response to Thomson*, 43 INQUIRY (2000b).

FITZSIMONS, Patrick. *Enframing education*, in HEIDEGGER, EDUCATION, AND MODERNITY (Michael Peters ed., 2010).

FOER, Joshua. *Moonwalking with Einstein: The Art and Science of Remembering Everything* (2011).

FRAND, Jason. *The Information Age Mindset: Changes in Students and Implications for Higher Education*, EDUCAUSE REV., sept.-oct. 2000, https://er.educause.edu/-/media/files/article-downloads/erm0051.pdf.

FRIEDMAN, Ron. *The Future Law Office: Going Virtual*, 30 LAW PRAC. MGMT. 30 (2004).

GALANTER, Marc; HENDERSON, William D. *The Elastic Tournament: A Second Transformation of the Big Law Firm*, 60 STAN. L. REV. 1867 (2007).

GALLAGHER, Winifred. *Rapt: Attention and the Focused Life* (2010).

GALVES, Fred. *Will Video Kill the Radio Star – Visual Learning and the Use of Display Technology in the Law School Classroom*, 2004 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 195 (2004).

GERDY, Kristin B.; WISE, Jane H.; CRAIG, Alison. *Expanding Our Classroom Walls: Enhancing Teaching and Learning through Technology*, 11 LEGAL WRITING: J. LEGAL WRITING INST. 263 (2005).

GLENN, David. *Divided Attention*, CHRON. HIGHER EDUC. (28 fev. 2010), http://chronicle.com/article/Scholars-Turn-Their-Attention/63746/ [http://perma.cc/5V22-KZ6V].

GOLDMAN, Pearl. *Legal Education and Technology: An Annotated Bibliography*, 93 Law Libr. J. 423-468 (2001).

GOLDMAN, Pearl. *Legal Education and Technology II: An Annotated Bibliography*, 100 Law Libr. J. 415 (2008).

GRANAT, Richard; LAURITSEN, Marc. *The Many Faces of E-Lawyering*, 30 LAW PRAC. MGMT. 36 (2004).

GRISDELA, Margaret. s.f. *Overview of the U.S. Legal Market, HG Legal Resources*, https://www.hg.org/marketing-us-market.html (visitado por última vez en 8 ago., 2019).

HARRIS, Nikos. *The Risks of Technology in the Law Classroom: Why the Next Great Development in Legal Education Might Be Going Low-Tech*, 51 U.B.C. L. REV. 773 (2018).

HARVARD LAW SCHOOL, Programming for Lawyers, HARVARD LAW SCHOOL (2017), https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=71516 (visitado por última vez en 11 ago., 2019).

HAUN, Daniel. *Repetition, Availability and Truth, Is the Internet Changing the Way You Think? The Net's Impact on Our Minds and Future* 293, JOHN BROCKMAN ed. (2011).

HEIDEGGER, Martin. *The question concerning technology*, in THE QUESTION CONCERNING TECHNOLOGY AND OTHER ESSAYS 3 (William Lovitt tran., 1977).

HELSPER, Ellen J.; EYNON, Rebecca. *Digital Natives: Where Is the Evidence?* 36 BRIT. EDUC. RES. J. (2010).

HOWE, Neil; STRAUSS, William. *Generations: The History of America's Future, 1548 to 2069* (1991).

HUME, David. *Treatise of Human Nature*, Libro III, Parte I, Sección I, in THE PHILOSOPHICAL WORKS, v. 2, s.f.

JACOBSON, M. H. Sam. *Paying Attention or Fatally Distracted: Concentration, Memory, and Multi-Tasking in a Multi-Media World*, 16 J. LEGAL WRITING INST. 419 (2010).

JOHNSON, Stephen M. www.lawschool.edu: Legal Education in the Digital Age, 2000 Wis. L. Rev. 85 (2000).

JOHNSON, Stephen. *Teaching for Tomorrow: Utilizing Technology to Implement the Reforms of MacCrate, Carnegie, and Best Practices*, 92 NEBRASKA LAW REVIEW 46 (2013).

JONES, Chris et al. *Net generation or Digital Natives: Is there a distinct new generation entering university?* 54 COMPUTERS & EDUCATION (2010).

JONES, Chris; SHAO, Binhui. *The Net Generation and Digital Natives: Implications for Higher Education*, HIGHER EDUCATION ACADEMY (2011).

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow* (2011).

KATZ, Martin J. *Facilitating Better Law Teaching – Now The 2012 Randolph W. Thrower Symposium: Innovation for the Modern Era: Law, Policy, and Legal Practice in a Changing World*, 62 EMORY L.J. 823 (2012).

KELLNER, Douglas. *New Technologies / New Literacies: Reconstructing education for the new millennium*, 11 TEACHING EDUCATION 245 (2000).

KIMBRO, Stephanie. *Receiving a Digital Legal Education | Lawyerist*, LAWYERIST.COM (2010), https://lawyerist.com/receiving-a-digital-legal-education/ (visitado por última vez en 9 ago., 2019).

LAMBEIR, Bert. *Comfortably Numb in the Digital Era: Man's Being as Standing-reserve or Dwelling silently*, in HEIDEGGER, EDUCATION, AND MODERNITY (Michael Peters ed., 2010).

LARSON, Joni. *Turning the Tables: Is It Time for Professors to Stop Fighting the Presence of Students' Technology in the Classroom and Instead Use It to Enhance Student Learning?* 43 N. KY. L. REV. 231 (2016).

LASSO, Rogelio. *From the Paper Chase to the Digital Chase: Technology and the Challenge of Teaching 21st Century Law Students*, 43 SANTA CLARA L. REV. 1 (2002).

LATRUP-PEDERSEN, Tom. *Trends in Legal Education in the Learning Society — The Challenge of Information Technology*, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF THE LEGAL PROFESSION 165-186 (2002).

LEE, Jennifer; LIN, Lin; ROBERTSON, Tip. *The impact of media multitasking on learning*, 37 LEARNING, MEDIA AND TECHNOLOGY 94-104 (2012).

LEVITIN, Daniel J. *The Organized Mind: Thinking straight in the age of information overload* 16 (2014).

LEVY, James B. *Teaching the Digital Caveman: Rethinking the Use of Classroom Technology in Law School*, 19 CHAP. L. REV. 241 (2016).

LOHR, Steve. *Where Non-Techies Can Get With the Programming*, THE NEW YORK TIMES, April 4, 2017, https://www.nytimes.com/2017/04/04/education/edlife/where-non-techies-computer-programming-coding.html (visitado por última vez en 11 ago., 2019).

LUI, Kelvin F. H.; WONG, Alan C. N. *Does media multitasking always hurt? A positive correlation between multitasking and multisensory integration*, 19 PSYCHON BULL REV 647-653 (2012).

MAHARG, Paul; MUNTJEWERFF, Antoinette J. *Through a screen, darkly: Electronic legal education in Europe*, 36 THE LAW TEACHER 307-332 (2002).

MARCUS, Richard L. *The Electronic Lawyer Symposium: The Challenge of 2020: Preparing a Civil Justice Reform Agenda for the Coming Decade: Fourteenth Annual Clifford Symposium on Tort Law and Social Policy*, 58 DEPAUL L. REV. 263 (2008).

MCGINNIS, John O.; PEARCE, Russell G. *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services Col loquium: The Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law*, 82 FORDHAM L. REV. 3041 (2013).

MEDINA, John. *Brain Rules: 12 Principles for Surviving and Thriving at Work, Home, and School* (2008).

MOGHADDAM, Golnessa Galyani. Information technology and Gender Gap: Toward a global view, s.f., EMERALD GROUP PUBLISHING LIMITED, THE ELECTRONIC LIBRARY, v. 28, n. 5.

MOPPETT, Samantha. *Control-Alt- Incomplete? Using Technology to Assess "Digital Natives"*, 12 CHICAGO-KENT JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY 77 (2013).

MORRIS, Jason. *How programming can make the law more accessible | Jason Morris | TEDxUAlberta* (2018), YOUTUBE, https://www.youtube.com/watch?v=d5Mt-Q9K7tU (visitado por última vez en 11 ago., 2019).

MURRAY, Kristen E. *Let Them Use Laptops: Debunking the Assumptions Underlying the Debate over Laptops in the Classroom*, 36 OKLA. CITY U. L. REV. 185 (2011).

NASS, Clifford. FRONTLINE, https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/digitalnation/interviews/nass.html (visitado por última vez en 12 ago., 2019).

OHM, Paul. *Computer Programming and the Law: A New Research Agenda*, 54 VILL. L. REV. 117 (2009).

OLUBIYI, Ifeoluwa; OLANIYAN, Ayobami; ODIAKA, Ngozi. *The Role of Technology in the Advancement of Legal Education and Practice in Nigeria*, 2 (2015), https://www.researchgate.net/publication/280566346_The_Role_of_Technology_in_the_Advancement_of_Legal_Education_and_Practice_in_Nigeria.

O'NEIL, Megan. Confronting the Myth of the 'Digital Native,' CHRON. HIGHER EDUC. (21 abr., 2014), http://chronicle.com/article/Confronting-the-Myth-of-the/145949/ [http://perma.cc/S5L8-CN8Z].

PAGEL, Mark. *Brain Candy & Bad Mathematics,* in IS THE INTERNET CHANGING THE WAY YOU THINK? THE NET'S IMPACT ON OUR MINDS AND FUTURE, John Brockman (ed.) (2011).

PALFREY, John. *Smarter Law School Casebooks*, in LEGAL EDUCATION IN THE DIGITAL AGE, Edward Rubin (ed.) (2012).

PAUL, Gregory. *Hell if I Know,* in IS THE INTERNET CHANGING THE WAY YOU THINK? THE NET'S IMPACT ON OUR MINDS AND FUTURE, John Brockman (ed.) (2011).

PINKER, Steven. *How the Mind Works* (1997).

PINKER, Steven. *Not at All,* in IS THE INTERNET CHANGING THE WAY YOU THINK? THE NET'S IMPACT ON OUR MINDS AND FUTURE, John Brockman (ed.) (2011).

PISTONE, Michele. *Law Schools and Technology: Where We Are and Where We Are Heading Igniting Law Teaching*, 64 J. LEGAL EDUC. 586 (2014).

PIVOVAROV, Valentin. *713% Growth: Legal Tech Set An Investment Record In 2018*, FORBES, https://www.forbes.com/sites/valentinpivovarov/2019/01/15/legaltechinvestment2018/ (visitado por última vez en 9 ago., 2019).

PRENSKY, Marc. *Digital Natives, Digital Immigrants Part 1, 9* ON THE HORIZON 1 (2001).

PRIEST, Stephen. *The British Empiricists* (2. ed. 2007).

RATEY, John J. *A User's Guide to The Brain* (2001).

RAVIZZA, Susan M. et al. *Non-academic Internet Use in the Classroom Is Negatively Related to Classroom Learning Regardless of Intellectual Ability*, 78 COMPUTERS & EDUC. (2014).

RICHTEL, Matt. *Technology Changing How Students Learn, Teachers Say*, N.Y. TIMES, en A18 (1 nov., 2012), https://www.nytimes.com/2012/11/01/education/technology-is-changing-how-students-learn-teachers-say.html.

RIQUELME, Rodrigo. *LegalTech: el valor y los retos de la tecnologia en el mundo del derecho* (2019), EL ECONOMISTA, https://www.eleconomista.com.mx/tecnologia/Legal-Tech-el-valor-y-los-retos-de-la-tecnologia-en-el-mundo-del-derecho-20190228-0148.html (visitado por última vez en 8 ago., 2019).

RUBIN, Edward L. (ed.). *Legal Education in the Digital Age* (2012).

SAW, Yenée. *Putting technology in its Place: Are Law Schools the Right Place to Teach Coding?* LEGAL INSIGHT (2018), http://insight.thomsonreuters.com.au/posts/law-schools-teach-coding (visitado por última vez en 11 ago, 2019).

SCHANK, Roger. *Teaching Minds: How Cognitive Science Can Save Our Schools* (2011).

SCHANK, Roger. *The thinking Process Hasn't Changed in 50,000 Years*, EDGE, https://perma.cc/SJV9-HEVH (visitado por última vez en 8 ago., 2019).

SHERWIN, Richard K.; FEIGENSON, Neal; SPIESEL, Christina. Law in the Digital Age: How Visual Communication Technologies are Transforming the Practice, Theory, and Teaching of Law, 12 B.U. J. SCI. & TECH. L. 227 (2006).

SCHILTZ, Patrick J. *On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession Symposium: Attorney Well-Being in Large Firms: Choices Facing Young Lawyers*, 52 VAND. L. REV. 871 (1999).

SHELL, Duane F. et al. *The Unified Learning Model: How Motivational, Cognitive, And Neurobiological Sciences Inform Best Teaching Practices* (2010).

SIECKMANN, Jan R. *La Sociología del derecho en la formación jurídica*. ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO, n. 12, p. 117-133 (2008).

SITES, Brian. *The Influence of Algorithms: The Importance of Tracking Technology as Legal Educators*, 23 LAW TCHR. 21 (2016).

SK, Md Esahaque. *Education as an instrument of social change*, INTERNATIONAL RESEARCH JOURNAL OF MULTIDICSIPLINARY STUDIES, V. 3, I. 6 (jun. 2017).

SKIBA, Diane J.; BARTON, Amy J. *Adapting Your Teaching to Accommodate the Net Generation of Learners*, THE ONLINE JOURNAL OF ISSUES IN NURSING, v. 11 (2006).

SLOMANSON, William R. *Blended Learning: A Flipped Classroom Experiment*, 64 J. LEGAL EDUC. 93 (2014).

STANDISH, Paul. *Only Connect: Computer Literacy from Heidegger to Cyberfeminism*, 49 EDUCATIONAL THEORY 417-435 (1999).

STEELE, Thomas. The MacCrate Report: Its Impact on Education in Law Firm Management, 23 Pace Law Review 613 (2003).

STEINER, George. HEIDEGGER 211-212 (4. ed. 2013).

SYLWESTER, Robert. *A Celebration of Neurons: An Educator's Guide to The Human Brain* (1995).

TENINBAUM, Gebe. *Reimagining Innovation In Legal Education* (2019), https://abovethelaw.com/career-files/reimagining-innovation-in-legal-education/ (visitado por última vez en 30 jul., 2019).

THE IRISH TIMES CONTENT STUDIO. Technology drives change and creates new solutions for legal clients, THE IRISH TIMES (2019), https://www.irishtimes.com/special-reports/innovation-in-law/technology-driveschange-and-creates-new-solutions-for-legal-clients-1.3769572 (visitado por última vez en 11 ago., 2019).

THOMPSON, Penny. The Digital Natives as Learners: Technology Use Patterns and Approaches to Learning, 65 COMPUTERS & EDUC. (2013).

THOMSON, Iain D. HEIDEGGER ON ONTOTHEOLOGY: TECHNOLOGY AND THE POLITICS OF EDUCATION 53 (2005).

THOMSON, Iain. *Ontotheology? Understanding Heidegger's Destruktion of Metaphysics*, 8 INTERNATIONAL JOURNAL OF PHILOSOPHICAL STUDIES 297 (2000).

THREEDY, Debora L.; DEWALD, Aaron. *Re-Conceptualizing Doctrinal Teaching: Blending Online Videos with in-Class Problem-Solving*, 64 J. LEGAL EDUC. 605 (2015).

USC GOULD SCHOOL OF LAW. *The Rise of Virtual Law Practices and "E-Lawyering", Online International LLM Degree Program* (2017), https://onlinellm.usc.edu/blog/elawyering-and-virtual-law-practices/ (visitado por última vez en 7 ago., 2019).

TROKSA, Lauren. *The Study of Generations: A Timeless Notion within a Contemporary Context*, UNIVERSITY OF COLORADO, CU SCHOLAR (Primavera, 2016).

WADDINGTON, David I. *A Field Guide to Heidegger: Understanding 'The Question Concerning Technology'*, v. 37, n. 4 EDUCATIONAL PHILOSOPHY AND THEORY 567 (2005).

WALLACE, James E. *Philosophy and the future law school curriculum*, 44 DENV L.J. 24 (1967).

WANG, Shiang-Kwei et al. *An Investigation of Middle School Science Teachers and Students Use of Technology Inside and Outside of Classrooms: Considering Whether Digital Natives Are More Technology Savvy than Their Teachers*, 62 EDUC. TECH. RES. & DEV. (2014).

WARNER, Richard; SOWLE, Stephen D; SADLER, Will. *Teaching Law with Computers*, 24 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 107 (1998).

WARREN, Kay B.; BOURQUE, Susan C. *Women, Technology and International Development Ideologies: Analyzing Feminist Voices, in Gender at the Crossroads of Knowledge: Feminist Anthropology in the Postmodern Era*, UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS (1991).

WILLIS, Miguel. *8 Law Schools on Cutting Edge of Tech + Innovation*, Innovative Law Student (2016), https://www.innovativelawstudent.com/2016/04/7-law-schools-cutting-edge-tech-innovation/ (visitado por última vez en 30 jul. 2019).

WOLF, Maryanne. *Proust And the Squid: The Story and Science of The Reading B rain* (2007).

ZARRETT, Nicole R.; MALANCHUK, Oksana. *Who's Computing? Gender and Race Differences in Young Adults Decisions to Pursue and Information Technology Career*, NEW DIRECTIONS FOR CHILD AND ADOLESCENT DEVELOPMENT, I. (2005).

Cómo citar este artículo:

MALDONADO, Daniel Bonilla. Educación jurídica e innovación tecnológica: un ensayo crítico. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1954. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201954.

Daniel Bonilla Maldonado

Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

dbonilla@uniandes.edu.co

Criptomoedas e lavagem de dinheiro

CRYPTOCURRENCIES AND MONEY LAUNDERING

Heloisa Estellita[1]

Resenha de:
GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

V. 16 N. 1
2020

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 08.08.2019
Aprovado: 04.09.2019

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), São Paulo, São Paulo, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5054-4116

CC BY-NC

Introdução

Johanna Grzywotz publicou, recentemente, a sua tese de doutorado, defendida, em 2018, na Faculdade de Direito da Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. O trabalho *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche* (2019) apresenta uma análise profunda dos riscos penais dos criptoativos em face do crime de lavagem de capitais (§ 261 StGB).[1] A hipótese de partida é a de que o uso de moedas virtuais traz consigo um incremento do risco de lavagem de capitais. Para confirmar sua hipótese, a autora escolheu, entre as centenas de moedas virtuais, o Bitcoin (adiante, BTC) por ser a mais conhecida desde sua criação em 2009.

A importância do tema não pode ser minimizada e já é objeto de literatura inabarcável, fora e dentro do país, valendo destacar, entre nós e por seu caráter recente e específico, as dissertações de mestrado de Grupenmacher (2019) e Telles (2018), tratando, a primeira, das plataformas de negociação de criptoativos sob as lentes do direito do mercado de capitais, e a segunda especificamente do sistema BTC e da lavagem de capitais. Tal atualidade é comprovada, ainda, pela recente regulação das *exchanges*[2] pela Receita Federal Brasileira (RFB) por meio da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN RFB) n. 1888/2019.[3]

O livro objeto desta resenha está estruturado em cinco capítulos e trata do fenômeno das moedas virtuais (Capítulo 2), do fenômeno da lavagem de capitais (Capítulo 3), dos pontos de contato entre BTC e lavagem de capitais (Capítulo 4) e dos riscos específicos de lavagem de capitais decorrentes da BTC (Capítulo 5). Não cumpre fazer aqui um resumo da obra, mas destacar seus pontos principais, especialmente naquilo que podem ser úteis às reflexões do leitor brasileiro. Trata-se, assim, de uma resenha mais com cunho comparativo do que propriamente crítico, e, nesse sentido, as contribuições verdadeiramente relevantes são dadas pelos temas tratados nos Capítulos 4 e 5, nos quais a autora analisa os pontos de conexão entre BTCs e lavagem de dinheiro.

• • •

1 StGB é a abreviação de *Strafgesetzbuch*, o Código Penal alemão. Ofereço aqui uma tradução livre e limitada aos parágrafos que definem as condutas incriminadas do § 261 do StGB, que é o dispositivo que incrimina a lavagem de dinheiro: "§ 261 Lavagem de dinheiro; dissimulação de valor patrimonial obtido ilegalmente. (1) Quem, relativamente a um objeto proveniente de um fato típico e antijurídico mencionado no nr. 2, oculte-o, dissimule sua origem, impeça ou ponha em perigo a investigação de sua origem, sua descoberta, seu confisco ou seu asseguramento, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos. Fatos típicos e antijurídicos no sentido deste número são: [...]. (2) Incidirá nas mesmas penas quem, relativamente a um objeto mencionado no nr. 1, 1. consiga-o para si ou para outrem; ou, 2. guarde-o ou o utilize para si ou para outrem, desde que conheça sua proveniência no momento em que o obteve".

2 O termo será aqui empregado no sentido definido pela IN n. 1888/2019, art. 5º, II: "exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos".

3 Já alterada pela IN RFB 1899, de 10 de julho de 2019.

1. BTCs E OS CATALISADORES PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO

O exame de manifestações oficiais de vários organismos internacionais sobre o tema, publicadas até o começo de 2018[4] – FATF, Autoridade Bancária Europeia (*Europäischen Bankenaufsicht* – EBA), Banco Central Europeu e União Europeia –, evidencia que os catalisadores para a lavagem que acompanham as moedas virtuais são a descentralização, a transnacionalidade livre de obstáculos, as possibilidades de anonimato e a possibilidade de transição do mundo virtual para o mundo real viabilizada pelas *exchanges*.[5] Esses catalisadores são por ela agrupados em três características com especial relevância para o tema da lavagem de dinheiro: a) descentralização; b) pseudoanonimidade; c) globalidade.

Quanto à *descentralização*, na falta de uma instância gerenciadora central, não há um agente que possa examinar operações suspeitas e reportá-las. Esse papel, relativamente ao tráfego de dinheiro eletrônico, é desempenhado por bancos. Isso inexiste no sistema da BTC. Desse modo, a descentralização, que é uma vantagem operacional, acaba sendo uma desvantagem sob o ponto de vista da administração da justiça. Em caso de investigação, a única instância à qual se pode recorrer é representada pelos intermediários, as *exchanges*, que fazem a conexão entre o sistema do BTC e o mundo real econômico. E não se deve olvidar que nem todos os usuários de BTC necessitam de um intermediário para negociar a moeda, que pode ser comercializada diretamente entre (os próprios) usuários, no que se denomina P2P (GRZYWOTZ, 2019, p. 98).

Quanto à *pseudoanonimidade* e ao contrário do que se pode pensar, as operações com BTC não são um meio de pagamento anônimo, mas garantem um grau de privacidade que é relevante em termos de persecução penal da lavagem de capitais. Ao abrir uma "conta", a pessoa não tem de se identificar e basta o acesso à internet e a um cliente de BTC para gerar um par de chaves e ter acesso a transações. Ademais, uma mesma pessoa pode ter diversos endereços de BTCs, o que agrega mais anonimidade às transações. Porém, o fluxo de transações é todo registrado no *blockchain*,[6] o que dá uma transparência relevante quanto a todo o histórico de transações com os BTCs. A atribuição de identidade aos endereços de BTCs só pode ser feita por um terceiro (uma *exchange*, por exemplo), já que o código não contém ou comporta os dados pessoais do titular do endereço (GRZYWOTZ, 2019, p. 99-100). É isso que explica que

4 Após essa data, merecem destaque a publicação do FATF (2019) e a proposta de alteração na legislação de lavagem de capitais alemã anunciada no dia 31/07/2019 (BUNDESREGIERUNG 2019), que trata especificamente das moedas virtuais.

5 *Exchanges* "são plataformas por meio das quais os indivíduos operacionalizam a troca de ativos criptografados ou realizam a compra desses ativos por meio de moeda corrente nacional" (GRUPENMACHER, 2019, p. 57).

6 Sobre esses conceitos, já traduzidos para a área de interesse dos juristas, cf. Stella (2017). Ver uma abordagem completa em Antonopoulos (2017).

os atuais esforços de regulação do setor, sob o ponto de vista da prevenção de lavagem, dirijam-se especialmente às *exchanges*, exigindo que tomem medidas de identificação dos usuários (*Know Your Customer* – KYC).[7]

Por fim, a *globalidade* se caracteriza pelo fato de que as transações podem ser realizadas globalmente sem nenhum obstáculo; para isso, de novo, é suficiente o acesso à internet e a um cliente de BTC. Isso também vale para a troca de BTC por moedas estatais, que pode ser feita por intermediários ou mesmo por pessoas privadas. Todas essas transações são realizadas sem instâncias de controle, o que torna esse ambiente propício para aqueles que pretendem lavar dinheiro, nas tradicionais fases da lavagem de dinheiro: colocação, dissimulação ou transformação e integração (GRZYWOTZ, 2019, p. 100).

2. BTCs e as fases da lavagem de capitais

Na fase da *colocação*, pode-se pensar na inserção de valores patrimoniais no sistema de BTC, ou seja, a obtenção de BTCs com valores provenientes da prática de crime anterior. Isso pode ser feito por meio da aquisição em *exchanges*; em caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; em plataformas que conectam usuários para transações diretas; por meio da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime, quando, por exemplo, a venda de drogas é remunerada em BTCs; ou pela transferência de BTCs de um para outro endereço de BTC (GRZYWOTZ, 2019, p. 101-103).

A *dissimulação* pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço dos BTCs sem que o usuário perca o controle sobre eles. Também se pode usar os endereços de BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. Em qualquer desses casos, porém, o caminho e o rastro das transações serão facilmente identificáveis, dada a transparência do *blockchain*. A identidade dos usuários, ou seja, dos titulares dos endereços de BTC, contudo, não é passível de conhecimento a partir dos dados do sistema (GRZYWOTZ, 2019, p. 104). É essa combinação entre alta rastreabilidade e não identificação do titular do endereço que permite falar em pseudoanonimidade, e não em uma anonimidade total.

As formas mais complexas de dissimulação ou transformação envolvem os chamados *mixing-services* (serviços de mistura ou mescla), cuja função é justamente apagar o rastro das BTCs dentro do *blockchain*, ou seja, romper com a transparência inerente ao sistema.

O *mixing* pode ser feito já por meio de serviços de carteiras (*web-wallets*), nos quais o controle sobre a chave privada não fica com o usuário, mas com o prestador de serviço. Tal qual

7 Cf. referências na nota 4.

em um banco, que gere os valores depositados pelos clientes, os quais, consequentemente, têm contra ele apenas uma pretensão de pagamento das cédulas depositadas, e não diretamente, direito a esta ou àquela cédula, assim funcionam esses serviços de *web-wallet*. Os BTCs custodiados por esses provedores de serviços não necessariamente serão os mesmos que serão pagos ao usuário. Por isso, as *web-wallets* podem ser usadas para fazer o *mixing*. A diferença no caso do uso de *web-wallets* é que há uma espécie de autoridade central (o provedor do serviço) que tem acesso a todas as informações quanto às transações e que poderá, se o desejar ou se for a isso obrigada, implementar medidas de identificação de cada usuário (KYC), o que diminuirá o grau de anonimidade, permitindo, ainda, a implementação de medidas de supervisão antilavagem (GRZYWOTZ, 2019, p. 104-105). Entre nós, a INRFB n. 1888/2019 passou a exigir a identificação dos usuários de *exchanges* de criptoativos, todavia a regulação tem fins tributários e não de prevenção à lavagem.

Há, ainda, serviços de *mixing* especializados, cuja função é criar uma camada a mais de encobrimento entre o remetente e o receptor de BTCs. Cada usuário remete uma quantidade de moedas virtuais para o *mixer* e designa um ou mais endereços (geralmente novos) nos quais quer receber a mesma quantia, descontado o preço cobrado pelo serviço de mescla. As moedas, para falar de modo metafórico, são jogadas em uma "piscina" com as moedas de outros usuários, misturadas e, então, remetidas para os endereços designados pelo usuário. A remessa pode, ainda, ser fracionada em diversas pequenas transações,[8] usando diversos provedores de *mixing* em operações sucessivas. Pesquisas mostram que esses serviços têm o potencial de tornar impossível o rastreamento das moedas, além de implicarem riscos aos próprios usuários, como o de furto ou mesmo de desvio ou perda dos valores pelo encerramento ou bloqueio do serviço (GRZYWOTZ, 2019, p. 106-107).[9]

A *integração* pode ser feita pela troca de BTCs por moedas estatais por meio de *exchanges* de criptoativos ou pela aquisição direta de bens e produtos. Em países com controle sobre as *exchanges*, isso pode levar à descoberta da transação. Entretanto, como uma das características da BTC é justamente a globalidade, pode-se facilmente optar pela execução dessa transação em países com medidas de controle antilavagem menos rigorosas (GRZYWOTZ, 2019, p. 109).

8 Vídeo explicativo do BestMixer, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UxCezLbVT-w. Esse serviço foi fechado pela Interpol em maio de 2019: "EU authorities shut down bitcoin transaction mixer", disponível em: https://www.coindesk.com/eu-authorities-crack-down-on-bitcoin-transaction-mixer. Acessos em: 13 dez. 2019.

9 Como aconteceu com o serviço Bitcoin Blender em maio de 2019, cf. Guia do Bitcoin (s/d).

3. BTCs e as condutas de lavagem de dinheiro

Comprovado que o BTC goza de características que o tornam apto a ser utilizado como instrumento de lavagem de capitais, a autora submete a fenomenologia a um rigoroso processo de subsunção às condutas de lavagem de dinheiro previstas no § 261 do StGB. Desse processo, merecem destaque alguns pontos pelo aporte que dão a todos os que desejem estudar o tema independentemente da específica configuração do crime de lavagem em seu ordenamento jurídico.

3.1. Aplicabilidade territorial e extraterritorial do direito penal alemão

Enquanto as modalidades de lavagem estruturadas como crimes de perigo somente se submetem à legislação alemã se praticadas dentro do território alemão, a complexidade fica por conta das modalidades de resultado (no caso, as modalidades de obstrução, descritas nas figuras 3 e 4 do § 261 [1] do StGB), pois nessas, exceção feita aos casos nos quais há uso de uma *exchange* ou de um *mixing-service*, as transferências de BTCs são realizadas de forma descentralizada ao redor do mundo. Isso quer dizer que o resultado típico pode ocorrer em inúmeros países, o que poderá gerar uma concorrência de ordenamentos jurídicos na aplicação de suas próprias leis penais sobre a mesma transação, gerando fricções com o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade, com a proibição de arbitrariedade, com o "ne bis in idem" e com o princípio da proporcionalidade (GRZYWOTZ, 2019, p. 136-142).

3.2. BTCs como objeto do crime de lavagem de dinheiro

O tipo de lavagem de capitais, seja na Alemanha, seja no Brasil, sempre exige que as condutas incriminadas recaiam sobre um objeto que tem sua origem na prática de um dos crimes antecedentes.[10] No ordenamento jurídico alemão, o termo utilizado pelo legislador para referir o objeto material do crime é "objeto" (*Gegenstand*), o que conduz a autora à necessidade de examiná-lo à luz dos métodos hermenêuticos gramatical, histórico, sistemático e teleológico para investigar se o BTC poderia ser assim considerado (GRZYWOTZ, 2019, p. 203 e seguintes). Entre nós, como veremos adiante, a discussão exige menos esforço interpretativo.

Primeiro é necessário diferenciar o BTC tanto do dinheiro em espécie (*Bargeld*) como do dinheiro escritural (*Buchgeld*) e do dinheiro eletrônico (*E-Geld*). O BTC se distingue do dinheiro em espécie por não ser reconhecido como meio legal de pagamento e por lhe faltar uma existência corporal. Do dinheiro escritural, diferencia-se por não ser uma pretensão exigível ante uma instituição de crédito legalmente reconhecida. Com o *E-Geld*, por sua vez, tem em comum ser um meio de pagamento digital, todavia diferencia-se dele por não ter um emitente contra o qual exista uma pretensão jurídica de recebimento (GRZYWOTZ,

10 A norma alemã contempla um rol bastante amplo de crimes antecedentes.

2019, p. 54 e seguintes). Em 2013, o BaFin alemão classificou o BTC como uma unidade de conta (*Rechnungseinheit*), reconhecendo sua natureza de instrumento financeiro, que pode ser comparado a "divisa" (GRZYWOTZ, 2019, p. 56-57), classificação esta que tem impacto na possibilidade de os BTCs serem objeto do crime de lavagem de capitais.

Um BTC é uma cadeia de assinaturas, que tem um valor de mercado, o qual, por meio da detenção da chave privada, dá ao seu detentor ou detentores a possibilidade fática e exclusiva de disposição sobre eles (GRZYWOTZ, 2019, p. 209). Isso posto, as interpretações gramatical, histórica e sistemática não permitem qualificar as BTCs nem como coisas (*Sachen*), nem como pretensões jurídicas (*Forderungsrecht*) (GRZYWOTZ, 2019, p. 205-220). Também não são meios legais de pagamento, o que lhes retira a característica de dinheiro. Resta examinar, então, se a interpretação teleológica do termo "objeto" pode levar à compreensão das BTCs como tendo uma função equivalente à do dinheiro e, assim, se poderiam ser entendidas como "objeto" para fins do § 261 do StGB. Essa modalidade de interpretação tem por norte a finalidade desse tipo penal no direito penal alemão: a "garantia do acesso do Estado a valores patrimoniais ilegais e o impedimento de sua introdução nos círculos financeiros e econômicos legais" (GRZYWOTZ, 2019, p. 219).

O dinheiro tem três funções: meio de troca e de pagamento, unidade de conta e reserva de valor. A função de meio de troca e de pagamento se mostra na possibilidade de adquirir e pagar por mercadorias e serviços. Essas possibilidades estão presentes relativamente aos BTCs. A função de unidade de conta manifesta a possibilidade de que o valor de bens e mercadorias possa ser expresso em dinheiro. O BaFin, como vimos, classificou os BTCs como unidades de conta. Embora seu valor seja altamente flutuável, valores de bens e mercadorias podem ser expressos em BTCs. Sob o aspecto da fungibilidade, é duvidoso que os BTCs sejam fungíveis. Isso porque eles guardam consigo toda a sua história de transações, e, assim, não são, a rigor, fungíveis no sentido de poderem ser trocados por outros da mesma espécie. Na prática, porém, são negociados e trocados como se fungíveis fossem. A função de reserva de valor implica que o dinheiro possa ser usado também no futuro como meio de troca e de pagamento. Embora o BTC esteja sujeito a uma alta flutuação, especialmente em virtude da inexistência de uma autoridade central que possa tomar medidas para sua estabilidade, ele sem dúvida pode ser usado no futuro como meio de troca e de pagamento, ainda que sujeito a diversas limitações. Essas limitações, tanto como unidade de conta como reserva de valor, levam a autora a negar que tenham função de dinheiro.[11]

Entretanto, a autora argumenta que a interpretação teleológica do termo "objeto" empregado pelo § 261 (1) do StGB deve levar em conta também a rubrica do dispositivo, na qual se emprega a expressão "*Vermögenswert*" (que traduzimos por "valor patrimonial") (GRZYWOTZ,

11 Entre nós, concorda com isso Stella (2017, p. 155 e seguintes).

2019, p. 220-222). E, muito embora o BTC não tenha função de dinheiro, tem inegavelmente a de um substituto ou sucedâneo dele (*Geldersatz*), o que se ajusta à finalidade do § 261 do StGB, que, como dito, é a de garantir ao Estado acesso a valores patrimoniais obtidos por meio da prática de crimes, além de servir como obstáculo à sua introdução nos círculos financeiros e econômicos legais. Conclui a autora, então, que o conceito de objeto, no sentido empregado no § 261 do StGB, não está limitado a conceitos legais rígidos, não se restringindo a coisas ou pretensões jurídicas, mas abarcando quaisquer objetos que gozem das seguintes características: individualização (*Abgrenzbarkeit*), valor patrimonial (*Vermögenswert*) e função de exclusão (*Ausschlussfunktion*) (GRZYWOTZ, 2019, p. 225).

O BTC goza de todas essas características. A *individualização* se manifesta na possibilidade de que os BTCs possam ser atribuídos, em determinado momento temporal, a um endereço de BTC, e ainda a partir de sua unidade individualizável mínima, que são os *outputs* individualmente considerados.[12] Gozam também de *valor patrimonial* não só dentro do próprio sistema Bitcoin, como fora dele, pois podem ser usados como meio de pagamento e ser trocados por moedas estatais. Seu enquadramento, na Alemanha, como unidades de conta pelo BaFin, ademais, reflete sua característica de instrumentos financeiros, o que lhes dá, induvidosamente, o caráter de valor patrimonial (GRZYWOTZ, 2019, p. 226-227). Finalmente, a *função de exclusão* exige que alguém tenha uma posição de domínio, que exclua a intervenção de terceiros sobre o objeto. No caso do BTC, uma posição individualizada de domínio se dá sobre cada *output* isoladamente, cujo acesso só está garantido ao detentor da chave privada. Isso implica dizer que um poder de disposição autêntico só tem aquele que detém a chave privada, ou seja, só ele pode assinar a transação, o que garante ao BTC (na verdade, a cada *output* isolado) a função de exclusão. Com isso, no entendimento da autora, o BTC goza de todas as características para ser considerado "objeto" no sentido do § 261 do StGB.

Entre nós, como adiantado, o esforço interpretativo é menor, pois o legislador especificou como objeto das condutas quaisquer "bens, direitos ou valores" provenientes da prática de infrações penais (art. 1º, *caput*, Lei n. 9.613/1998). Embora não tenhamos lei que defina o que são moedas criptografadas (STELLA, 2017, p. 150), sugere-se que, no estágio atual, devam ser tratadas como "coisas incorpóreas, mais especificamente, com um domínio eletrônico com valor abstrato ao qual se atribui direito de propriedade" (STELLA, 2017, p. 161).

12 Sobre a estrutura das transações com BTCs, cf. Antonopoulos (2017, p. 111 e seguintes). Eis a explicação sobre os *outputs* das transações: "Every bitcoin transaction creates outputs, which are recorded on the bitcoin ledger. Almost all of these outputs, with one exception (see 'Data Output (OP_RETURN)' on page 130) create spendable chunks of bitcoin called unspent transaction outputs or UTXO, which are then recognized by the whole network and available for the owner to spend in a future transaction. Sending someone bitcoin is creating an unspent transaction output (UTXO) registered to their address and available for them to spend" (ANTONOPOULOS, 2017, p. 113).

A Receita Federal, por sua vez, trata as moedas digitais como ativos, exigindo a declaração no IR dos ganhos de capitais com ela obtidos no âmbito de preenchimento da ficha "(outros) bens e direitos". No ano de 2019, como dito, esse mesmo órgão emitiu a INRFB n. 1888, de 3 de maio, instituindo e disciplinando a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Nela, como vimos, define os criptoativos como "a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal" (art. 5º, I). Embora não seja esta a sede para tal discussão, o reconhecimento do valor patrimonial dos criptoativos já se impõe ao menos perante a Receita Federal, e, no caso da tecnologia envolvida no BTC, esses valores são individualizáveis e passíveis de domínio exclusivo por parte do detentor da chave privada.

3.3. O problema da origem criminosa, da substituição e da mescla

O próximo pressuposto típico que pode causar dificuldades em relação ao BTC é o de que o objeto tenha sua origem ou causa (*herrühren*) na prática de um crime anterior. Isso quer dizer, na linguagem da dogmática penal, que a causalidade é uma exigência mínima a ligar o bem objeto da lavagem ao crime antecedente. O impacto dessa exigência para o caso dos BTCs se dá em três grupos de casos: dos objetos obtidos diretamente com a prática do crime antecedente; de seus substitutos ou sucedâneos (*Surrogate*); e quando há mescla ou mistura entre valores legais e ilegais (GRZYWOTZ, 2019, p. 231). Entre eles, certamente os mais complexos são os dois últimos, porque entram em cena duas ordens de questões: a primeira é saber se os bens adquiridos com o produto do crime, ou seja, seus sucedâneos ou substitutos, consideram-se total ou parcialmente contaminados; se afirmada a contaminação parcial, entra em jogo a segunda questão, a de determinar a proporção da contaminação (GRZYWOTZ, 2019, p. 236).

A discussão é objeto de muita polêmica e se vê agravada em países como a Alemanha, cujo ordenamento jurídico contempla modalidades de condutas típicas que se limitam ao "conseguir para si ou para outrem", "guardar" ou "utilizar" (§ 261 [2], StGB). Isso porque a mistura dos valores legais com os ilegais implica que seu ulterior uso, para qualquer finalidade, pode configurar conduta punível. Esse é um problema com significado menos amplo no Brasil, onde tais modalidades de conduta apenas são puníveis quando praticadas "para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal" (art. 1º, § 1º, Lei n. 9.613/1998) ou como etapa já da integração (art. 1º, § 2º, I, Lei n. 9.613/1998).

Após amplo registro da discussão na doutrina e na jurisprudência alemãs, a autora conclui que os BTCs têm, na verdade, vantagens quando comparados ao dinheiro vivo ou mesmo

ao dinheiro escritural, vantagens essas que tornam possível a aplicação do critério da contaminação parcial, impraticável com relação ao dinheiro em espécie ou escritural. Diferentemente do que acontece com depósitos bancários, as transações com BTCs são rastreáveis até a primeira transação incriminada, de forma que sempre será possível determinar a parcela criminosa, o que viabiliza a aplicação do critério da contaminação parcial (GRZYWOTZ, 2019, p. 252). Para tal fim, inclusive, já foram sugeridos sistemas como o de lista de bloqueio de transações (*Transaktionssperrlistenansatz*), por meio dos quais as *exchanges* não deveriam mais aceitar BTCs que estivessem na lista, o que destituiria o BTC, na prática, de qualquer valor (GRZYWOTZ, 2019, p. 253). No sistema BTC, também seria viável determinar um limite mínimo para a contaminação, medida que evitaria o bloqueio do tráfego econômico e financeiro pela contaminação de grande parte dos valores nele utilizados. Isso evidencia como uma possível aplicação da tecnologia de *blockchain* aos depósitos bancários traria para a moeda legal as vantagens dessa tecnologia: a rastreabilidade até a primeira transação com valores ilegais, a aplicação da contaminação parcial e, consequentemente, o afastamento da perspectiva de bloqueio significativo ou total do tráfego econômico por uma contaminação ampla e generalizada (GRZYWOTZ, 2019, p. 258-261).

3.4. As condutas de ocultar e dissimular

A norma incriminadora alemã difere da brasileira quanto às condutas típicas, e, assim, da minuciosa análise feita pela autora, destaco as que são comuns aos dois ordenamentos: as condutas de ocultação e dissimulação.

Em transações simples, a conduta de ocultação não pode ser praticada com BTCs. Em primeiro lugar, falta uma atividade corpórea de esconder o bem, exigível para essa modalidade. Pode-se, claro, esconder um *USB-Stick* ou uma *Paper-Wallet*, mas a chave privada não representa o BTC, apenas garante a possibilidade de disponibilidade sobre ele. Um ocultar no sentido de esconder das autoridades a existência e as transações com os BTCs também não é possível porque, como visto, o histórico das transações está totalmente disponível publicamente no *blockchain*. Assim, mesmo a entrega a um terceiro, quando entendida como ocultação, é rastreável até o endereço desse terceiro. Se é verdade que, pela falta de uma autoridade central, não se sabe a qual pessoa natural um endereço é atribuído, verdade é que as autoridades têm pontos de partida para o descobrir, ou seja, o objeto aqui não desaparece sem deixar rastros. As transações simples também não podem se subsumir, por essas mesmas razões, à modalidade de dissimular, já que todos os remetentes e recebedores de BTCs estão registrados publicamente (GRZYWOTZ, 2019, p. 268-269).

No que tange aos *mixing-services*, seu uso não implica ocultação dos BTCs, porque a única coisa que fazem é obscurecer a relação entre o remetente (*sender*) e o destinatário ou recipiente (*empfänger*), bastando descobrir a quem pertence esse último endereço para evitar a ocultação. O mesmo não se pode dizer da modalidade de dissimulação. Como a função desses serviços é justamente tornar nebulosa a relação entre remetente e destinatário, a realização de

várias transações dificulta enormemente a descoberta da origem dos BTCs (GRZYWOTZ, 2019, p. 280-281).

Por outro lado, as transações de troca abarcam o universo de trocas por moeda estatal ou por mercadorias e podem ser feitas utilizando provedores de serviços de troca ou câmbio (*exchanges*), diretamente entre parceiros (amigos ou conhecidos), por meio da compra de bens em troca de BTCs ou da compra em máquinas automáticas. Dada a rastreabilidade das transações, a mera troca não implica nem ocultação, nem dissimulação (GRZYWOTZ, 2019, p. 281-282).

Finalmente, a operação de uma empresa de serviços com BTCs (as *exchanges*, no sentido da INRFB n. 1888/2019) pode, porém, gerar riscos de prática de lavagem, seja na modalidade de autoria, seja na de participação. Esses riscos estão especialmente associados aos operadores de *mixing-services*: para que BTCs ilegais sejam misturados, a disponibilidade sobre eles precisa ser transferida temporariamente ao provedor do *mixing-service*, o que poderia caracterizar a guarda para fins de ocultação ou dissimulação do nosso art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998, e para o § 261 (2) do StGB. De qualquer forma, como com cada operação de mistura ou mescla incrementa-se a dificuldade de atribuir os BTCs a determinada pessoa, pode-se falar, no direito penal alemão, na prática das modalidades de obstrução (impedir ou pôr em perigo a investigação, o confisco e o asseguramento) (GRZYWOTZ, 2019, p. 292-293), e, entre nós, na modalidade de ter em depósito ou receber para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (art. 1º, § 2º, II, Lei n. 9.613/1998).

Conclusão

A autora confirma sua hipótese de partida no sentido de que o uso de moedas virtuais implica incremento do risco de lavagem de capitais. Isso se deve especialmente à descentralização e, em particular, à pseudoanonimidade inerentes aos BTCs. A isso se soma o fato de que os endereços de BTC não podem ser atribuídos a pessoas sem a correlata implementação de um sistema de KYC obrigatório, o que somente poderá ser feito pelos intermediários. Ou seja, o acesso ao sistema só pode se dar por meio anônimo, o que pode implicar ampliação do espectro de incidência de crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, se, de fato, os BTCs oferecem novas oportunidades para que criminosos lavem o produto do crime, também apresentam possibilidades reais para a aplicação de uma intervenção menos intensa do § 261 do StGB no que tange aos limites da contaminação, sem, contudo, frustrar suas finalidades (GRZYWOTZ, 2019, p. 341).

Para o leitor brasileiro, a obra representa um mergulho profundo na matéria, ainda não realizado entre nós, e que, respeitadas as diferenças entre os ordenamentos, pode servir como ponto de arranque para as reflexões ligadas a uma futura regulação de prevenção de lavagem de dinheiro por meio de BTCs.

REFERÊNCIAS

ANTONOPOULOS, Andreas M. *Mastering Bitcoin*. 2. ed. Beijing: O'Reilly, 2017.

BUNDESREGIERUNG. *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie*. [s.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-05-24-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 13 dez. 2019.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *Guidance for a risk-based approach*: virtual assets and virtual asset service providers. 2019. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html. Acesso em: 9 dez. 2019.

GUIA DO BITCOIN. "Bitcoin Blender fecha antes que usuários pudessem sacar suas criptomoedas". s/d. Disponível em: https://guiadobitcoin.com.br/bitcoin-blender-fechaplataforma/. Acesso em: 13 dez. 2019.

GRUPENMACHER, Giovana T. *As plataformas de negociação de criptoativos*: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019.

GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

STELLA, Julio Cesar. Moedas virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 11, n. 2, p. 149-162, 2017. Disponível em: https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/26/A9%20V.11%20-%20N.2. Acesso em: 19 dez. 2019.

TELLES, Christiana M. S. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. 2018. Dissertação (Mestrado em Governança Regulatória, Instituições e Justiça) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1955. doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201955.

Heloisa Estellita

Agraciada com a Humboldt Research Fellowship para realização de Pós-doutorado na Alemanha, na Ludwig-Maximilians-Universität de Munique e na Universidade de Augsburg (2015-2017), em cooperação com a CAPES. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) e coordenadora do Grupo de Direito Penal Econômico na mesma instituição.

heloisa.estellita@fgv.br

V. 16 N. 1
2020
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 09.01.2019
Aprovado: 09.09.2019

Policiamento preditivo: em defesa dos "verdadeiros positivos"

PREDICTIVE POLICING – IN DEFENSE OF 'TRUE POSITIVES'

Sabine Gless[1]

Tradução do texto:
GLESS, Sabine. Predictive policing – In defense of 'true positives'. *In*: BAYAMLIO LU, Emre; BARALIUC, Irina; JANSSENS, Liisa; HILDEBRANDT, Mireille (ed.). *Being profiled: Cogitas ergo sum*. 10 Years of Profiling the European Citizen, Amsterdam University Press, 2018. p. 76-83.

Tradutores: *Heloisa Estellita*[2] e *Miguel Lima Carneiro*[3]

Resumo
Com a ascensão de programas de policiamento preditivo, atuações policiais enviesadas e encarceramentos discriminatórios têm se tornado mais comuns. A problemática decorrente do uso de algoritmos enviesados no policiamento denota a necessidade de ferramentas legais eficientes e capazes de manter a justiça no sistema penal. Para tanto, o uso de regras de inadmissibilidade de provas ilícitas para a proteção dos "verdadeiros positivos" apresenta-se como um remédio legal hábil contra as detenções injustas.

Palavras-chave
Policiamento preditivo; *profiling* discriminatório; persecução penal; inadmissão de prova ilícita; verdadeiros positivos.

Abstract
With the rise of predictive policing programs, biased police work and discriminatory arrests have gradually become recurrent. Such troublesome scenario derives from the use of biased algorithms in law enforcement and reflects the need of an efficient legal tool capable of sustaining the pillars of fairness in the criminal justice system. Under such purpose, the adoption of exclusionary rules for the protection of the "true positives" can be seen as an adequate legal remedy against illegal detentions.

Keywords
Predictive policing; biased profiling; law enforcement; exclusionary rule; true positives.

1 Faculdade de Direito da Universidade de Basileia, Basileia, Suíça.

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-5054-4116

3 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, Brasil.
https://orcid.org/0000-0003-2847-9810

CC BY-NC

Introdução[1]

Imagine-se que as agências de persecução penal, usando um "programa de *profiling*",[2] parem e revistem apenas pessoas de determinada etnia dentro de uma área específica. Os resultados são impressionantes: sete traficantes e dois assaltantes que estavam em fuga são capturados. Uma vez em juízo, todos os réus alegam que seus encarceramentos foram ilegais, em razão de um programa de *profiling* obviamente discriminatório. Seus advogados argumentam que as provas obtidas em decorrência da prisão ilegal devem ser excluídas dos autos e que somente com a exclusão dos "frutos da árvore envenenada" é que as autoridades poderão ser motivadas a monitorar de perto os programas de policiamento e assim prevenir, da melhor maneira possível, atos discriminatórios. Do outro lado da sala, vítimas e membros do público querem justiça. Estes consideram que o uso de algoritmos para submeter os infratores aos rigores da lei foi um sucesso.

Administração da justiça criminal e *profiling*

O policiamento preditivo desencadeou um debate acalorado sobre a questão dos falsos positivos. Máquinas tendenciosas treinadas podem erroneamente classificar indivíduos como de alto risco pelo simples fato de pertencerem a determinado grupo étnico, e muitos concordam que essas pessoas não deveriam carregar o fardo do policiamento exacerbado em virtude de um problema inerentemente aleatório (VEALE, VAN KLEEK e BINNS, 2018). Verdadeiros positivos, ou seja, indivíduos que foram corretamente identificados como infratores, não vão para as manchetes de jornais. Se drogas ou outras provas incriminadoras são encontradas durante uma revista, o fato de esses elementos terem sido descobertos usando um sistema de *profiling* discriminatório é justificado, uma vez que a suspeição acabou se mostrando bem fundada. Se um policial os tivesse identificado, seus colegas provavelmente o aclamariam por causa de sua "boa intuição". Estudiosos têm demonstrado que a seleção por estereótipos é um modo de generalização que todos os seres humanos usam rotineiramente (SCHAUER, 2003). Entretanto, como Hidelbrandt (2008, p. 30) explica em *Profiling the European Citizen*, com o *profiling* automatizado torna-se urgente a necessidade de efetivamente restringir tais práticas, a fim de prevenir uma infraestrutura tecnológica que acabe por praticamente aniquilar um sistema criminal justo.

A provocação feita neste texto é no sentido de que são os "verdadeiros positivos" que proporcionam a melhor oportunidade para tratar da questão do *profiling* discriminatório. A

1 N.E.: O resumo e as palavras-chave, bem como suas respectivas versões em português, não constam do artigo original. Eles foram elaborados pelos tradutores do artigo especialmente para esta publicação.

2 N.T.: Trata-se de *softwares* que definem perfis de potenciais criminosos a partir de um conjunto de dados.

primeira razão para isso é puramente pragmática: eles já são objeto de investigações criminais, e, nessa condição, têm um forte incentivo para contestar os métodos de persecução penal e para esquadrinhar os métodos de policiamento a partir de um ponto de vista individual. A segunda razão já é mais genérica (e comumente aceita): as detenções e revistas policiais discriminatórias são intrinsecamente injustas, ameaçam a paz social e frustram grupos específicos (DEANGELIS, 2014, p. 43). O uso de algoritmos enviesados no policiamento não apenas onera aqueles tidos como "falsos positivos", como, ainda, contamina os "verdadeiros positivos". Para criar uma ferramenta legal eficiente contra a ação policial discriminatória, deveria ser oferecida à defesa a possibilidade de contestar uma condenação decorrente de um policiamento tendencioso, com uma regra específica de não admissibilidade da prova (*exclusionary rule*), protegendo os "verdadeiros positivos" contra o uso de provas maculadas.

A situação jurídica dos "verdadeiros positivos"

A situação jurídica de indivíduos processados em decorrência de uma prisão impulsionada por um sistema de *profiling* discriminatório não está clara. Mesmo um encarceramento totalmente ilegal pode vir a não surtir efeitos sobre a regularidade do processo penal, isso apesar de o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) ter estendido certos direitos de defesa à fase investigativa (*Allenet de Ribemont v. France* 1995, 11-13, pars. 32-37) e, em certas situações, de a defesa poder invocar regras de inadmissão da prova ilícita. O problema é que a exclusão de provas é uma questão bastante controversa (ESTREICHER e WEICK, 2010, p. 950-951), sendo atualmente incerto se um policiamento preditivo discriminatório poderia, de fato, dar causa à exclusão. Em geral, quando são encontradas provas incriminadoras, cabe às autoridades policiais esclarecer os fatos e aplicar a lei. Afinal, há interesse público não apenas em processar infratores, como também em apoiar as vítimas.

Em contrapartida, os réus têm legitimidade para alegar que a detenção foi discriminatória e injusta (*Gillan and Quinton v. the United Kingdom* 2010, 42-45, pars. 76-87) e também há interesse público na exclusão de atuações policiais enviesadas e encarceramentos discriminatórios. Como resolver esse conflito entre o interesse do público de obter justiça enquanto se preservam, simultaneamente, os direitos dos réus é algo que depende da configuração de cada sistema jurídico. Ainda assim, todos os sistemas se deparam, em maior ou menor grau, com a questão do policiamento discriminatório ou tendencioso, e todos, em certa medida, operam com base na premissa (ainda que controversa) de que a ameaça da exclusão das provas ilícitas irá impedir certas práticas por parte das autoridades (KAFKA, 2001, p. 1922-1925). Desse modo, adotar uma regra de inadmissibilidade das provas parece a solução óbvia.

Criar um remédio legal específico para os "verdadeiros positivos" é a forma mais promissora de evitar um policiamento preditivo discriminatório. Os "verdadeiros positivos" já estão sendo processados e podem oferecer objeções adequadas, enquanto os "falsos positivos" teriam de iniciar algum tipo de procedimento em juízo, não havendo incentivos suficientes

para isso. Do mesmo modo, órgãos judiciais e administrativos dotados do poder para monitorar o *profiling* discriminatório também não terão motivos para centrar sua atenção sobre as práticas persecutórias discriminatórias na falta de um remédio legal poderoso para os "verdadeiros positivos".

Exclusão de provas: um preço alto demais para pagar?

A exclusão de provas obtidas a partir do uso de técnicas de policiamento preditivo discriminatório certamente não será uma solução popular na maior parte dos sistemas jurídicos. Objeções que versem sobre presunção de culpa e subversão dos interesses da justiça e das vítimas serão provavelmente levantadas. Entretanto, examinados de perto, esses argumentos mostram-se menos convincentes do que podem parecer à primeira vista.

Em relação ao primeiro argumento, o art. 6 (2) da CEDH[3] garante que qualquer cidadão europeu acusado de uma infração penal será presumido "inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". Tribunais e juristas concordam que o sentido da presunção de inocência é amplo. Sobre o que eles não concordam é se essa garantia deve ou não ser estendida às investigações e outros atos preliminares ao processo penal, ponto não explicitamente abordado no texto da Convenção. Entretanto, de acordo com a jurisprudência do TEDH, membros do tribunal podem não iniciar procedimentos penais nos quais se revele a existência de uma noção preestabelecida acerca de o indivíduo ter cometido a infração em questão (*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* 1988, 27, par. 77; *Allenet de Ribemont v. France*, 1995, 11-13, pars. 33-36). Quanto a esses casos, os estudiosos argumentam, corretamente, que, se a presunção de inocência não for estendida ao *profiling* criminal, ela perderá seu papel de princípio norteador na atual era de vigilância ubíqua e de *big data*.

Já em relação ao segundo argumento, implícito na objeção a uma regra de inadmissibilidade de provas derivadas de provas ilícitas (*fruit of the poisonous tree*), ele revela uma preocupação de que o sistema de justiça perderá força caso um infrator possa se livrar dele apesar das evidências incriminatórias contra si. Essa dicotomia se faz presente ante toda regra de inadmissibilidade da prova ilícita e remete aos nossos objetivos tradicionais de punição e prevenção. Entretanto, os cidadãos creem que as autoridades perseguirão os crimes adequadamente. Isso pressupõe um comportamento íntegro tanto no procedimento de investigação quanto nos atos processuais subsequentes, de modo que os indivíduos contra os quais as autoridades têm um caso válido não fiquem impunes. O interesse público na honestidade e na transparência das investigações proporciona uma proteção contra a justiça arbitrária e fundamenta a ideia de que as agências de persecução penal devem monitorar seus programas de

3 N.T.: Convenção Europeia de Direitos Humanos.

profiling contra preconceitos implícitos. O órgão legislativo europeu reconhece esse interesse por meio de dispositivos sobre a responsabilidade por processos penais nos quais o *profiling* automático traz consigo o risco de discriminações proibidas (cf. art. 11, par. 3, e art. 10, Diretiva [UE] 2016/680).[4]

Outro fundamento para a exclusão de provas contaminadas pode ser encontrado na proteção contra a detenção injustificada. De acordo com o art. 5 (c) da CEDH, a liberdade de nenhum cidadão pode ser restringida salvo em casos específicos, como na hipótese em que houver "suspeita razoável" de que um indivíduo tenha cometido uma infração. O TEDH observou que o requisito de que a suspeição seja razoável é parte essencial da salvaguarda contra a prisão e detenção arbitrárias. Mais especificamente, "a existência de uma 'suspeita razoável' pressupõe a existência de fatos ou informações que satisfariam o juízo de um observador objetivo no sentido de que a pessoa em questão pode ter cometido a infração" (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* 1990, 12, par. 32; FERGUSON, 2015, p. 286).

No caso de um agente policial humano, ele ou ela deve identificar elementos suficientes, ou seja, a justa causa, para satisfazer esse observador objetivo quanto à possibilidade de que um sujeito seja culpado. Todavia, um sistema de *profiling* policial baseado em algoritmos não monitora apenas um sujeito em potencial, mas categoriza indivíduos de modo que a máquina passe a supor que certos grupos têm maior probabilidade de praticar crimes do que outros, merecendo, portanto, maior atenção por parte das autoridades policiais. Se esse tipo de *profiling* levar a uma busca e subsequente prisão, nenhum agente de persecução penal individualmente considerado terá de modo efetivo identificado *ex ante* uma justa causa para a prisão. Na verdade, ele ou ela talvez nunca saiba como foi formado o conjunto de dados que resultou na prisão daquele indivíduo. Esse procedimento dificilmente constituiria uma suspeita razoável tal qual a requerida pela CEDH.

A fundamentação de uma regra de inadmissibilidade da prova ilícita também se assenta no princípio da igualdade perante a lei, central para qualquer democracia. Se a atividade policial é baseada em algoritmos que dividem a população em grupos tendo em vista determinadas características, o resultado será uma mudança fundamental em nosso sistema jurídico, que passará a ser caracterizado por um aumento de buscas e detenções ilegais, além das consequentes violações à privacidade e à liberdade de todos os cidadãos. Isso resultará em um mundo Orwelliano, no qual "alguns animais são mais iguais do que outros" e onde o Grande Irmão está sempre vigiando a todos. Dito isso, seria errôneo supor que os agentes de persecução penal fossem "cegos à cor" antes do advento do *profiling* automatizado, mesmo assim,

4 Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

até o presente momento, buscas e prisões efetuadas por policiais tendenciosos não prepararam o caminho para regras específicas de inadmissibilidade de provas.

Disposição para pagar o preço

Com programas de policiamento preditivo em ascensão, devemos estar dispostos a pagar o preço por uma forte regra de inadmissibilidade de provas ilícitas. Uma regra que exclua provas incriminatórias encontradas na posse de um "verdadeiro positivo" depois de uma prisão discriminatória pode ser fundamentada em duas linhas de raciocínio. A primeira é legal e construída sobre a lógica de que um indivíduo sujeito a um policiamento excessivo pode invocar essa regra de exclusão da prova com base em uma busca e apreensão injustificada. A segunda linha argumentativa é tão simples e direta quanto pragmática: há interesse público na criação de uma solução jurídica eficiente contra o *profiling* discriminatório e contra o uso não monitorado de tais programas (HILDEBRANDT, 2015, p. 184, p. 195). Portanto, são os "verdadeiros positivos" que nos oferecem a melhor oportunidade para que possamos exigir das autoridades que monitorem suas ferramentas de *profiling*, porque são eles que têm um incentivo inerente à sua condição para apontar potenciais enviesamentos e discriminações proibidas no decorrer de um procedimento.

REFERÊNCIAS

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias. *ProPublica*, May 23, 2016. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessmentsin-criminal-sentencing. Acesso em: 05 fev. 2019.

DEANGELIS, Peter. Racial Profiling and the Presumption of Innocence. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, n. 1, p. 43-58, 2014.

ESTREICHER, Samuel; WEICK, Daniel P. Opting for a Legislative Alternative to the Fourth Amendment Exclusionary Rule. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, v. 98, p. 949-966, 2010.

FERGUSON, Andrew Guthrie. Predictive policing and reasonable suspicion. *Emory Law Journal*, n. 62, v. 2, p. 259-326, 2012.

GALETTA, Antonella. The changing nature of the presumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies? *European Journal of Law*

and Technology, v. 4, n. 2, 2013. Disponível em: http://ejlt.org/article/view/221/377. Acesso em: 05 fev. 2019.

HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: A new type of knowledge? *In*: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (ed.). *Profiling the European Citizen*: Crossdisciplinary perspectives. Dordrecht: Springer, 2008. p. 17-30.

HILDEBRANDT, Mireille. *Smart technologies and the end(s) of law*. Novel entanglements of law and technology. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

KAFKA, Michael T. The exclusionary rule: An alternative perspective. *William Mitchell Law Review*, v. 27, p. 1895-1939, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

STARR, Sonja B. Sentence reduction as a remedy for prosecutorial misconduct. *Georgetown Law Journal*, v. 97, p. 1509-1566, 2009.

VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; BINNS, Reuben. Fairness and accountability design needs for algorithmic support in high-stakes public sector decision-making (April 21, 2018). *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems* (CHI'18). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3175424. Acesso em: 05 fev. 2019.

Como citar esta tradução:

GLESS, Sabine. Policiamento preditivo: em defesa dos "verdadeiros-positivos". Tradução de Heloisa Estellita e Miguel Lima Carneiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020.

Sabine Gless

Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Basel (Suíça), onde coordena o Programa de Pesquisa Nacional sobre Big Data (*Legal Challenges in Big Data*, *Allocating Benefits* e *Averting Risks*).

sabine.gless@unibas.ch

Heloisa Estellita

Agraciada com a Humboldt Research Fellowship para realização de Pós-doutorado na Alemanha, na Ludwig-Maximilians-Universität de Munique e na Universidade de Augsburg (2015-2017), em cooperação com a CAPES.

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) e coordenadora do Grupo de Direito Penal Econômico na mesma instituição.

heloisa.estellita@fgv.br

Miguel Lima Carneiro

Graduando da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

miguel.lima.carneiro@gmail.com

BY-NC

Errata

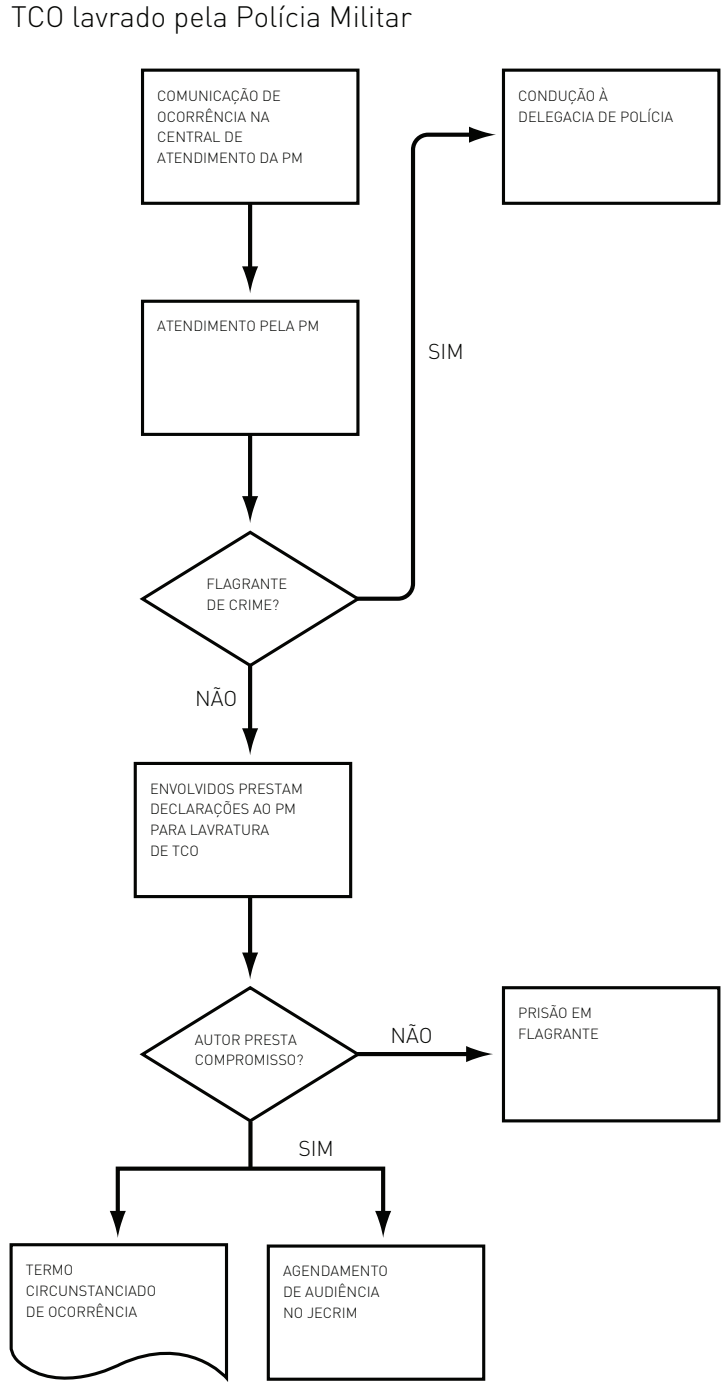
http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201956

No artigo "A tecnologia a serviço da segurança pública: caso PMSC Mobile", DOI: **http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201947**, publicado no periódico *Revista Direito GV*, 16(1), seção "Direito e Tecnologia", e-1947, informamos que:

Na página 13, na Figura 2:

Onde se lia:

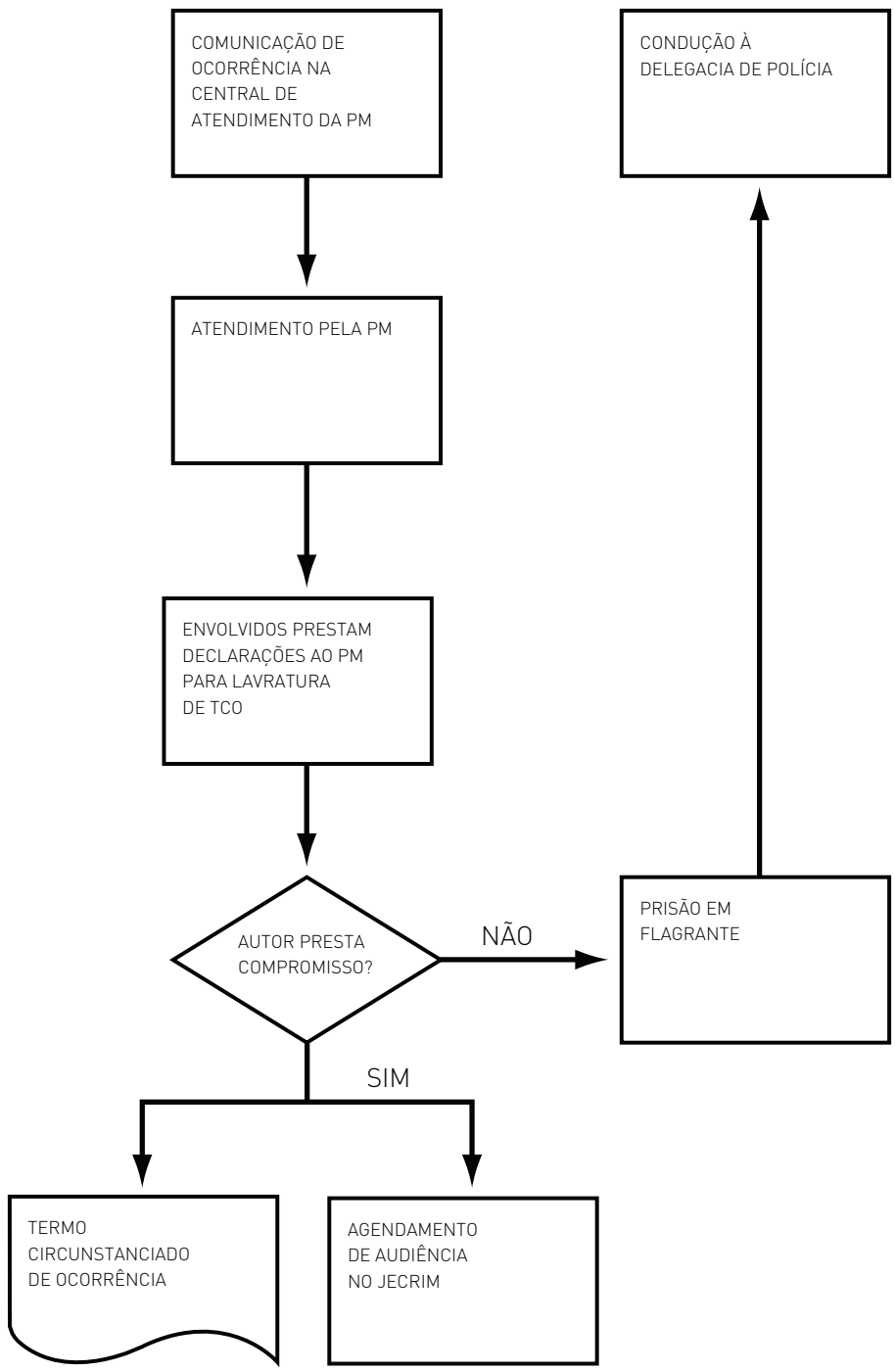
figura 2 – **Termo circunstanciado lavrado pela Polícia Militar**



Fonte: Elaboração das autoras.

Leia-se:

FIGURA 2 – **Termo circunstanciado lavrado pela Polícia Militar**



Fonte: Elaboração das autoras.

V. 16 N. 1
JAN-ABR 2020

ISSN 2317-6172

35

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

ISSN 2317-6172