

REVISTA DA  
**AGU**

volume 21 nº 02- Brasília-DF, abr./jun. 2022

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 21	nº 02	p. 1-204	abr./jun. 2022
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

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

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -  
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.  
e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br  
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Coordenadora-Geral de Ensino
Stella Arruda Mota	Coordenadora de Pós-Graduação

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Walbert Kuhne

**Capa:** Walbert Kuhne

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2002.  
v. ; 23 cm.

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

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU :

Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

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

ISSN -L 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

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

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## **EDITOR-CHEFE**

### **DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA**

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.  
Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito.  
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

## **VICE-EDITOR**

### **HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO**

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de Pesquisa na Escola da  
Advocacia-Geral da União.  
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional  
pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União

## **EDITOR-ASSISTENTE**

Allan Tavares

## **INDEXAÇÃO EM:**

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

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

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e  
pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

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

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

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

# CONSELHO EDITORIAL

## INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES  
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,  
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE  
SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE  
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA  
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,  
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA  
MORENO (UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

## NACIONAIS

### REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA  
(UEA/UFRR/PR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO  
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

### REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA  
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE  
BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA  
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA  
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA  
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

**REGIÃO CENTRO-OESTE**

**JEFFERSON CARÚS GUEDES  
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES  
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO  
NEVES (UNB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUDESTE

### **JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)**

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

### **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

### **DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

### **TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

### **THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUL

### **LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### **MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

### **REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

# PARECERISTAS

## **ADEL EL TASSE – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU**

Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

## **CAROLINA ANGELO MONTOLLI – FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO**

Pós-doutorado em Direito Penal e Garantias Constitucionais, em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário e em Direitos Sociais e Vulnerabilidades. Doutora em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Sócia Proprietária do escritório de Advocacia Internacional - Carolina Montoli Sociedade Individual de Advocacia. Servidora Pública Efetiva de Carreira da Fundação João Pinheiro, cargo Pesquisador em Ciências Aplicadas.

## **CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI- PAGANELLI & ORNELLAS ADVOGADOS**

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito para graduação e pós-graduação.

## **CLEBERSON CARDOSO DE OLIVEIRA - FACULDADE PITÁGORAS DE LONDRINA - FPL**

Mestre em Ciências Jurídicas Centro Universitário UNICESUMAR. Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Coordenador do curso de Direito.

## **ELISEU RAPHAEL VENTURI - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR**

Pós-Doutorado Mediterranea International Center for Human Rights Research, MICHR, Itália. Doutor em Direito (Área de concentração: Direitos Humanos e Democracia) pela Universidade Federal do Paraná, UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, UFPR. Especialista em Direito

Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, ESMAFE/PR. Consultor “ad hoc”.

## **GUSTAVO DA SILVA SANTANNA - PREFEITURA MUNICIPAL DE ALVORADA/RS**

Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor de graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED, professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Município de Alvorada/RS.

## **HELENA KUGEL LAZZARIN - LAZZARIN ADVOGADOS ASSOCIADOS**

Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogada no Escritório Lazzarin Advogados Associados. Professora integrante do corpo docente do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS.

## **JONATHAN CARDOSO RÉGIS - POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA - PMSC**

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Possui Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Chefe do Estado Maior da 3ª Região de Polícia Militar - 3ª RPM. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

## **KLEVER PAULO LEAL FILPO - UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS**

Doutor em Direito. Mestre em Direito. Professor do quadro permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em

Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Instituto Três Rios).

**LUCIANO SOUTO DIAS - FACULDADE DE DIREITO DO VALE DO RIO DOCE - FADIVALE.**

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Direito Público pela UPAP. Especialista com pós-graduação *latu sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela FADIVALE. Professor titular do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE. Controlador-Geral do Município de Governador Valadares/MG.

**LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAUJO**

**– ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU**  
Pós-Doutorado (Academic Visitor) pela Faculty of Law da University of Oxford (Oxford). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período *sanduíche* (Visiting Scholar) pela University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado da União.

**MEILYNG LEONE OLIVEIRA - CEIEF Jean Piaget - SV.**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada. Pedagoga. Avaliadora do SINAES (MEC). Coordenadora da pós-graduação do G7 jurídico. Especialista em Gestão Escolar pela Universidade Metropolitana de Santos. Professora Universitária.

**PAULO FERNANDO DE MELLO FRANCO - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**

Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF com estágio doutoral na modalidade *sanduíche* pela Universidade do Vigo – UVIGO. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Civil, Constitucional e de Análise Econômica do Direito em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação.

**SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJPR.**

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba), Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha, 2011), Especialista em Direito e Administração Pública pelo IBE. Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

**SONIA APARECIDA DE CARVALHO – UNISC**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Dupla Titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha - Doctora en Derecho pela Universidad de Alicante. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito.

# AUTORES

## **ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO**

Doutor em Direito Constitucional pela UERJ, Mestre em Direito Constitucional pela UFF, Professor de Direito Constitucional do IDP, Procurador do Município de Belo Horizonte e Advogado.

## **BIBIANA DE PAIVA TERRA**

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professora no curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Interseccionalidades na disciplina Gênero, Feminismo e Direitos Humanos, na Escola Mineira de Direito – EMD.

## **EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO**

Pós-Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

## **FABIANA PERILLO DE FARIAS**

Mestranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Tabela nº no Distrito Federal.

## **JOÃO PAULO SANTOS BORBA**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União e Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos de Radiodifusão e Telecomunicações.

## **JUAN PABLO COUTO DE CARVALHO**

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito e Jurisdição. Professor de Direito e Processo Previdenciário da Pós-graduação em Direito da Universidade Potiguar, da Escola Superior de Magistratura Trabalhista da 21 Região e do CEJAS.

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

## **JULIANO HEINEN**

Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER, UCS e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS) e do Estado do Rio Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

## **LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO**

Pós-doutorados na Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e na Universidade da British Columbia (Canadá). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Doutorado Sanduíche pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador Federal.

## **MARINA HELENA VIEIRA DA SILVA**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós Graduada pela Escola Paulista de Direito (EPD) em Direito Civil e Processual Civil.

## **MÁRTIN MARKS SZINVELSKI**

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BR).

## **NEURI ANTÔNIO BOSCATTO**

Mestre em Direito pela Faculdade IMED. Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista. MBA em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós Graduação em Direito de Trânsito. Pós Graduação Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD. Conciliador Criminal, Conciliador Judicial, Mediador Cível Judicial, Mediador Judicial de Família, Mediador Judicial Empresarial.

## **NEURO JOSE ZAMBAM**

Estágio de Pós-Doutorado na Università Mediterranea di Reggio Calabria - IT. Estágio

de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - BR. Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Mestrado em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos Docente do Programa de Pós-Graduação e de graduação em Direito da IMED.

**TAYNARA SILVA ARCENO**

Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Assessora de Juiz de Direito no TJRS.

# SUMÁRIO

EDITORIAL..... 13

## ARTIGOS

A Criação de Uma Clientela Preferencial do Direito Penal: Uma Crítica Constitucional para o Brasil Contemporâneo

*The Creation of A Preferential Customer of Criminal Law: A Constitutional Criticism for Contemporary Brazil*

*Bibiana de Paiva Terra*

*Edson Vieira da Silva Filho*

*Marina Helena Vieira da Silva*..... 15

A Fraca Integração Normativa Supranacional na Jurisdição

Constitucional Brasileira

*The Poor Supranational Normative Integration in Brazilian Constitutional Jurisdiction*

*Fabiana Perillo de Farias*

*Ademar Borges de Sousa Filho* ..... 37

O Parecer N° 171-X da Consultoria Geral da República e a Possibilidade de Utilização da Arbitragem Pela Administração Pública

*Opinion N°. 171-X Of The General Consultancy of the Republic and The Possibility of Use of Arbitration by the Public Administration*

*João Paulo Santos Borba* ..... 71

Economia Comportamental a Favor da Inclusão na Previdência Pública

*Behavioral Economics in Favor of Inclusion in Public Pension*

*Juan Pablo Couto de Carvalho* ..... 95

Formas de Prestação do Serviço Público de Saneamento Básico a

Partir da Edição do Novo Marco Legal – Lei N. 14.026/2020

*Ways to Provide the Public Basic Sanitation Service From the Edition of the New Legal Framework – Rule N. 14,026/2020*

*Juliano Heinen* ..... 121

Digital Public Services and Fundamental Rights

*Serviços Públicos Digitais e Direitos Fundamentais*

*Luiz Henrique Diniz Araujo*..... 143

A Cibersegurança no Tratamento de Dados Pessoais: A Chave-de-Ouro Para Efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei N.º 13.709/2018)

*Cybersecurity in Personal Data Processing: the Golden-Key to Effectiveness of the Brazilian General Data Protection Law (13.709/2018)*

<i>Mártin Marks Szinvelski</i> <i>Taynara Silva Arceno</i> .....	163
Políticas Públicas De Conciliação E Mediação Para Solução De Conflitos: Abordagem A Partir De Amartya Sen <i>Public Policies For Conciliation And Mediation For Dispute Settlement: Approach From Amartya Sen</i> <i>Neuri Antônio Boscatto</i> <i>Neuro Jose Zambam</i> .....	183

## EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem a satisfação de apresentar novo número da Revista da AGU, referente ao 2º trimestre do ano de 2022. Todos os artigos que o compõem foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as normas editoriais adotadas pelo periódico.

A sequência de artigos é inaugurada pela investigação de Bibiana Terra, Edson Silva Filho e Marina Silva acerca da existência de uma clientela preferencial do sistema penal brasileiro, formada por pessoas pertencentes a grupos e classes específicos, em afronta ao modelo democrático e à opção garantista do Direito Penal.

A partir de levantamento dos julgados do Supremo Tribunal Federal que contêm referências a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Fabiana Farias e Ademar Sousa Filho criticam o uso seletivo dos precedentes convencionais pelo tribunal brasileiro, embora identifiquem sua crescente abertura para o diálogo com a Corte Interamericana.

João Paulo Borba examina, na perspectiva histórica e na atualidade, a viabilidade da utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias relacionadas à Administração Pública, sublinhando a relevância do instituto para os contratos de concessão de serviços públicos atinentes ao setor de infraestrutura.

O trabalho de Juan Carvalho busca elucidar como a economia comportamental pode contribuir no desenho de intervenções governamentais mais efetivas e eficientes para minimizar a evasão de trabalhadores autônomos dos programas de inclusão previdenciária.

Juliano Heinen analisa as modificações impostas pela Lei nº 14.026/2020 ao modelo de prestação do serviço público de saneamento básico adotado no Brasil, bem como enfatiza a centralidade do papel desempenhado pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico nessa conjuntura.

Enfocando as ferramentas digitais que vêm sendo utilizadas pela Administração Pública, Luiz Henrique Araujo avalia como o governo digital pode compatibilizar a adoção de iniciativas que facilitem o acesso a serviços públicos e a coleta de dados com instrumentos que encarnem valores jurídicos, tais como a garantia da privacidade e a aderência ao devido processo legal.

Mártin Szinvelski e Taynara Arceno sustentam a implementação de mecanismos de cibersegurança, tais como a adoção de certificados, selos de qualidade e códigos de conduta, como forma de conferir efetividade à Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, tomando a concepção de justiça de Amartya Sen como marco teórico, Neuri Boscatto e Neuro Zambam propõem a adoção de políticas públicas que promovam a autocomposição dos conflitos, preferencialmente por meio dos mecanismos de conciliação e mediação, com o objetivo de viabilizar a concretização do direito de acesso à justiça com dignidade.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da

Escola da AGU

RECEBIDO EM: 13/07/2020

APROVADO EM: 22/10/2021

# **A CRIAÇÃO DE UMA CLIENTELA PREFERENCIAL DO DIREITO PENAL: UMA CRÍTICA CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL CONTEMPORÂNEO**

***THE CREATION OF A PREFERENTIAL CUSTOMER OF  
CRIMINAL LAW: A CONSTITUTIONAL CRITICISM FOR  
CONTEMPORARY BRAZIL***

*Bibiana de Paiva Terra*

*Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professora no curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Interseccionalidades na disciplina Gênero, Feminismo e Direitos Humanos, na Escola Mineira de Direito – EMD.*

*Edson Vieira da Silva Filho*

*Pós-Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.*

Marina Helena Vieira da Silva

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós Graduada pela Escola Paulista de Direito (EPD) em Direito Civil e Processual Civil.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A difícil encruzilhada: Direito Penal Máximo vs Direito Penal Mínimo. 2. A teoria do etiquetamento e a criação de uma clientela preferencial do direito penal no Brasil contemporâneo. 3. Direito penal do inimigo: ou inimigos do direito penal?. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo elaborar uma análise crítica acerca da criação de uma clientela preferencial do direito penal no Brasil contemporâneo. Para tanto, primeiramente, explora o direito penal máximo versus o direito penal mínimo, por entender que, cada vez mais, esses modelos penais se entrincheiram em uma disputa acirrada. A partir disso, aborda a teoria do etiquetamento (*labeling approach*), a clientela preferencial do direito penal e, por fim, o direito penal do inimigo. A pesquisa traz como resultados o entendimento de que o direito, especialmente o penal, deve ser entendido como uma instância subsidiária da gestão do poder em sociedade, sendo que o Estado não pode adotar um modelo repressor que ignora garantias penais e constitucionais para atender a anseios sociais. A seletividade penal é incompatível com um modelo de estado plural, social e democrático, como o adotado pela Constituição de 1988. Foram utilizados como referenciais teóricos da pesquisa Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal. Criminologia crítica. Clientela Preferencial. Direito Penal do Inimigo. Maximalismo Penal.

**ABSTRACT:** The present work aims to develop a critical analysis about the creation of a preferential clientele of criminal law in contemporary Brazil. To do so, first, it explores the maximum criminal law versus the minimum criminal law, as it understands that, more and more, these criminal models are engaged in a fierce dispute. From this, it addresses the theory of labeling (*labeling approach*), the preferred clientele of criminal law and, finally, the criminal law of the enemy. The research results in the understanding that the law, especially the criminal one, must be understood as a subsidiary instance of the management of the power in society, being that the State cannot adopt a repressive model that ignores penal and constitutional guarantees to attend to

social anxieties. Penal selectivity is incompatible with a plural, social and democratic state model, such as that adopted by the 1988 Constitution. Alessandro Baratta and Eugenio Raúl Zaffaroni were used as theoretical references in the research.

**KEYWORDS:** Criminal law. Critical Criminology. Preferential Clientele; Enemy's Criminal Law. Criminal Maximalism.

## INTRODUÇÃO

Nas sociedades contemporâneas revigorou-se o ânimo de adotar um maior rigor a repressão penal, apregoando-se uma cultura punitivista que enxerga no direito penal o melhor e mais eficiente instrumento de resposta ao “problema” da criminalidade (REALE JÚNIOR, 1983). Sendo assim, agregado aos movimentos maximalistas modernos ou maximalismos das mais diversas matizes, Silva Sánchez<sup>1</sup> surge com a ideia da necessidade de um movimento emergencial, esse conceituado em expansionismo penal (SILVA SÁNCHEZ, 2011). Esse surgiu então como um movimento emergencial, dando lugar a um grande movimento de política criminal em

---

1 Jesús-Maria Silva Sánchez, Professor Catedrático de direito penal da Universidade de Pompeu Fabra, na Espanha, expõe em sua obra “A expansão do direito penal” acerca desse fenômeno que surge em decorrência do expansionismo penal. O autor apresenta quais seriam as possíveis causas do avanço do direito penal nas sociedades modernas, sendo que, nesse sentido, ele aborda acerca daquilo que denomina de “velocidades do direito penal”. Silva Sánchez ressalta o papel incisivo do Estado no desenvolvimento do expansionismo penal, sendo que, para ele, essa se revela como fruto de uma perversidade estatal que busca na legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais. A partir disso, de um endurecimento penal e de um expansionismo das políticas criminais, surgem propostas de criação de um direito penal de segunda e até de terceira velocidade, junto ao direito penal do inimigo. É de Jesús-Maria Silva Sánchez a ideia das “velocidades do direito penal”, sendo que conforme esse autor o direito penal moderno teria três velocidades. A primeira velocidade seria caracterizada pela pena de prisão, sendo que nessa são mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Já quanto a segunda velocidade do direito penal, essa abarca o modelo que incorpora duas tendências: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais aliadas à adoção de medidas alternativas à prisão (ou seja, para aqueles casos que não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, os princípios e as regras podem ser proporcionalmente flexibilizados à menor intensidade da sanção). Por fim, tem-se então a terceira velocidade do direito penal, sendo que essa possui estreita relação com o direito penal do inimigo de Jakobs, pois refere-se a uma combinação entre as características da primeira e da segunda velocidade do direito penal – isso porque a terceira velocidade considera a pena privativa de liberdade (assim como o faz a primeira velocidade), mas ao mesmo tempo ela também permite que haja a flexibilização das garantias penais e processuais penais (o que ocorre no direito penal de segunda velocidade) (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Apresentadas, ainda que brevemente, as velocidades do direito penal, é possível compreender que uma consequência direta do fenômeno do expansionismo penal é a proliferação desenfreada de leis penais, sendo que é nesse cenário que surgiu a teoria do direito penal do inimigo. Assim, através do pensamento de Silva Sánchez, em sua teoria das velocidades do direito penal, é possível perceber como é delicada a fixação de garantias nos direitos penais de maiores velocidades (SILVA FILHO; TERRA, 2020).

que a aplicação da lei penal serve como resposta de urgência a segurança e aos anseios da sociedade.

Em tal contexto, favorável à construção do inimigo tratado por Jakobs, o direito penal, como instrumento de controle social e em sua perversão de mecanismo de dominação e assujeitamento, se vale do controle do indivíduo transgressor e da tipificação das figuras delituosas, consideradas mais nocivas, desviando-se na proteção dos bens jurídicos, e de maneira perversa separa os indivíduos entre criminosos e “sujeitos de bem”. Acontece que, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, plural, tolerante, incluyente, democrático e conseqüentemente garantista, os objetivos do direito penal ganha novas e amplas concepções e pede novas dinâmicas e estratégias, não se podendo mais conceber a ideia exclusiva da punição e de uma prevenção especial (SILVA FILHO, 2012).

Assim, há necessidade de se romper a ideologia da repressão enquanto recurso egocêntrico de manutenção de uma ordem destinada essencialmente à proteção da soberania. Entretanto, essa encontra uma série de obstáculos, valendo-se do grande crescimento de um medo coletivo e difuso (é necessário deixar claro que em momento nenhum se está negando a violência urbana crescente e suas nefastas conseqüências sociais sofridas, chama-se a atenção, no entanto, a promoção midiática do crime como sendo uma mercadoria, como algo de intenso interesse de consumo) e que serve como um ambiente favorável à intensificação maciça do controle social e da ampliação do poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, para fazer frente à criminalidade, as sociedades contemporâneas adotaram políticas e discursos criminais com o objetivo de manter a ordem e a segurança da sociedade, valendo-se em suas vertentes maximalistas da premissa da intolerância. Sendo assim, pode-se destacar que o direito penal contemporâneo vem sofrendo muitas mudanças frente ao choque entre anseios de ordem e segurança confrontados com os anseios de igualdade e liberdade de um Estado Democrático (CARNEIRO NETO, 2016).

No Brasil, o constitucionalismo contemporâneo brasileiro ainda demonstra dificuldades em gerar um sistema penal que seja capaz de gerar respostas minimamente satisfatórias no sentido da contenção das violações a ordem penal e que esteja em consonância com um modelo de Estado Democrático. Em suma, temos um sistema muito caro, de proporções gigantescas, que se move mal e que não sabe qual caminho seguir quando se move, a onerosidade e ineficiência faz com que altos graus

de desconfiança em sua efetividade se reverberem socialmente, gerando clamores por mais direito penal. O problema é que se pede mais do mesmo.

Nessa perspectiva, pode-se compreender que atualmente o Direito Penal se encontra em uma encruzilhada, haja vista que de um lado tem-se o caminho do Direito Penal Mínimo, de matiz garantista – calcado nas garantias e nos princípios constitucionais; do outro, tem-se o chamado Direito Penal Máximo, intolerante por natureza (Tolerância Zero é o nome usual das teorias que o sustentam) – que defende o recrudescimento punitivo, a flexibilização das garantias penais e processuais penais como meio de combater a criminalidade e aceita mais facilmente discursos que criam preferências no sistema penal (SILVA; POSTERARO, 2013).

Nesse sentido, compreende-se que nas sociedades modernas é perceptível uma cultura do punitivismo, que ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, colocando em crise a questão da intervenção mínima e da *ultima ratio*, criando um modelo que intervém muito, em muitas condutas e com mais ênfase e eficiência contra determinados perfis (éticos, estéticos, culturais, morais, em suma, perfis sociais) – o risco encontra-se na periferia e daí a ideia de que formando assim a clientela preferencial, mostram como sendo que são os inimigos do estado – e então se justificando a utilização de um direito penal com viés maximalista contra alguns.

A partir dessas reflexões, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a criação de uma clientela preferencial do direito penal, fazendo uma crítica constitucional para o Brasil contemporâneo. Para tanto, encontra-se dividido em três partes, sendo que cada uma delas corresponde aos seus objetivos específicos: primeiramente serão analisados o direito penal máximo versus o direito penal mínimo; a seguir, será abordada a Teoria do Etiquetamento (*labeling approach*) e a criação de um rosto preferencial do direito penal (a clientela preferencial); e, por fim, o direito penal do inimigo. A pesquisa optou pela metodologia da revisão bibliográfica, sendo que serão utilizados como referencial teórico Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta.

A escolha de se pesquisar esse tema partiu da necessidade de se fazer uma crítica ao maximalismo penal moderno e demonstrar sua incompatibilidade com o que se propõe constitucionalmente, apresentando então os seus reflexos no Estado Democrático de Direito do Brasil contemporâneo. Para tanto, serão levantadas uma série de questões acerca dos problemas e da existência de uma clientela preferencial do sistema

penal, afrontando o modelo democrático e a opção garantista do direito penal a partir de uma perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

### 1. A DIFÍCIL ENCRUZILHADA: DIREITO PENAL MÁXIMO VS DIREITO PENAL MÍNIMO

Atualmente, nas sociedades modernas, pode-se afirmar que o direito penal se encontra em uma encruzilhada: de um lado do caminho tem-se o direito penal mínimo – garantista e alicerçado na mínima intervenção penal – e, do outro, o direito penal máximo – que defende a flexibilização das garantias penais e o recrudescimento punitivo (SILVA FILHO, 2012). Sendo assim, diante dessa imagem simbólica de uma encruzilhada penal, não se pode esquecer de algo ainda mais importante: um direito penal constitucional.

O direito penal mínimo, via de regra, é fruto do constitucionalismo contemporâneo, fundamentalmente principiológico e garantista – No entanto, não se pode esquecer de grandes nomes positivistas como Ferrajoli, defensores de um garantismo baseado no legalismo estrito, afastando-se assim dos neoconstitucionalismos em geral, firmado a partir de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para esse direito, apenas os bens jurídicos que consigam atingir proporcionalmente o valor da liberdade que lhes seria tirada em casos de infrações da norma é que devem ser objetos de normatização penal. Ou seja, é a *ultima ratio* do direito penal, a mínima intervenção penal (SILVA FILHO, 2012).

Em contrapartida, o direito penal máximo é essencialmente repressivo e extremamente intervencionista, flexibilizando garantias em nome da eficiência (pois é nela que se baseia), defendendo a máxima intervenção penal e o recrudescimento das penas. Para o punitivismo ou Direito penal máximo, o sistema penal é a melhor solução para a resolução de conflitos sociais, sendo este utilizado em *prima ratio*, ou seja, a máxima intervenção penal, assim abandonando o garantismo e a razoabilidade (FERNANDES, 2007).

No contexto brasileiro, a Constituição Federal Brasileira, Carta Magna do ordenamento jurídico, traz em seu artigo 1<sup>a</sup>, Caput, a definição do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito e, assim o sendo, é a partir dele que decorrem todos os princípios fundamentais do Estado. Diante disso, todos os ramos do direito positivo só adquirem plena eficácia quando são compatíveis com a Constituição Federal e é ela que estabelece os princípios que regem o direito penal e processual penal (ESPÍNDOLA, 2013).

Diante dessa necessária harmonia entre Direito Penal e Constituição Federal é possível extrair os mais relevantes princípios constitucionais penais que têm a função de limitar o *jus puniendi* (direito de punir) do Estado e que por isso são conhecidos como princípios limitadores do poder punitivo estatal (ESPÍNDOLA, 2013). Entre eles, a Carta Magna prevê o Princípio da Intervenção Mínima, que determina que a criminalização de um fato somente se justifica quando constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico, sendo que quando outras formas de sanção se mostrarem suficientes para a tutela do bem, a criminalização se torna injustificável (LUISI, 2003).

Ou seja, nesse sentido, pode-se compreender que somente se admite a aplicação da lei penal para proteger a efetiva violação de bens jurídicos, desenhado constitucionalmente como direitos fundamentais e que, atendendo ao princípio da subsidiariedade (LOPES, 1994), não alcance resposta, ao menos equivalente, por meio de outro ramo do direito ou nas esferas de contenção social privada.

Nesse sentido, pode-se considerar o direito sendo identificado com as relações sociais em geral, tendo como conteúdo o interesse das classes dominantes, que se dão de acordo com as sociedades específicas e sua modificação na história (STUCKA, 1988), sendo ressaltado por Zaffaroni, no que se refere à seletividade da violência, a concentração de poder, e o elevado índice de condutas lesivas, se apresentam como características estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 1998).

Diante disso, pode-se entender que a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê um direito penal mínimo, compreendido como a *ultima ratio*<sup>2</sup> do sistema e devendo ser aplicado somente quando os outros meios de garantias e as outras áreas do direito mostrarem-se ineficazes ou insuficientes. Assim, é a partir desse princípio que decorre o caráter fragmentário do direito penal e sua natureza subsidiária (LUISI, 2003). No entanto, embora a base do direito penal brasileiro seja a intervenção mínima, pode-se verificar um enrijecimento do sistema penal e a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, atualmente, nas sociedades contemporâneas, o que se percebe é cada vez mais a propagação da cultura do punitivismo e da

2 Esta pode ser compreendida como sendo o limite entre a civilização e a barbárie, pois é no direito penal que a última instância violenta legítima é tolerada dentro dos parâmetros civilizatórios adotados por uma sociedade democraticamente constituída, como é o caso da brasileira.

aplicação do direito penal em seu caráter maximalista. É possível notar uma sociedade que tem se voltado para um discurso de intolerância emergencial em que direitos e garantias fundamentais começam a ser relativizados em nome de uma maior eficiência estatal, colocando em risco a legitimidade do sistema democrático (RESENDE, 2013).

De acordo com Salo de Carvalho, curiosamente é possível notar que, atualmente, países como o Brasil convivem com duas formas de controle que estão situadas em posições extremas, sendo que essas correspondem a um direito penal máximo e a um direito penal mínimo. Isso demonstra claramente a falta de consciência no sistema penal oficial, que nem sempre se comporta como tal, entendendo sistema como um conjunto de elementos que são ordenados entre si de acordo com princípios específicos, formando uma unidade (MARCONDES; JAPIASSU, 1991). Conforme o autor, por mais paradoxal que possa parecer no modelo contemporâneo, essas duas formas coabitam e fazem o pêndulo do direito oscilar – dependendo da vontade política, para um lado; ou dependendo dos interesses, para o outro (CARVALHO, 2008).

Nesse contexto, pode-se perceber que o constitucionalismo contemporâneo brasileiro ainda demonstra certas dificuldades em gerar um sistema penal que seja adequado a ele e que esteja de acordo com um modelo de Estado Democrático (CARNEIRO NETO, 2016). Diante disso, a constituição brasileira, de base garantista, humanitária e principiológica, tem sido mal concebida, compreendida e conseqüentemente, mal operacionalizada, especialmente na esfera penal, onde há uma tensão entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente, gerando uma disputa acirrada entre os modelos penais máximos e os modelos penais mínimos (SILVA FILHO, 2017).

Assim, segundo Silva Sánchez, há um contexto emergencial do direito penal, que surge no âmbito da globalização (SILVA SÁNCHEZ, 2011), e que faz com que o Estado vise controlar os seus “deserdados”, se utilizando então de modelos penais maximalistas para conter o clima de insegurança gerado por essa parcela da sociedade e deixando de observar a aplicação do direito penal mínimo (FERNANDES, 2007). No entanto, essas medidas de emergência se configuram em um fenômeno que demonstra a incapacidade do Estado de lidar com o problema da criminalidade e, assim, ele se utiliza de medidas excepcionais que com o tempo acabam definitivamente se incorporando ao ordenamento jurídico (SICA, 2002), o que gera um aumento no volume de contradições e paradoxos, conforme citados por Salo de Carvalho acima.

Pode-se compreender, portanto, que para fazer frente à criminalidade, as sociedades modernas adotam políticas criminais com o objetivo de manter a ordem e a segurança da sociedade. Assim, pode-se destacar ainda que o direito penal contemporâneo vem sofrendo muitas mudanças frente ao choque entre anseios de ordem e segurança confrontados com os anseios de igualdade e liberdade (CARNEIRO NETO, 2016). Atualmente, cada vez mais, pode-se perceber que o punitivismo permeia a sociedade de forma mais ostensiva.

No entanto, há um problema. Não dá para punir todos por todas as condutas em graus máximos, daí a necessidade da escolha de uma clientela preferencial do direito penal, por ser mais vulnerável e por ser protegida por menos blindagens contra o aparato repressivo estatal e por necessitar de mecanismos mais fortes de controle enquanto dominação e assujeitamento (SILVA FILHO; ROVANI, 2019). É diante dessa perspectiva de um movimento emergencial, que surge com a expansão do direito penal, que a aplicação dos modelos maximalistas – como a teoria do etiquetamento (*labeling approach*) e o direito penal do inimigo – servem como resposta de urgência aos anseios de segurança da sociedade contemporânea, trazendo uma série de aumento de penas e medidas que relativizam direitos e garantias fundamentais em nome de soluções imediatas para acalmar os clamores sociais (SILVA FILHO, 2012).

## **2. A TEORIA DO ETIQUETAMENTO E A CRIAÇÃO DE UMA CLIENTELA PREFERENCIAL DO DIREITO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Desenvolvida a partir da ideia de que se faz necessário um estudo acerca da reação discriminatória a determinadas ações criminosas praticadas, a Teoria do Etiquetamento Social, também conhecida por *Labeling Approach Theory*, é uma das correntes desconstrutora do moderno sistema penal (MONGRUEL, 2002) e marcada principalmente por considerar determinado fato existente como delito, somente se pensado a partir de um contexto que lhe atribui essa significação (ANITUA, 2008), estudando os reflexos gerados a partir do controle que é exercido pelo Estado e suas agências sobre o criminoso.

O conjunto de elementos que envolve o delito é o que o define como tal, de forma que, aqui, não há que se falar em um ato isolado sendo considerado como crime, mas sim na ideia de que, a partir de um contexto, há a definição de um delito ou de um sujeito delinquente, sendo-lhe atribuído o rótulo social por ser pertencente a determinada classe, grupo, ou até mesmo por já ter cometido algum delito anteriormente.

Há, portanto, a ideia de que não há como se compreender a criminalidade sem que se estude a ação do sistema penal e do modelo social no qual ele se insere (BARATTA, 2002), que, por sua vez, é responsável pela definição da própria criminalidade e estabelece uma reação específica, atribuindo o status de delinquente em situações praticadas por pessoas específicas, enquanto outros, praticantes das mesmas situações, não tem atribuídos para si tal status. Segundo Sá e Schecaira, a própria imagem que a sociedade faz das crianças e adolescentes como sendo o futuro do país, se apresenta como justificativa para a maior revolta nos crimes praticados por estes (SÁ; SCHECAIRA, 2008), o que demonstra de forma clara uma reação que leva em conta um conceito já formado pela sociedade em que as pessoas estão inseridas.

Aqui, há uma modificação completa do enfoque da criminologia, que passa a ter o enfoque nos estudos dos processos de criminalização (ANITUA, 2008), sendo a forma de reação à determinadas situações, mais importante para a sua atribuição como delito do que a própria natureza do fato. O interesse de investigação deixa de ser do infrator para se deslocar para os que definem o sujeito como infrator, a partir dos mecanismos e funcionamento do controle social as questões e carências do indivíduo propriamente dito, que passa a ser tão somente vítima da seletividade (MOLINA, 1996).

Assim, determinadas condutas e pessoas passam a ser consideradas como criminosas, a partir do estabelecimento pelos aparelhos estatais de rótulos sociais que selecionam o que teoricamente é concebido como sendo nocivo ao corpo social, pertencendo, por sua vez, a uma camada inferiorizada e excluída no sistema penal, em decorrência dos rótulos que lhes são atribuídos. A grande questão está, portanto, na velha distinção entre o direito penal do fato e direito penal do autor.

Segundo Baratta, há nítidas distinções entre os criminólogos tradicionais e aqueles internacionalistas, que via de regra são vinculados ao labeling approach, sendo os segundos aqueles que analisam o desviante e os reflexos que são identificados a partir dessa definição:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os internacionalistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre

desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2002, p. 88).

O sistema de controle social, portanto, constrói a realidade da criminalização, deixando tanto o crime quanto o criminoso de serem vistos como conceitos ontológicos, passando, dessa forma, a serem concebidos como frutos de uma construção do sistema penal (BISSOLI FILHO, 2002), que apresenta, de forma pronunciada, a seletividade como característica.

Através da criação das normas e de sua aplicação apenas para determinadas pessoas, com a sua conseqüente estigmatização (DIAS, 1997), demonstra-se a criação social do desvio, podendo a lei criminal ser considerada a instância formal de controle, que após sofrer transformações com a massificação da criminalidade, passou a adotar uma espécie de lógica empresarial, profissionalizada, o que acabou por potencializar sua capacidade de dar respostas (DIAS, 1997). Se as expectativas sobre o rotulado são de que haja uma reprodução do rótulo, logo, cada vez mais e em proporções maiores, haverá sempre facilidade em reproduzir as sanções quase sempre e de maneira enfática naqueles que são marcados pelo crime, como se fosse etiológicamente determinado para ele.

Tal teoria é identificada na criminologia clássica, momento em que o crime é considerado isoladamente, sem o exame da pessoa ou do seu meio social (MOLINA, 1992), o que, conseqüentemente, leva a rotulações acerca do delinquente, sendo os atos nocivos, assim considerados pelos aparelhos estatais, definidos sem uma análise específica do fato e da pessoa.

Indivíduos e condutas são consideradas como sendo perigosas, levando à existência de uma clientela preferencial no direito penal, sendo esta justamente a seleção que os aparelhos estatais e a própria sociedade consideram como sendo adequadas para retratar o fenômeno do crime, sem que, para tanto, seja levado em conta o tempo e espaço do fato e a subjetividade do indivíduo considerado criminoso.

As instâncias de poder, portanto, alcançam o comportamento punível em apenas parcela das pessoas que cometem crimes, que, por sua vez, têm o rótulo de delinquente atribuído pelas próprias instâncias de controle social, que atuam de forma constitutiva em face da criminalidade (BARATTA, 2002), de forma que, após o cometimento de um crime, o indivíduo passa a ter algo novo em si, o fato de ser condenado constitui novos sujeitos, e estes, por sua vez, carregam novos ônus sociais, sendo alvos

de uma seletividade a partir da qual somente determinados indivíduos se enquadram. A sentença condenatória é, dentre outras coisas constitutiva, ela constitui novo status para o indivíduo a partir do rótulo oficial que lhe é aposto pelo Estado.

A rotulação pode ser identificada em indivíduos que, embora possam ter cometido crimes e ter sido condenados, cumprido as penas impostas, tem para si o rótulo social atribuído que gera uma espécie de marca, os diferenciando dos demais a partir de uma caracterização de uma conduta desviante praticada, passando, assim, a ser considerado um criminoso.

O que define a conduta desviante é o resultado da aplicação de normas a determinado indivíduo, sendo que, após ser concebido como transgressor, passa a possuir um rótulo de criminoso, sendo o desvio produzido pela sociedade a partir de categorizações de condutas consideradas como negativas e passíveis de reprovação. Assim, acabam por ser produzidos criminosos a partir de marcas sociais (MONGRUEL, 2002).

O fato é que, a proposição de que determinados grupos, classes e indivíduos como sendo perigosos acaba por ser utilizada como fundamento para o direito penal, a partir de uma busca de combate ao que, na realidade, não tem como ser extinto a partir de um sistema máximo e seletivo, sendo necessária uma definição de quais os objetos e objetivos das formas de controle social no que se refere ao direito penal risco (MÜLLER; SILVA FILHO, 2017).

A rotulação social, assim, gera efeitos de estigmatização sobre os sujeitos rotulados, construídos como uma categoria de pessoas com uma carga social negativa em sua essência, os delinquentes e criminosos, a partir de uma ideia que se pode afastar dos conteúdos, conhecendo as coisas a partir de rótulos, reconhecendo a nocividade do indivíduo sem precisar conhecê-lo. Há, além da criminalização por determinado ato praticado, a repreensão social, com a segregação social do indivíduo, que deixa de conseguir a aprovação social esperada, perpetuando a criminalização.

O sistema que centralizado na teoria de rotulação (*labeling approach*), tem como meta, portanto, ser uma fábrica de culpados onde os atores estatais são valorizados pelas condenações realizadas e criticados pelas absolvições calcadas na garantia dos direitos humanos, o indivíduo, desvalorizado, passa a ser alvo das agências estatais e, quando está inserido na parcela estigmatizada, acaba por ser estigmatizado e punido socialmente.

As sociedades reagem diante dos fatos de forma a criar e administrar a delinquência, sendo comprovada a possibilidade de existência de uma determinada reação social quando considerados fatos similares, ou, até mesmo, a ausência de uma reação, não sendo possível mais considerar as leis e definições destas como sendo algo natural (ANITUA, 2008), mas sim construído, assim como a sociedade, que é construída a partir de interações entre indivíduos, que ocorrem, por sua vez, no mundo concreto, não sendo possível considera-la como algo imutável e estanque (ANDRADE, 2003).

Considerando, assim, a concepção da teoria da rotulação social e a realidade brasileira, percebe-se que, por muitas vezes, os aparelhos de controle social acabam por atribuir rótulos e marcas, quase sempre aos mesmos indivíduos, oriundos das mesmas origens, com características sociais semelhantes, com a finalidade de taxa-los como criminosos, para que, marcados, sejam facilitadas as dinâmicas de controle sobre eles, *diferentes ontologicamente* de nós a partir da consolidação de pré-conceitos, nascidos da intolerância e da exclusão, o que, por sua vez, não é concebível em um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição vigente que preza pela aplicação de princípios, que, por sua vez, traduzem valores de uma sociedade.

A atuação estatal, por intermédio de suas agências de controle, acaba por produzir delinquentes a partir de rótulos atribuídos que perpetuam a criminalização, que passa a ir muito além do cumprimento da pena por algum delito cometido, levando à exclusão social e estigmatização pelo fato de serem taxados de criminosos, concebidos como estranhos, verdadeiros inimigos.

### **3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO: OU INIMIGOS DO DIREITO PENAL?**

Conforme já foi abordado, o direito penal brasileiro deve intervir minimamente nas sociedades, respeitando os direitos e garantias fundamentais. No entanto, com a ideologia do pensamento punitivista, pode-se perceber na contemporaneidade cada vez mais a consolidação de um direito com caráter emergencial, que abre espaço para um Estado que percebe no sujeito infrator um inimigo que deve ser contido (LYRA, 2016).

Nesse sentido, a cultura do punitivismo vem de encontro com os direitos e garantias fundamentais, o que é preocupante, pois esta ideologia se propaga com intensidade através dos meios de comunicação, propondo um modelo jurídico baseado na violação de garantias penais e processuais penais

e de princípios constitucionais, especialmente o princípio da intervenção mínima (LYRA, 2016).

Essa ideologia do punitivismo nasce da insegurança social e acarreta a ideia da necessidade de maiores punições aos delitos já tipificados e tipificação de novos atos, além da relativização das garantias já existentes. Assim, é possível notar, a partir deste tipo de ideologia, a figura retribucionista do direito penal, onde se é possível enquadrar o direito penal do inimigo defendido por Jakobs (JAKOBS, 2007).

Desse modo, compreende-se que o direito penal do inimigo se caracteriza, entre outras coisas, por um amplo adiantamento da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um incremento notável das penas e por um relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais (JAKOBS, 2007), o inimigo é a grande somatória dos medos, é todo aquele que se constrói como diferente, como ameaça.

A formação de um inimigo leva, conseqüentemente, a um tratamento penal diferenciado (ZAFFARONI, 2007), passando estes a serem negados como pessoas, o que se dá por consequência da sua individualização como ameaça, inimigo, de forma que, a única forma de se considerar o inimigo é a partir da ideia de um ente perigoso que, por isso, necessita de contenção (ZAFFARONI, 2007), sob o argumento de necessidade de preservar os homens de bem dos riscos gerados pelos homens que, devido à condição de não-pessoas, geram risco.

Diante disso, podem ser entendidas como características do Direito Penal do Inimigo, entre outras, a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; a criação de novos tipos penais; a criação de tipos de mera conduta e de perigo abstrato; a desproporcionalidade das penas; a restrição de garantias penais e processuais penais (SILVA FILHO, 2013), a criação de todo um sistema penal com base na criação de um rosto de um inimigo que assim deve ser identificado pela sociedade, de forma que as penas a serem aplicadas serão criadas e destinadas àqueles que devem ser expurgados, afastados dos cidadãos de bem.

A expressão “Direito Penal do Inimigo” foi utilizada por Günter Jakobs inicialmente por volta da década de oitenta, trazendo a ideia de que certas pessoas, por seus atos de reiterada negação da norma e pelo perigo que representam à sociedade, deveriam ser vistas pelo Estado como inimigos. Esses indivíduos perderiam a sua personalidade, deixando de ser

peças e passariam a ser tratadas como inimigos, sem direitos e alçados à condição de mero objeto de punição (JAKOBS, 2007).

Diante disso, pode-se compreender que o direito penal do inimigo é uma ideia defendida por alguns estudiosos que tem na pessoa de Jakobs (JAKOBS, 2007) o seu principal defensor. Essa ideia parte do pressuposto de se dividir o direito penal em dois polos: um direito penal direcionado ao cidadão criminoso comum (com todos os seus direitos e garantias resguardados) e um para o inimigo (que seria o infrator reiterado e perigoso) (SILVA FILHO, 2013).

Assim, Jakobs propõe a adoção da dicotomia “direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão” para o enfrentamento da criminalidade, alegando que essa diferenciação seria o meio eficaz para o combate à criminalidade, a partir da ideia de que, ao contrário do criminoso comum, que somente deve ser punido, o inimigo deve ser segregado da sociedade, justamente por gerar risco aos cidadãos considerados como sendo de bem:

Parte da ideia de que há dois tipos de criminosos: o cidadão criminoso comum, que cometeu um crime e que será punido para que a norma criminal seja reafirmada; e o inimigo, um ser que, deliberadamente, renega o Estado e a sociedade – que continuará atentando contra eles e, nesse caso, aplicam-se medidas de contenção com o fim de segregá-lo do convívio social, haja vista sua periculosidade – o risco de sua liberdade. Haveria, portanto, um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, entendendo-se essa distinção mais como modos de compreender o mundo e o direito do que uma separação legislativa clara. (STRECK, 2013. p. 35).

Diante disso, a partir do entendimento de Jakobs (JAKOBS, 2007), o autor restringe a figura do inimigo aos que rompem drasticamente com o pacto, em uma percepção de defesa, equivalente à guerra, surge a necessidade de elevá-los à categoria de não pessoa. Assim, o autor entende que há uma seletividade para aqueles que descumprem a lei, ou seja, há aqueles que, não agindo conforme as normas, ficariam de fora da proteção do Estado – e estes seriam os inimigos.

É justamente por isso que se fala na existência de dois modelos de direito penal. Um para os cidadãos – que eventualmente podem acabar também descumprindo a lei; e um outro modelo para aqueles considerados inimigos do Estado – aqueles que, quando descumprem as normas, não

tem suas garantias penais e processuais penais garantidas (o que inclusive alinha-se também ao pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez).

Em contrapartida ao entendimento de Jakobs, para Alessandro Baratta (BARATTA, 1987), os direitos humanos ainda são considerados como a fundamentação mais adequada para a mínima intervenção penal, defendendo que mesmo diante da criminalidade e do culto ao punitivismo estes devem ser observados em um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro, pois para ele somente assim o direito penal pode funcionar.

Zaffaroni também entende que o conceito de inimigo nunca é compatível com um Estado de Direito e nem com os princípios do liberalismo político. De acordo com esse autor, a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa, sendo considerado sob o aspecto de ente perigoso (ZAFFARONI, 2007), ameaçador, e que, conseqüentemente, não merece ser tratado como pessoa de bem, devendo ser expurgado da sociedade.

Essa é uma ideia que propõe estabelecer uma distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas). No caso, o inimigo é privado de certos direitos individuais, motivo pelo qual ele deixa de ser considerado pessoa, e, justamente por isso, essa ideia de um direito penal para o inimigo é incompatível com os princípios do Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007), deixando de conhecer determinados indivíduos como dotados de direitos a partir de uma reação gerada a partir de uma imagem de um inimigo criada pelo sistema e pela própria sociedade e suas agências de controle social.

No entanto, a despeito do conservadorismo da proposta de Jakobs, nitidamente apartada do horizonte emancipatório dos direitos humanos e da crença na democracia como um valor fundamental, alheia aos processos de exclusão e vitimação, que culminam em reações violentas, o “Direito Penal do Inimigo” encontra ressonância nas instituições e práticas jurídico-penais brasileiras (CARVALHO, 2006), a partir de uma exclusão dos que são considerados ameaçadores para o sistema, que justifica a exclusão sobre o argumento da existência de um risco social, causado por estes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no presente artigo, é possível concluir, portanto, que através de um direito penal mínimo, adotado pela Constituição brasileira de 1988, busca-se uma aplicação do direito penal apenas em último caso,

não sendo mais possível adotar qualquer outra medida fora do âmbito penal para a solução da situação fática, com a finalidade de preservação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

De qualquer forma, a realidade da sociedade brasileira aponta para um direito penal que, na prática, se apresenta maximalista, com uma forte demanda por mais penas, e por penas mais severas, levando à tensão entre a proibição do excesso estatal, e a proibição da proteção deficiente, por parte do Estado.

Com uma Constituição que tem uma base garantista, humanitária e principiológica, resta encontrar o equilíbrio entre a proibição de que o Estado pratique seus atos punitivos de forma exagerada, sem levar em conta os direitos da atual forma estatal identificada no Brasil, e, por outro lado, a proibição de que este mesmo Estado deixe de proteger a sociedade através de políticas criminais eficientes e que minimalizem os danos sociais.

Dentre as políticas adotadas para o fornecimento de soluções imediatas, respostas aos índices de criminalidade e aos anseios de resposta pela população, pode-se destacar a teoria da rotulação social, que, dentre outras características, pode ser identificada pela reação dos sistemas de contenção social às práticas criminosas, levando a uma rotulação de quem é o criminoso e quais são as condutas que devem ser consideradas como delitos.

A partir dessa política criminal pessoas pertencentes a grupos e classes específicas são considerados nocivos e ameaçadores para a sociedade como um todo e, principalmente, para o homem de bem, que deve ser preservado pelo sistema penal. Delinquentes são construídos e combatidos pelo próprio sistema, não sendo necessário o estabelecimento de uma relação aproximada do mundo concreto para se conceber determinada situação como nociva, de forma que, a prática delituosa e o criminoso são assim considerados independentemente da conduta adotada por estes.

Da mesma forma, o direito penal do inimigo trabalha com a construção de um rosto ameaçador que deve ser combatido e expurgado da sociedade, a partir de um tratamento penal diferenciado dos demais cidadãos e com a atribuição de um papel de não-pessoa, por supostamente gerar risco à sociedade, sendo este todo e qualquer indivíduo estranho, diferente, indesejável.

Partindo-se da ideia de que o inimigo é um risco, e que riscos devem ser combatidos, tem-se que a ideia do combate ao risco é sedutora, pois, se

é possível evitar o risco, é melhor do que, posteriormente, evitar o dano. O problema surge quando, a partir de uma aposta no risco, esquecemos que tudo pode se apresentar como risco, e, onde tudo é risco, conseqüentemente nada é risco. É necessário ressaltar, ainda, que o direito penal, enquanto instância de controle reativa, trabalha essencialmente com a resposta ao dano, daí a imprescindibilidade de lembrar que o risco é, por definição, o não evento, de forma que, quando há uma busca pela prevenção de toda e qualquer situação que possa gerar dano, chega-se a um ponto que toda e qualquer situação deverá ser punida, por potencialmente ser uma situação de risco, levando à ineficiência do sistema.

Tais propostas se apresentam, evidentemente, dissociadas da base principiológica da Constituição de 1988, visto que, sob o argumento de atribuir maior efetividade ao Direito Penal punindo mais e de forma indiscriminada a todo e qualquer cidadão que se apresente como sendo ameaçador na visão das agências de controle social, a partir de visões deturpadas e preconceituosas.

Para que o crime e o criminoso sejam trabalhados de forma adequada, é necessário que o sistema punitivo leve em conta o mundo concreto e os direitos fundamentais existentes no texto constitucional, analisando cada situação específica sem que sejam levados em conta rótulos e pré definições acerca de quem e de que forma devem ser punidos, sem a privação a direitos individuais, que, independentemente da situação penal em pauta, devem ser preservados.

A crise no modelo penal se dá justamente pelo fato de não se saber por que punir, e, quando se faz algo sem saber o porquê, quase nunca, a não ser por uma eventualidade, será possível compreender como fazer, e, a partir daí, como ter resultados proveitosos. O mesmo se dá no modelo penal, em que, mesmo sem que se saiba por que punir ou como punir, de há muito já se escolheu a quem punir, e é assim que se constitui a clientela preferencial do sistema penal, de forma que, temos, a partir das mesmas ações as mesmas respostas dadas a quem se atribui altos graus de risco social. Punimos mal e não conseguimos um grau satisfatório de contenção de violência na esfera penal.

Manter os mesmos procedimentos esperando resultados diferentes, é o triunfo da fé sobre a experiência, sendo que entre as respostas de “a quem punir” e “porque punir”, há um discurso fragmentado e frágil, que se concretiza a partir de uma confusão de garantias penais com privilégios e prerrogativas, assim como do que é o crime e quem é o criminoso, não sendo exercida, por sua vez, uma prática uniforme.

Ao contrário do pensamento moderno, dual, que ordena e determina dinâmicas adequadas, deve-se levar em conta as alterações da sociedade e a pluralidade de indivíduos existente, não sendo possível deixar de lado a Constituição e seu modelo principiológico e estabelecer uma aproximação com um modelo genérico e baseado única e exclusivamente em dispositivos legais.

É preciso superar a questão da modernidade e o movimento liberal, individual e burguês, que se desgastou com o tempo. São necessários novos princípios para entender que uma dicotomia entre o mundo ideal e o mundo concreto na realidade não funciona, sendo imprescindível estabelecer uma nova construção, diferente da anterior, não pelo fato de ser diferente, mas sim por ser algo que se dê a partir de um discurso social, plural, tolerante, includente e promotor do resgate de promessas da modernidade e que passe, de fato, a afetar a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Revista doutrina penal*: Buenos Aires, 1987. N.10-40.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade de cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CARNEIRO NETO, Durval. O mal-estar do direito penal na pós-modernidade. *Revista brasileira de direito público - RBDP*: Belo Horizonte. 2016. n. 55.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Thiago Fabres de Carvalho. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: Exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo Vitória*, v. 5, n. 5, p. 209 - 258, 1º/2º sem. 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição de 1988 como garantia da democracia brasileira - o papel dos princípios constitucionais (aportes comemorativos de seus 25 anos); *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte; ano 5. N. 9, 2013. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99571> Acesso em 14 mai. 2021.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?* Breves lineamentos sobre a função do direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Trad. André Luis Callegari e Nobreu José Giancomolli. 2ª Ed. Editora Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCrim. 2006. n.168.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal: Projeções contemporâneas*. São Paulo: RT, 1994.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a “correr” e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista brasileira de ciências criminais*. 2016. Vol.119. P.147-164.

MARCONDES, Danilo; JAPIASSU, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MONGRUEL, Angela de Quadros. *Criminalidade: um problema socialmente construído*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade de cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

MÜLLER, Bruna Gomes; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A formação de uma clientela preferencial no direito penal brasileiro à luz da criminologia crítica. *Revista Jurídica Cesumar setembro/dezembro 2017*, v. 17, n. 3, p. 773-807.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. *O sistema penal: suas verdades e mentiras*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade de cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Editora forense. P. 40. 1983.

RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; Flaviane de Magalhães Barros. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica – RIHJ Belo Horizonte*. 2013. Vol. 11. N. 14. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=115167> Acesso em 13 mai. 2021.

SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas a prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal?* In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Bahia: Editora Jus Podivm, 2017.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Minimalismo penal: uma reflexão crítica a partir de Eugenio Raúl Zaffaroni “Em busca das penas perdidas”*. In: SILVA FILHO, Edson Vieira da (Org.). O Direito Penal e suas faces: Da Modernidade ao Neoconstitucionalismo – Volume 1: O Direito Penal visto em uma perspectiva minimalista. Curitiba: Editora CRV, 2012.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. ROVANI, Allan. *A síndrome do alienista e os projetos de seletividade penal: uma análise das políticas criminais de tolerância*

zero à luz de Machado de Assis. *Revista Juris Poiesis* - Rio de Janeiro. Vol.22-nº30, 2019, P. 67-94, 2019. Disponível em <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/7608> Acesso em 14 mai. 2021.

SILVA FILHO, Edson Vieira da; TERRA, Bibiana de Paiva. O Direito Penal do Inimigo: uma análise acerca do expansionismo penal no Estado Democrático de Direito. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro. v. 23, n. 33, p. 91-112, 2020. Disponível em <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9321> Acesso em 14 mai. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Marina Helena Vieira da. POSTERARO, Talita Piedade. Tolerância Zero. In: SILVA FILHO, Edson Vieira da (Org.). *O Direito Penal e suas faces: Da modernidade ao Neoconstitucionalismo: Volume 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista*. São Paulo: Lexia, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. *Revista de Estudos Criminais* 51, Doutrina Nacional. Out./Dez. 2013.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e Luta de Classes: teoria geral do direito*. São Paulo, SP: Acadêmica, 1988

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

RECEBIDO EM: 24/10/2019

APROVADO EM: 08/06/2021

# A FRACA INTEGRAÇÃO NORMATIVA SUPRANACIONAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

## *THE POOR SUPRANATIONAL NORMATIVE INTEGRATION IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION*

*Fabiana Perillo de Farias*

*Mestranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em  
Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Tabeliã no Distrito Federal.*

*Ademar Borges de Sousa Filho*

*Doutor em Direito Constitucional pela UERJ, Mestre em Direito Constitucional pela  
UFF, Professor de Direito Constitucional do IDP, Procurador do Município de Belo  
Horizonte e Advogado.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e seu intercâmbio com a CIDH. 2. Considerações críticas sobre a utilização de precedentes da CIDH pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** A ampliação da esfera de influência da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos nos grandes debates jurídicos nacionais é um fenômeno que se reproduz nas democracias constitucionais contemporâneas, e que começa a se tornar mais visível no Brasil nos últimos anos. Nesse contexto, com base em revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, o objeto do presente trabalho é realizar um levantamento sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que expressamente utilizaram precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em suas fundamentações, a fim de verificar se o tribunal está efetivamente (a) se vinculando às decisões da CIDH; (b) prestando mero dever de deferência; ou (c) utilizando os precedentes a título de reforço argumentativo dos posicionamentos dos próprios ministros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Precedentes. Integração Supranacional.

**ABSTRACT:** The growing influence of the case law of the International Courts of Human Rights in the major national legal debates is a phenomenon present in most of contemporary constitutional democracies. In Brazil, it became more noticeable in the past recent years. In this context, the present paper analyzes the precedents of the Brazilian's Supreme Court which expressly referred the Inter-American Court of Human Rights' (IACHR) decisions, in order to verify whether the court is actually (a) binding on the decisions taken by IACHR; (b) performing a mere duty of deference; or (c) using the precedents as an argumentative reinforcement of the Justice's own positions.

**KEYWORDS:** Brazilian's Supreme Court. Case Law. Inter-American Court of Human Rights. Precedents. Supranational Integration.

## INTRODUÇÃO

A ampliação da esfera de influência da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos nos grandes debates jurídicos nacionais é um fenômeno que se reproduz nas democracias constitucionais contemporâneas, e que no Brasil começa se tornar mais visível nos últimos anos<sup>1</sup>.

A análise das decisões mais importantes das cortes constitucionais de diversos países indica que elas têm travado um verdadeiro diálogo com as cortes internacionais, contribuindo para a formação de um direito constitucional cosmopolita, agora integrado por uma rede supranacional de proteção de direitos (NEVES, 2014, p. 193).

Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na última década, têm demonstrado uma pretensão de imputar aos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica um dever dirigido aos juízes nacionais de obediência aos parâmetros jurisprudenciais da própria CIDH (FERRER MAC-GREGOR, 2016, p. 50-59). De acordo com essa diretriz da CIDH, atribui-se ao Poder Judiciário nacional, e em especial às cortes constitucionais, um pesado ônus argumentativo de desenvolver estratégias dialogais com a CIDH capazes de contribuir para o processo de internacionalização da proteção de direitos fundamentais sem desfigurar a identidade constitucional democraticamente construída no ambiente nacional (SARMENTO, 2016).

A crescente valorização dos precedentes dos tribunais supranacionais de proteção de direitos humanos – tanto no ambiente europeu como, mais recentemente, na América Latina – impõe ao direito nacional dois desafios principais: (i) por um lado, pressiona os Tribunais e juízes nacionais, notadamente as cortes constitucionais, a considerar de maneira sistemática os precedentes da CIDH relacionadas às controvérsias nacionais; e (ii) por outro lado, exige a elaboração, pelos juízes nacionais, de critérios para controlar a compatibilidade desses precedentes da CIDH com a ordem jurídica nacional.

Apesar da existência de advertência doutrinária no sentido de que os tribunais nacionais dispõem de certa margem de apreciação nacional para dosar, e até mesmo afastar, a aplicação de precedentes da CIDH

1 A tendência cosmopolita que parece permear a jurisprudência brasileira mais recente encontra conforto na disciplina constitucional que claramente sugere grande abertura do direito interno ao direito internacional. Nesse sentido, cf. voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343.

(NASPOLINI; SILVEIRA, 2016), não se estabeleceram, no Brasil, parâmetros materiais para controlar no âmbito nacional a legitimidade da intervenção jurisprudencial da CIDH nos Estados nacionais.

Com efeito, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da CIDH no ano de 1998. Só mais recentemente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a utilizar as decisões proferidas pela CIDH nas discussões das controvérsias constitucionais nacionais. A utilização de argumentos declinados pela CIDH em suas sentenças para fundamentar decisões no âmbito da jurisdição constitucional não implica em reconhecer que o STF esteja exercendo necessariamente um controle de convencionalidade, pois, na maioria dos casos, os precedentes da CIDH são utilizados como mero reforço argumentativo.

Nesse contexto, o objeto do presente trabalho é realizar um levantamento sobre os julgados do STF que expressamente se valeram de precedentes da CIDH em suas fundamentações, a fim de perquirir o que ensejou a citação e verificar se o tribunal está efetivamente (a) se vinculando às decisões a CIDH; (b) desincumbindo-se do dever de consideração em relação aos fundamentos das decisões da CIDH; ou (c) referindo os precedentes a título de mero reforço argumentativo. Além disso, busca-se analisar se há divergência no tratamento dado pelo STF em relação a precedentes de cortes estrangeiras ou da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Para examinar a questão, na primeira parte do artigo, serão objetos de pesquisa as menções e a forma de utilização de precedentes da CIDH pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, serão apresentadas críticas quanto ao modelo de utilização dos precedentes das cortes internacionais – notadamente da CIDH – e apresentadas propostas para um uso metodologicamente controlado, pela jurisdição constitucional brasileira, desses precedentes.

## **1. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF E SEU DIÁLOGO COM A CIDH**

O presente artigo tem por objeto analisar de que modo o Supremo Tribunal Federal tem utilizado os precedentes da CIDH. Objetiva-se identificar se há algum tratamento específico dado a esses precedentes quando comparado ao modo de utilização de precedentes de outros tribunais constitucionais ou da CEDH, também citada com relevante frequência.

Atualmente, há um contínuo processo de importação de soluções para problemas comuns, discutidos em diversas instâncias internacionais. Marcelo Varella (2013, p. 109) afirma, nesse contexto, que os diversos atores estatais, por se sentirem como partes de um processo de discussão comum, acabam se convencendo de certas decisões estrangeiras ou se sentindo obrigados a cumprir o direito internacional — mesmo que não adotem determinado tratado —, reconhecendo a solução internacional como a melhor a ser adotada para um problema concreto.

Além da influência exercida por normas internacionais não-obrigatórias e também por normas de organizações que o Estado não integra — em razão da força persuasiva que essas manifestam no contexto discursivo interno —, há outros processos de influência construídos a partir da força argumentativa de que a proteção de determinados valores exerce no debate levado a cabo pelos atores nacionais: “uma decisão internacional serve como contrapeso a um debate interno, reforçando um dos lados, invertendo o jogo de forças políticas nacionais” (VARELLA, 2013, p. 113). É nesse contexto que se pode afirmar que os precedentes da CIDH exercem, quando menos, um *soft power* em matéria de proteção de direitos humanos, já que “cria incentivos reputacionais e mecanismos de monitoramento e de cooperação recíproca” (MELLO, 2019, p. 262)

Antes de se passar à efetiva análise dos precedentes do STF, importa destacar que, nos últimos cinco anos, houve considerável incremento<sup>2</sup> na quantidade de citações, pela Corte Suprema, a precedentes da CEDH e da CIDH, com destaques para os votos dos Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Por tal razão, optou-se por realizar um recorte temporal na análise dos julgamentos, considerando os precedentes a partir de 2015, correspondentes a aproximadamente 70% do total de citações de decisões da CIDH pelo STF.

Não há dúvida de que há importantes decisões do STF anteriores a 2015 que se valeram de precedentes da CIDH, entre os quais se destacam: (i) dois precedentes da CIDH que conferiam especial proteção ao projeto de vida<sup>3</sup>, citados no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, pelo plenário do STF, ao afirmar a

2 De 71 precedentes com citações expressas à CIDH, 50 são posteriores a 2014.

3 “Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (cf. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 132/RJ. 2011).

constitucionalidade das uniões homoafetivas; e (ii) a Opinião Consultiva OC-5/85, por meio da qual se afirmou que a obrigatoriedade do diploma viola a proteção convencional do direito à liberdade de expressão, referenciada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 511.961, também pelo plenário o STF, para reconhecer a inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalista para o exercício da profissão. No entanto, como foi a partir de 2015, que se verificou um crescimento mais acentuado do número de citações de decisões da CIDH pelo STF, optou-se por analisar, neste artigo, esse período mais recente da jurisprudência da corte.

### 1.1. Análise dos precedentes recentes do STF: o estado da arte do diálogo com a CIDH

Na ADI 5.243/DF, em que se analisava a constitucionalidade de norma que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo por agentes de segurança, o Min. Edson Fachin citou expressamente determinação contida em decisão da CIDH no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, para reforçar a conclusão de que a proporcionalidade no uso da força por parte dos agentes de segurança decorre também jurisprudência da CIDH<sup>4</sup>. Mais recentemente, no âmbito da ADPF 635, esse Ministro levou em consideração a falta de cumprimento dessa mesma decisão da CIDH pelo Estado do Rio de Janeiro — na parte em que determinou a elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança — para convocar audiência pública com o objetivo de discutir estratégias de redução da letalidade policial nesse Estado<sup>5</sup>.

Em 2018, também o Min. Edson Fachin, no julgamento da ADI 4.451, reiterou trechos de seu voto proferido na ADI 2.566<sup>6</sup>, também julgada em 2018, que, a seu turno, valia-se, como reforço argumentativo, da Opinião

4 No voto-condutor do acórdão, ressaltou-se a determinação da CIDH de que “o país regulamente por lei, tanto no aspecto formal como no material, os procedimentos policiais que envolvam uso legítimo da força, estipulando expressamente que só – se pode recorrer a esse extremo como último recurso, e que o uso da força deve se inspirar nos princípios de excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade” (BRASIL, 2019).

5 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635. Decisão monocrática de 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 17 maio 2021.

6 Em que pese constar do voto em questão fazer referência à ADI 2.655, não à ADI 2.566, verificou-se que houve erro material na citação. Com efeito, a primeira foi julgada em 2003, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie.

Consultiva 5/1985 exarada pela CIDH<sup>7</sup>. A referência à jurisprudência interamericana se deu, nesse contexto, para enfatizar a especial proteção da liberdade de associação e de expressão, fundamento com base no qual se declarou a inconstitucionalidade da veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária.

No mesmo ano, no julgamento da AP 937-QO/RJ, em que se discutiu o foro por prerrogativa de função, foram expressamente citados os posicionamentos adotados na deliberação a respeito da AP 470 AgR-vigésimo quinto, com referências à CIDH e demais cortes internacionais sobre o tema referente ao duplo grau de jurisdição, relativo a casos em que a autoridade possui prerrogativa de foro diretamente no STF, sem a existência de instância revisora superior<sup>8</sup>. Não obstante, reconheceu-se a impossibilidade de desconsiderar por completo os foros por prerrogativa de função fixados diretamente no STF, por se entender que a Constituição deve prevalecer sobre tratados e convenções internacionais.

No julgamento da ADI 5.617, que discutia a constitucionalidade do estabelecimento de piso e teto para financiamento de campanhas eleitorais para candidatas do sexo feminino, o Min. Edson Fachin novamente fez referência a decisões da CIDH na fundamentação de seu voto, como reforço argumentativo. Nesse precedente, o Relator fez breve menção ao princípio da igualdade e da não discriminação utilizada pela CIDH na Opinião Consultiva da OC-18/03 sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos.<sup>9</sup>

---

7 Mais precisamente da citação, nesta contida, sobre as duas dimensões da liberdade de expressão, que podem ser invocadas para obstar a censura prévia: (a) a primeira, de caráter individual, que visa assegurar que ninguém seja arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento; e (b) a segunda, entendida como direito da coletividade de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.

8 O Relator, Min. Barroso, fez inclusive referência à necessidade de se restringir a interpretação conferida ao foro por prerrogativa de função, de modo a excluir, por exemplo, infrações penais praticadas sem relação com o exercício da função ou anteriormente a ela, para que o Estado brasileiro se colocasse em sintonia com a previsão das convenções internacionais assinadas pelo Brasil que preveem o direito ao duplo grau de jurisdição.

9 Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão: “constituiu um dos corolários do princípio da igualdade não apenas a previsão de tratamento igual, mas também o direito à proteção contra a discriminação por diversos motivos. Como advertiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ‘o elemento da igualdade é difícil de separar da não discriminação (...) quando se fala de igualdade perante a lei (...) esse princípio deve ser garantido com a não discriminação’ (Condição Jurídicas e Direitos dos Migrantes sem Documentos, opinião consultiva da OC-18/03, pág. 83).”

Houve, igualmente, citação de precedente da CIDH no julgamento do HC 141.949/DF, em se realizou controle de constitucionalidade e de convencionalidade acerca do delito de desacato em face do que dispõe o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>10</sup>. Nessa oportunidade, tanto o voto vencedor, do Min. Gilmar Mendes, como o voto vencido, do Min. Edson Fachin, buscaram dialogar com os precedentes da CIDH sobre o tema. Prevaleceu a visão segundo a qual a CIDH não possui precedente específico que conduza à declaração de incompatibilidade do crime de desacato para com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais especificamente, o Min. Gilmar Mendes, no voto condutor do acórdão, mencionou quatro diferentes precedentes da CIDH<sup>11</sup> para concluir que a jurisprudência daquela Corte admitia, excepcionalmente, o uso do Direito Penal em casos de extrema gravidade do abuso de liberdade de expressão.

Já no julgamento da ADI 4.275/DF,<sup>12</sup> o Min. Edson Fachin novamente fez expressa citação a entendimentos da CIDH, especialmente àqueles consignados na Opinião Consultiva 24/17, sobre “Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo”, destacando o dever do Estado brasileiro de aplicar o entendimento dela decorrente sobre a correta interpretação dos direitos consignados no Pacto de San José da Costa Rica. Nessa oportunidade, os critérios estabelecidos pela Opinião

---

10 O Relator, Min. Gilmar Mendes, mencionou os casos *Ricardo Canese vs. Paraguai*, *Kimel vs. Argentina*; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, nos quais a CIDH expressamente repudiou abusos no exercício da liberdade de expressão, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão. No mesmo julgamento, o Min. Edson Fachin, voto-vencido, reportou-se ao caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Acrescentou que “as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva”. Por fim, concluiu por declarar a inconstitucionalidade do delito de desacato, considerando inserir-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos no chamado bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 2º, da CF/88), a servir de parâmetro para fins de fiscalização normativa abstrata. *Idem*, *ibidem*.

11 Foram eles: caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005), o Caso *Kimel v. Argentina*, Sentença de 02 de maio de 2008), o Caso *Ricardo Canese vs. Paraguai* (sentença de 31 de agosto de 2004), o Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (sentença de 2 de julho de 2004).

12 No julgamento da ADI 4.275/DF, o STF afirmou o direito fundamental da pessoa transgênero de alterar seu prenome e sexo no registro civil, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros.

Consultiva da CIDH foram expostos de maneira precisa e serviram como fundamento para a solução adotada pelo STF.<sup>13</sup>

Nesse mesmo julgamento, a Min. Rosa Weber também enfrentou a controvérsia utilizando precedentes da CEDH como reforço argumentativo. Aludiu, ainda, o precedente da CIDH *Atala Riffo e Crianças vs. Chile* — cuja sentença tratou da questão da orientação sexual e do direito de guarda de crianças — para enfatizar o dever dos Estados de impedir qualquer forma de tratamento discriminatório em decorrência da orientação sexual. Além disso, a Min. Rosa Weber afirmou ser “imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela CIDH, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade”. Também o Min. Gilmar Mendes mencionou em seu voto a Opinião Consultiva

---

13 Cf., a propósito, alguns dos trechos principais do voto do Min. Edson Fachin: “É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero autopercebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: “a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais” (par. 160). (...) Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição. Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Nesse sentido, a própria Corte Interamericana, no precedente já referido neste voto, assentou: “(...) é possível sustentar que o Estados têm em princípio uma possibilidade para determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação de nome e, se for o caso, da referência ao sexo/ gênero e a imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se ajusta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é que é de natureza materialmente administrativa ou notarial, dado que o processo de caráter jurisdicional eventualmente podem incorrer, em alguns Estados, em excessivas formalidade e demoras que se observam nos trâmites dessa natureza” (par. 159, tradução livre)”.

24/17 da CIDH e precedentes da CEDH, embora a título de reforço argumentativo<sup>14</sup>.

O Min. Gilmar Mendes também invocou decisões da CIDH no julgamento do RE 929.670/DF, que versava sobre a legitimidade das hipóteses de inelegibilidade passiva estabelecidas pela assim chamada “Lei da Ficha Limpa”. Foram citados pelo Ministro os casos *Gutman vs. México*, de 06 de agosto de 2008, e *López Mendoza vs. Venezuela*, de 01 de setembro de 2011, como reforço argumentativo, para destacar a problemática aplicação da sanção de inelegibilidade em processos administrativos.<sup>15</sup> Nesse julgamento, o Min. Edson Fachin, que se filiou à corrente vencedora, não teve considerações sobre a jurisprudência da CIDH.

No julgamento da ADI 3.239,<sup>16</sup> a Min. Rosa Weber, seguida pela maioria da corte, invocou os casos *Saramaka vs. Suriname*, de 2007, e *Moiwana vs. Suriname*, de 2005, em que a CIDH reconheceu o direito de propriedade em favor das referidas comunidades e os deveres de proteção dele decorrentes.<sup>17</sup> Referiu-se também à condenação da Nicarágua pela CIDH no julgamento do caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*,

---

14 O voto do Min. Gilmar Mendes afirmou, a propósito, o seguinte: “Com efeito, recentemente a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), na Opinião Consultativa 24/17, afirmou que viola o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana.”

15 O voto do Ministro Gilmar Mendes recordou, a respeito da jurisprudência da CIDH, o seguinte: “Essa discussão foi tangenciada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos no caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Daquela feita, o principal fundamento para considerar anticonvencional a sanção de inelegibilidade foi ter ela sido aplicada em processo administrativo. Salientou-se que, para ser considerada uma condenação em processo penal, a decisão que impõe a sanção precisaria observar as garantias judiciais, previstas no artigo 8 da Convenção (parágrafo 107). (...) Dessa forma, a lei, necessariamente, tem que estabelecer regulações que vão além daquelas que se relacionam com os limites estabelecidos no art. 23, II, da Convenção - caso *Castaneda Gutman vs. México*, de 6.8.2008. Conclui-se que não é possível aplicar ao sistema eleitoral que se estabelece no estado unicamente as limitações do § 2 do art. 23 da Convenção Americana.”

16 No julgamento da ADI 3.239, o STF afirmou a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 que tratava do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

17 A referência constou até mesmo da ementa do julgado: “Nos casos *Moiwana v. Suriname (2005)* e *Saramaka v. Suriname (2007)*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.”

de 2001.<sup>18</sup> Também o Min. Luís Roberto Barroso fez referência, em seu voto, aos dois precedentes da CIDH contra o Suriname acima indicados.

Em 2018, no julgamento do RE 888.815/RS, em que o STF afirmou não existir direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, foram utilizados como reforço argumentativo decisões de tribunais estrangeiros e da CEDH. O voto vencido do Min. Luís Roberto Barroso lembrou que a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Konrad vs. Germany*, declarou que a proibição do *homeschooling* enquadrava-se na margem de apreciação dos Estados-membros sobre o direito à educação, nos termos do Protocolo 1, art. 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sem, contudo, proibir os demais Estados-membros da União Europeia a adotarem postura diferente em relação ao ensino doméstico. O mesmo precedente da CEDH foi citado pelo voto do Min. Edson Fachin, embora para chegar à conclusão diversa daquela proposta pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Na ADPF 444, sobre condução coercitiva de suspeitos de cometimento de delitos, houve igual menção a precedentes da CEDH para destacar a necessidade de se manter a discrição das atividades de investigação criminal.<sup>19</sup> Já no ARE 654.432, em que se decidiu pela impossibilidade de greve para servidores da área da segurança pública, foi citado precedente

---

18 A esse respeito, a Ministra Rosa Weber afirmou: “Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awastinguí*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental”.

19 O voto do Ministro Gilmar Mendes afirmou o seguinte: “Apreciando casos semelhantes, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que, tendo em vista a liberdade de informação, as autoridades públicas podem dar ao conhecimento do público em geral as investigações em andamento, inclusive mediante entrevistas aos órgãos de comunicação social. No entanto, em razão da presunção de inocência, assegurada pelo artigo 6º, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as autoridades públicas devem fazê-lo com “a discrição e a circunspeção necessárias” (caso *Allenet de Ribemont v. França*, § 38). A Corte Europeia considerou que o dever de circunspeção alcança mesmo o Ministério Público (caso *Butkevičius v. Lituânia*, § 50). Em suma, entende-se que as palavras escolhidas pelos agentes públicos ao expressar suas opiniões não devem “encorajar o público a crer que o acusado é culpado e prejudicar a avaliação dos fatos pela autoridade judicial competente” (caso *Butkevičius v. Lituânia*, § 53). Em mesmo sentido são os precedentes dos casos *Fatullayev v. Azerbaijão*, § 159; *Garycki v. Polónia*, § 69; *Daktaras v. Lituânia*, § 41; *Arrigo and Vella v. Malta*; e *Khuzhin and Others v. Rússia*, § 94.”

da CEDH (*Handyside vs. Reino Unido*) em *obter dictum* não relevante para o julgamento da causa.

Por sua vez, na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo 1.054.490/RJ, o STF reconheceu a existência de repercussão geral em recurso extraordinário que discute a admissibilidade de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, na esteira do voto do Relator, Min. Luís Roberto Barroso, que analisou o disposto no art. 14, § 3º, V, da Constituição (exigência de filiação partidária, na forma da lei), à luz do Pacto de São José da Costa Rica.

Para o relator, haveria plausibilidade na alegação de que a Constituição brasileira, ao exigir a filiação partidária como condição de elegibilidade, estaria em rota de colisão com o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992), que rejeita o estabelecimento de qualquer condição de elegibilidade que não se funde em “motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal” (art. 23). Em voto divergente, o Min. Gilmar Mendes pontuou jurisprudência da CIDH “afirmando claramente que a indicação do respeito aos direitos humanos, quanto ao modelo de concorrência, diz também com as peculiaridades culturais de cada país” (BRASIL, 2017).

Ao decidir pela constitucionalidade do ensino religioso de caráter confessional no âmbito de escolas públicas, o STF novamente suscitou precedentes da CIDH, nos votos dos Min. Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Edson Fachin<sup>20</sup>. O voto do Min. Luís Roberto Barroso, em particular, citou o precedente firmado pela CIDH

<sup>20</sup> Para exemplificar a dificuldade de implementação de um ensino neutro e laico sobre religiões, o Min. Luís Roberto Barroso teceu considerações sobre os casos *Folgero e outros vs. Noruega*, de 2007, e *Zengin vs. Turquia*, de 2007, analisados pela CEDH. Na mesma linha foi o voto do Min. Ricardo Lewandowski, que se valeu, como reforço argumentativo, dos casos da CEDH citados pelo Min. Luís Roberto Barroso, além de outros (ex: *Exército da Salvação de Moscou vs. Rússia e Lautsi and Others vs. Italy*). Já o Min. Gilmar Mendes suscitou o caso *Lautsi and Others vs. Italy*, de 2011, da CEDH. Reportou-se igualmente a decisões diversas do Tribunal Constitucional Alemão e da Suprema Corte dos Estados Unidos. A seu turno, o Min. Edson Fachin, embora tenha se referido aos casos da CEDH já mencionados e ao caso “*A última tentação de Cristo*” da CIDH, afirmou que, ainda que os tratados de direitos humanos tenham natureza constitucional, o que “*impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar (...) não há necessária submissão de uma ordem à outra*”. Por outro lado, como reforço argumentativo à existência de uma dimensão pública da expressão religiosa como parte imanente do direito à liberdade de religião, citou trecho do caso *Kokkinakis vs. Grécia*, da CEDH e o art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a liberdade de o indivíduo professar e divulgar sua religião tanto em público como em privado. Concluiu pela possibilidade de que o estudo religioso em escolas públicas tenha caráter confessional, tendo sido acompanhado pela maioria da corte.

no caso *A última tentação de Cristo* – no qual se afirmou que a censura prévia permitida pela Constituição do Chile violava o direito convencional à liberdade de expressão –, para defender a exigência de neutralidade do Estado em relação ao ensino religioso nas escolas públicas.

No julgamento da Extradução 1.327 AgR/DF, em 2017, a Primeira Turma do STF, em decisão unânime, negou extradição de acusado da prática de crimes de lesa-humanidade no contexto da ditadura militar argentina de 1976. Para tanto, o STF se baseou na Lei da Anistia brasileira e na ocorrência de prescrição. Nesse julgamento, foi expressamente desconsiderada a condenação imposta pela CIDH ao Brasil no caso *Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia), de 2010<sup>21</sup>, sob o fundamento de que o STF já havia declarado a constitucionalidade da Lei da Anistia no julgamento da ADPF 153.

Também em 2017, o STF, em julgamento conjunto de dois recursos extraordinários (RE 646.721 e 878.696), declarou a inconstitucionalidade incidental da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Nesses precedentes, houve breve referência aos casos *Loayza Tamayo vs. Peru e Cantoral Benavides vs. Peru*, notadamente na parte em que foram feitas alusões à “proteção jurídica conferida ao projeto de vida”, sem maiores repercussões quanto aos efetivos fundamentos do acórdão. A Min. Rosa Weber, a seu turno, citou julgamento da Suprema Corte estadunidense no caso *Obergefell vs. Hodges*, de 2015.

Em outra ocasião, no julgamento do HC 125.101, o Min. Gilmar Mendes citou o caso *Radilla-Pacheco vs. México*, de 2009, em que se reconheceu o direito de as vítimas participarem dos procedimentos criminais, inclusive para exercerem seus direitos à verdade e à justiça, como reforço argumentativo concernente a aspecto lateral para o julgamento da causa.

Ainda em 2017, no RE 580.252, em que se discutiu a responsabilidade civil do Estado em face da existência de condições degradantes nos presídios brasileiros, o Min. Celso de Mello citou precedente da Suprema Corte

---

21 No referido julgado da CIDH, que tratou dos crimes atribuídos ao Brasil durante a “Guerrilha do Araguaia”, a corte internacional expressamente considerou a lei de anistia como obstáculo à efetivação de direitos humanos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e impôs diversas determinações contra o estado brasileiro (acesso a informações, dever de indenização aos desaparecidos, obrigação de investigar fatos, julgar e, se o caso, punir os responsáveis, oferecer tratamento médico e psicológico/psiquiátrico às vítimas e familiares etc).

estadunidense (caso *Brown vs. Plata*, de 2011<sup>22</sup>). Mencionou igualmente orientação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas, de 2011). A Min. Rosa Weber, por sua vez, referiu-se a precedente da CEDH, que obrigou a Itália a adotar medidas para diminuir a superlotação de presídios, especialmente por meio de reparação in natura do dano moral, com remição de um dia de pena para cada dez dias de detenção em condições degradantes.

Já na Extradução 1.362/DF, o Min. Gilmar Mendes invocou precedentes da CIDH (*Wong Ho Wing vs. Peru*, de 2015) e da CEDH (*Trabelsi vs. Bélgica*, de 2015) sobre os direitos dos extraditados como reforço argumentativo a seu entendimento. Citou, ainda, os casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 2006, e *Gomes Lund vs. Brasil*, de 2010. Ressaltou, em seu voto, a pertinência de o STF “manter o debate numa perspectiva de diálogo entre as cortes” (BRASIL, 2016). O Min. Celso de Mello destacou os casos *Barrios Altos vs. Peru*, de 2001, *Loayza Tamayo vs. Peru*, de 1998, e *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 2006, por meio dos quais se proclamou a incompatibilidade absoluta, com os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia a agentes unicamente estatais, relativamente aos atos praticados nos períodos ditatoriais nos países latino-americanos<sup>23</sup>. Os Min. Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso também debateram, sem consenso, sobre o dever de deferência e a vinculação do Brasil a decisões de cortes internacionais<sup>24</sup>.

---

22 Em que se considerou como ofensa à vedação à pena cruel o excesso populacional no sistema penitenciário do Estado da Califórnia

23 Porém, consignou igualmente que o Brasil não aderiu à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Em seguida, concluiu no sentido de que “somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir”.

24 O Min. Luiz Fux consignou expressamente que “as normas da Constituição da República não podem ser afastadas por meio ou a título de adesão a tratados, convenções ou decisões de Cortes Internacionais que cuidem de direitos humanos”. Por outro lado, aduziu o Min. Ricardo Lewandowski, que ficou vencido, que “a Suprema Corte do Brasil não pode mais ficar alheia ao que se passa nas cortes internacionais, o que ocorre nas comissões de proteção dos direitos humanos, nos organismos multinacionais”. Já o Min. Luís Roberto Barroso destacou que quem decide se o Direito Internacional será aplicado no Brasil é o Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, decidir pela incidência das normas internacionais não implica subalternidade da ordem jurídica interna, mas sim uma decisão soberana de, em determinada situação, fazer prevalecer o Direito Internacional.

No ano de 2016, no julgamento a respeito da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação criminal por decisão colegiada em grau de apelação (HC 126.292), houve referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>25</sup> e ao cenário internacional. O tema foi revisitado no julgamento da Medida Cautelar na ADC 43/DF, com referências a diversas decisões da CIDH nos votos do Min. Edson Fachin<sup>26</sup> e a cortes estrangeiras, como reforço argumentativo, pelo Min. Teori Zavascki, que reiterou sua manifestação proferida no HC 126.292<sup>27</sup>.

Na ADI 2404/DF, acerca da inconstitucionalidade de parte do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente que previa sanções para a transmissão de espetáculos em horário diverso do autorizado (para fins de proteção ao menor de dezoito anos), houve referência a decisões da Suprema Corte estadunidense (voto da Min. Rosa Weber e do Min. Edson Fachin), da CIDH (voto do Min. Edson Fachin e do Min. Teori Zavascki) e da CEDH (voto do Min. Edson Fachin), como reforços argumentativos à tese de que não cabe a vedação de exibição, mas sim advertências sobre o conteúdo considerado inadequado pelo órgão estatal competente.

Em decisão sobre a descriminalização do aborto voluntário praticado nos primeiros três meses de gestação, no HC 124.306, o

---

25 Eis excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki no precedente acima citado: “Positivado no inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece: ‘Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa’”.

26 O Min. Edson Fachin, em seu voto, pontuou a condenação sofrida pelo no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2001, no caso *Maria da Penha*, em que se destacou a ineficiência do sistema de proteção penal a direitos humanos básicos da vítima, e o acordo firmado pelo Brasil junto à mesma comissão no caso *Meninos Emascarados do Maranhão*, de 2006. Citou, outrossim, as condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2009 no caso *Sétimo Garibaldi vs. Brasil*, por ausência de resposta justa e efetiva sobre o ocorrido (homicídio de Sétimo Garibaldi), e no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 2006, pela ineficiência em investigar e punir os responsáveis. Aduziu, igualmente o caso *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*.

27 Eis excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki no precedente citado: “Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), ‘em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema’. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduz: ‘a) Inglaterra. (...) b) Estados Unidos. (...) Canadá (...) Alemanha (...) França (...) Espanha (...) Argentina (...)’.

Min. Luís Roberto Barroso, no voto-condutor do aresto, mencionou precedentes dos EUA, da Austrália, do Canadá e da Alemanha. A seu turno, a Min. Rosa Weber abordou a jurisprudência estadunidense, da CEDH e da CIDH.<sup>28</sup> Em passagem importante do seu voto, a Ministra afirmou que:

não obstante as decisões tomadas por outras jurisdições constitucionais não seja vinculante em nossa ordem constitucional, servindo como exemplo, devemos ter em consideração, com mais força normativa, a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por conseguinte, a interpretação dada por esta acerca do alcance dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e vida privada

---

28 O voto da Ministra Rosa Weber fez uma síntese analítica do precedente firmado pela CIDH no julgamento caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*: “A Corte Interamericana de Derechos Humanos, por sua vez, teve a oportunidade de enfrentar a questão da fronteira entre o direito à autonomia pessoal, saúde sexual, direito ao planejamento familiar e vida privada, direito à integridade pessoal, e não discriminação e o direito à proteção do embrião, no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, cujo julgamento ocorreu no ano de 2012. Nesse caso, a Corte Interamericana analisou os efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica, mediante a qual declarou inconstitucional o Decreto executivo nº 24029-S, que regulava a técnica de fecundação *in vitro* no país, fato jurídico este que implicou a interrupção do tratamento médico pelas mulheres que haviam iniciado ou mesmo o deslocamento destas para outros países que permitiam referido tratamento. (...) Com efeito, o caso concreto julgado pela Corte Interamericana não analisou a questão do aborto e suas derivações, porque o caso envolveu a possibilidade de fecundação *in vitro* pelas mulheres. Todavia, ao resolver o problema jurídico e entender pela responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica por ter vulnerado direito à vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal, na aceção da autonomia pessoal, a saúde sexual, o direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico, definiu o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida. [6] [6] E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto. Em outras palavras, a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas: a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar; b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é lícitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida; c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o exercício adequado deste direito; d) definição do alcance do artigo 4.1, em atenção aos conceitos “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “geral”, a partir de uma interpretação sistemática e histórica, evolutiva e de acordo com o objeto e finalidade do Tratado internacional. (...) Como resultado, entendeu a Corte Interamericana que a proteção do direito à vida com fundamento no artigo 4.1 não é absoluta, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, de modo que não constitui um dever absoluto e incondicional, cabendo exceções à regra geral. Pois bem. Como afirmado, conquanto o caso não verse sobre o aborto especificamente, os fundamentos jurídicos subjacentes à decisão nos permitem inferir conclusões acerca do alcance interpretativo do direito à vida e sua relação com os direitos à liberdade privada, autonomia reprodutiva da mulher, e vedação de discriminação indireta de gênero e capacidade econômica.”

e reprodutiva da mulher em confronto com o direito à tutela da vida intrauterina, em decorrência do controle de convencionalidade.

Na ADPF 378-MC, um dos fundamentos invocados pela parte autora foi no sentido de se aplicar ao processo de *impeachment* as garantias da ampla defesa previstas no processo penal, inclusive com direito à defesa prévia ao juízo de admissibilidade, com fundamento em julgados da CIDH. O STF, embora sem negar respeito à jurisprudência da CIDH, refutou o pedido sob o fundamento de que o procedimento do *impeachment* já observava o direito à ampla defesa, cujo conteúdo não abrange inexoravelmente defesa prévia à análise da admissibilidade da imputação.

O STF, quando do julgamento do pedido cautelar na ADPF 347/DF — ocasião em que o STF declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro —, decidiu pela observância obrigatória pelos juízes e tribunais dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando-se a realização, em até 90 dias, de audiências de custódia, de forma a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas a partir do momento da prisão. Nesse cenário, o STF reconheceu o reiterado descumprimento das normas convencionais pelo Estado brasileiro, determinando seu cumprimento. Na hipótese, pode-se dizer que o STF, ainda que em sede de cognição sumária, realizou controle de convencionalidade e de constitucionalidade, ao verificar o descumprimento das referidas normas internacionais e da Constituição brasileira. No caso, as normas convencionais desrespeitadas densificam aspectos relevantes de diversas normas constitucionais, especialmente daquela que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, CF/88).

Em 2015, na apreciação da ADI 4.815/DF, em que se reconheceu a inexigibilidade de autorização da pessoa biografada para a edição de obras biográficas literárias ou audiovisuais, igualmente houve menção a precedentes da CIDH (Min. Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso), da CEDH (Min. Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber), e a julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do Tribunal Constitucional Alemão.

No RE 591.054, o STF, em sede de repercussão geral, reiterou seu entendimento no sentido da impossibilidade de utilização de inquéritos e processos criminais em curso na definição dos antecedentes criminais para fins de dosimetria da pena. Em seu voto, o Min. Marco Aurélio destacou

precedentes da CIDH e da CEDH,<sup>29</sup> como reforço argumentativo, além de invocar o disposto no art. 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica, quanto à presunção de inocência, e mencionar pronunciamentos do Comitê de Direitos Humanos da Nações Unidas e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

## 2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES DA CIDH PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O diálogo do STF com os precedentes da CIDH, além de incipiente, não apresenta uniformidade metodológica.<sup>30</sup> A baixa quantidade de referências aos precedentes da CIDH é marcada, em geral, pelo objetivo de oferecer mero reforço argumentativo aos fundamentos de natureza constitucional das posições defendidas pelos ministros do STF (CONCI; GERBER, 2016). Tal como afirmou Patrícia Mello (2019, p. 273),

a compreensão sobre a autoridade da Corte IDH e sobre a relevância de conhecer seus precedentes é objeto do mesmo baixo ritmo de institucionalização do direito internacional dos direitos humanos que já se experimentava antes. O nível de conhecimento sobre o mecanismo do controle de convencionalidade – tanto do que tem curso âmbito da Corte IDH, quanto do que poderia ter curso no âmbito dos órgãos

29 A passagem do voto que faz referência a esses precedentes está assim vazada: “Na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6 , promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso Cabrera García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se manifestou acerca do tema nas muitas vezes em que foi chamado a interpretar o sentido e o alcance do item 2 do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Asseverou não se limitar o conteúdo da norma a uma garantia de processo, isso por se revelar de observância obrigatória a toda e qualquer autoridade pública – juízes, representantes do Ministério Público, ministros de Estado, parlamentares, policiais, entre outros – impossibilitando, assim, que um representante do Estado venha a declarar a culpa de uma pessoa antes de o Poder Judiciário estabelecê-la em definitivo.”

30 Carlos Horbach já havia alertado, em termos mais gerais, para a ausência de critério metodológico seja quanto à verificação da similitude dos fatos regulados seja quanto à definição do peso normativo atribuído aos precedentes estrangeiros. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 2015, n. 2, p. 193-210, 2015.

judiciais brasileiros – ainda é baixo. Os advogados não argumentam com base no direito internacional dos direitos humanos. Os juízes não decidem com base em suas normas, que, para o conhecimento jurídico comum, segue sendo um elemento estranho e muito pouco familiar.

Na quase totalidade dos casos examinados, a referência aos precedentes da CIDH não vem acompanhada de qualquer preocupação em explicitar o peso normativo que tais precedentes assumem na solução dos casos examinados pelo STF. Permanece válida a advertência de que, diferentemente do que se verifica em países como a Colômbia (MELLO; CHEVITARESE, 2018, p. 286-312), o Chile (MELLO; CHEVITARESE, 2018, p. 275-294) e o México (MELLO; CHEVITARESE, 2018, p. 252-280), não se criou, no Brasil, uma cultura de consulta sistemática, e menos ainda de valorização, dos precedentes da CIDH (MELLO, 2019, p. 273).

Além disso, a citação de precedentes da CIDH não obedece a qualquer padrão metodológico e constitui, nos casos em que se apresenta, pontual desvio da tradição jurisprudencial do STF de não valorizar as posições firmadas por aquela corte sobre problemas comuns às esferas nacional e supranacional. Por outro lado, ao mesmo tempo em que cresce a tendência de levar a sério o dever de consideração dos precedentes da CIDH nos julgamentos nacionais, controverte-se a respeito do peso que a jurisprudência supranacional deve ter na solução dos casos apresentados ao juiz nacional.

Não se observou diferença significativa entre o tratamento dado aos precedentes da CIDH, a cuja jurisdição o Brasil formalmente se submete, e o dado aos julgados da CEDH. A citação de precedentes da CEDH volta-se prevalentemente à atribuição de autoridade aos fundamentos adotados pelos juízes constitucionais. A maior parte das citações não passa de breve menção a um aspecto de determinado precedente da CEDH. Daí a relevância da advertência de Varela, para quem essa progressiva utilização de precedentes das Cortes supranacionais não se constitui como um

processo democrático, multilateral ou sempre presente nos diferentes países, mesmo nos países que mais influenciam o mundo. Escolher respeitar ou citar tribunais é em si uma atividade seletiva, de exclusão. Ao eleger um tribunal ou forma de pensar o direito, como fonte de inspiração para o caso concreto nacional, excluem-se outras opções possíveis. Os critérios de seleção vêm em geral da busca de legitimidade para decisões já tomadas, ou seja, da simples busca de

fontes estrangeiras que confirmem a decisão anterior; do país de origem da formação acadêmica do magistrado; do prestígio e da circulação de ideias em determinados países onde o tema é mais desenvolvido; da consolidação de posições estrangeiras majoritárias com a real percepção de uma comunidade global de juízes; ou da simples influência política de nações mais fortes sobre nações periféricas. (VARELLA, 2013, p. 231)

De qualquer forma, convém ressaltar o fato de que, diante de uma decisão internacional que confere determinada interpretação jurídica a um conceito jurídico, o Poder Judiciário dos Estados nacionais pode se sentir constrangido a alterar suas posições (VARELLA, 2013, p. 115). Esse efeito persuasivo dos precedentes firmados pela CIDH constitui fenômeno incipiente, mas de crescente relevância na jurisdição constitucional brasileira.

Interessante notar que a utilização dos precedentes da CIDH — à qual se submete o Estado brasileiro por força da Convenção Americana de Direitos Humanos — não difere muito da referência aos precedentes da CEDH. O Supremo Tribunal Federal utiliza os precedentes de ambas as cortes supranacionais indistintamente, sem procurar traçar uma clara diferença, em termos de força persuasiva ou condições de vinculação jurídica, entre os precedentes da CIDH e da CEDH. É o que se deu, por exemplo, nos julgamentos da ADI 4.815/DF, do RE 591.054 e da Extradução 1.362/DF.

Não parece admissível, considerada a submissão do Brasil à jurisdição contenciosa da CIDH, equiparar, para todos os efeitos, a utilização dos seus precedentes aos produzidos pela CEDH. O fato de que o STF utiliza com a mesma metodologia precedentes da CIDH e da CEDH pode ser explicado pelo uso majoritariamente retórico da jurisprudência internacional. Um esforço de racionalização do emprego de precedentes estrangeiros — em especial das cortes internacionais de direitos humanos — certamente redundará na adoção de metodologias bastante diferentes, tanto em relação à exigência de consideração dos fundamentos das decisões de cada um desses tribunais como no que diz respeito ao peso normativo atribuído a elas pelo juiz nacional.

Não faz parte da prática recente da utilização da jurisprudência internacional pelo Supremo Tribunal Federal a discussão a respeito da vinculação da jurisdição constitucional à CIDH ou à jurisprudência supranacional. É verdade que o diagnóstico feito por Virgílio Afonso da Silva, em 2010 (p. 259), de que o STF dava, àquela altura, ínfima atenção

às decisões da Corte Interamericana, já não mais corresponde ao estado da arte do incipiente diálogo do STF com a CIDH. Tem crescido a preocupação dos Ministros — com destaque especial para os Min. Edson Fachin, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso — em identificar os precedentes da CIDH sobre os problemas comuns e considerar seus fundamentos em seus votos.

Desde a primeira referência à jurisprudência da CIDH em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2008, na ADPF 144, até o presente momento, contabilizam-se 71 precedentes da nossa Corte constitucional que mencionam explicitamente julgados da CIDH<sup>31</sup>, 70% deles apenas nos últimos cinco anos.

A progressiva utilização dos precedentes da CIDH pelo Supremo Tribunal Federal — o processo de crescimento em quantidade e qualidade das citações dos precedentes da jurisdição supranacional desenvolve-se a passos lentos no Brasil — tem demonstrado uma tendência, embora ainda não consolidada, de reconhecimento de um dever de consideração dos precedentes firmados pela CIDH quando da discussão interna das mesmas controvérsias jurídicas. A premissa para que se realize esse diálogo entre STF e CIDH só pode ser a de que inexistente relação vertical entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, ou seja, de que não existe supremacia hierárquica automática das decisões tomadas pela Corte IDH em detrimento daquelas nacionais (CONCI, 2014).

Esse dever de consideração consolidou-se na jurisprudência alemã, especialmente no Tribunal Constitucional Alemão, para quem as decisões da CEDH, apesar de não vincularem formalmente os tribunais alemães, possuem um valor argumentativo elevado (SILVA, 210, p. 531).

O dever de consideração dos precedentes da CIDH pelo Supremo Tribunal Federal remete às chamadas “*chances de aprendizado*” (NEVES, 2010, p.203-222) entre as cortes constitucionais e o tribunal supranacional. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p.451) afirmam que atualmente “há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo”. Referem-se, ainda, ao fato de que se ampliou a possibilidade de integração efetiva não apenas econômica ou política entre os países e organizações

---

31 O resultado foi obtido por meio de pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF realizada em 20.9.2019.

internacionais, mas também a integração discursiva, de forma que os argumentos utilizados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados para a tomada de decisões pelos tribunais nacionais em matéria constitucional (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p.451).

A tendência de construção de um discurso transnacional<sup>32</sup> pelos juízes nacionais, e em especial pelo Supremo Tribunal Federal, parece, entretanto, fenômeno irreversível, notadamente no âmbito da proteção de direitos humanos. É perceptível a tentativa de juízes constitucionais, inclusive no Brasil, de integrar uma espécie de “comunidade informal de juízes, por meio do intercâmbio de formas de pensar o direito, da aplicação do direito internacional em cortes nacionais, da aplicação de decisões com efeitos extraterritoriais” (VARELLA, 2013, p. 218). Varella (2013, p. 219) afirma, a propósito, que:

num primeiro momento, o diálogo entre juízes permite conhecer o direito do outro, diminuir distâncias, eventualmente contribui para a criação de uma gramática jurídica comum. Neste caso, reforça-se o processo da construção de um direito mundial pluralista, onde se conhece o outro, ainda que se mantenha a diferença. Em um segundo estágio, aproxima os direitos nacionais, gerando interpretações comuns, embora fundadas em normas nacionais diferentes. Em um terceiro momento, caso realmente exista a fertilização cruzada, os juízes funcionariam como pontes de eliminação de antagonismos entre diferentes subsistemas jurídicos, eliminando aparentes conflitos entre normas e jurisdições.

Souza Neto e Sarmento (2012, p. 398) denominam essa tendência crescente e positiva de invocação do direito internacional dos direitos humanos e do direito comparado na interpretação constitucional de *princípio do cosmopolitismo*.

A constatação de que o Supremo Tribunal Federal dissentiu da orientação jurisprudencial da CIDH em casos particulares – entre os quais se destaca o polêmico julgamento da ADPF 153, que culminou no reconhecimento da compatibilidade com a Constituição da lei de anistia na parte em que garantiu a impunidade dos agentes do regime militar que cometeram crimes graves – “não infirma a existência do princípio do cosmopolitismo nesse campo”, pois tal princípio não vincula de modo

32 Luís Roberto Barroso afirma que “com a expressão ‘discurso transnacional’ quer-se significar a menção e o uso argumentativo de jurisprudência estrangeira e internacional pelo Judiciário de um determinado país.” (BARROSO, 2012, p. 131).

absoluto os intérpretes da Constituição aos tratados internacionais e às orientações jurisprudenciais das cortes internacionais a seu respeito (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 453). O mais grave não é a divergência entre o STF e a CIDH, mas a falta da devida consideração recíproca dos fundamentos adotados por cada uma das cortes.

Com efeito, mais relevante do que sugerir um critério rígido de vinculação da jurisprudência nacional à internacional é remarcar o dever de consideração recíproco dos argumentos constitucionais e convencionais de proteção aos direitos humanos. Como acentua Luís Claudio Martins de Araújo (2018, p. 935):

a criação de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento de decisão coletiva, compatível com as diferentes concepções de uma sociedade pluralista, passa a transformar o discurso dos direitos fundamentais e dos Direitos humanos, de um monólogo judicial, em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos e a tomada de decisões.

A recusa à adoção de uma hierarquia rígida entre a CIDH e os juízes nacionais implica o reconhecimento de uma abertura discursiva para a divergência entre as instâncias locais e supranacionais de proteção de direitos humanos. Partindo dessa premissa, o problema principal passa a se situar em outro plano: a identificação de parâmetros materiais de controle a serem utilizados pelo juiz nacional no momento de decidir pela adesão ou não à jurisprudência da CIDH.

Queralt Jiménez, referindo-se ao controle de convencionalidade europeu, categorizou os usos interpretativos do parâmetro jurisprudencial supranacional pelas Cortes constitucionais, levando em consideração a gradação em sua intensidade, da seguinte forma: (i) como argumento de autoridade *ad abundantiam*; (ii) como argumento de autoridade complementar; (iii) como incorporação de pautas interpretativas e de incorporação de conteúdos; (iv) como desenvolvimento de um incipiente *ius commune* supranacional em matéria de direitos e liberdades (JIMÉNEZ, 2007, p. 435-438). O uso dos precedentes da CIDH pelo STF parece envolver primordialmente as duas primeiras hipóteses e, apenas marginalmente, a terceira e quarta.

No julgamento da ADPF 153, embora a maioria dos juízes do Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado pela recepção da Lei

da Anistia pela Constituição sem considerar a jurisprudência da CIDH firmada em sentido contrário, o voto vencido do Min. Ricardo Lewandowski mencionou dois precedentes da CIDH a respeito do tema.

Em 2014, o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) apresentado ao STF na ADPF 320 no sentido da necessidade de alteração do resultado do julgamento da ADPF 153 reacende o debate e abre caminho para a sofisticação do diálogo com a CIDH. Isso porque a PGR faz expressa referência ao descumprimento da sentença do caso *Gomes Lund* e outros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil* proferida pela CIDH. Ainda no âmbito da referida ADPF, nova manifestação do Ministério Público<sup>33</sup> ressaltou o dever de o Estado brasileiro investigar e punir as graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar, sem que se possa invocar óbices relativos à prescrição, ao princípio *ne bis in idem*, a leis de anistia ou a quaisquer disposições análogas ou excludentes similares de responsabilidade (parágrafo 232). Fez-se ainda expressa referência à necessidade de o Supremo Tribunal Federal intervir para que o Poder Judiciário efetivamente observe as determinações da CIDH.

A opção pela manutenção da posição antes firmada no sentido da recepção da Lei da Anistia pela Constituição — ou seja, pela rejeição dos embargos de declaração opostos pela OAB — impõe ao STF um maior ônus argumentativo e pode encontrar amparo em um modelo dialógico apto a reforçar os laços de integração supranacional do Brasil com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

O caso revela uma interessante oportunidade de avanço na utilização, pelo STF, de um consistente discurso transnacional, levando em conta a orientação jurisprudencial da CIDH. Isso ainda que seja para não a adotar por meio de fundamentação sólida que dialogue de maneira transparente com a decisão da CIDH<sup>34</sup>.

---

33 Manifestação do Ministério Público realizada no ano de 2019, subscrita pela então Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, acrescentando expressa referência à decisão proferida pela CIDH no caso *Herzog e Outros vs. Brasil*, em que a Corte internacional, reiterando o que restou decidido no caso *Gomes Lund vs. Brasil*.

34 Em sentido contrário, SALDANHA e BRUM defendem a tese da inaplicabilidade da margem nacional de apreciação (MNA) aos casos das leis de anistia, “em face da inexistência de interpretação aceitável das disposições convencionais que admita a instituição de leis de anistia para crimes de lesa humanidade, não havendo espaço hermenêutico para o reconhecimento da margem nacional de apreciação” (2015, p. 195-238).

Permanecem válidos, em grande medida, os diagnósticos produzidos em 2016 (CONCI; GERBER, 2016) e 2017 (SCHÄFER; RIOS; LEIVAS; GOMES, 2017) de que a invocação dos precedentes da CIDH pelo STF se dá, em geral, como simples reforço argumentativo das teses invocadas pelos Ministros. Contudo, é preciso observar que há sinais de mudanças importantes no comportamento dos Ministros do STF em relação ao tratamento dado aos precedentes da CIDH. Em casos relevantes — como aqueles que realizam controle de legitimidade do delito de desacato (HC 141.949/DF), da exigência de diploma de jornalista para o exercício da atividade (RE 511.961) e da possibilidade de a pessoa transgênero alterar seu prenome e sexo no registro civil, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros (ADI 4.275/DF) —, o STF realizou um verdadeiro diálogo com a jurisprudência da CIDH, analisando de maneira cuidadosa os precedentes supranacionais na busca por uma harmonização das ordens jurídicas constitucional e convencional. Além disso, a recente determinação, pelo Min. Edson Fachin, de audiência pública para discutir estratégias de redução da letalidade policial no Estado do Rio de Janeiro revela um caso interessante de diálogo entre jurisdição constitucional e convencional, uma vez que o descumprimento pelo Estado-membro da decisão da CIDH foi considerado como elemento decisivo para a atuação do STF na matéria (ADPF 635).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não faz parte da tradição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal o diálogo sistemático com os precedentes firmados pela CIDH. A crescente utilização dos precedentes convencionais é marcada pelo uso seletivo de precedentes que servem, em geral, apenas para confirmar ou imputar maior grau de autoridade ao ponto de vista defendido com base em outros fundamentos. Além disso, o STF não pratica o diálogo com a CIDH nos casos em que se afasta da orientação jurisprudencial prevalecente no âmbito convencional.

A despeito disso, é cada vez mais frequente o engajamento do STF em verdadeiro diálogo com a CIDH. A referência às decisões da CIDH tem crescido não só em quantidade como também em qualidade, uma vez que há casos importantes em que o STF efetivamente realizada adequadamente o dever de consideração dos fundamentos das decisões supranacionais.

É preciso recordar, contudo, que a abertura para o diálogo — por si só relevante no contexto de constitucionalismo transnacional — possui uma especificidade quando em jogo a relação entre a CIDH e os juízes

nacionais: o Brasil submete-se à jurisdição contenciosa da CIDH<sup>35</sup> e participa no cenário internacional de uma proposta de integração normativa latino-americana<sup>36</sup>. Daí porque se mostra relevante que o STF, ao se valer de precedentes da CIDH, determine com clareza o peso normativo conferido a essas decisões supranacionais. Embora não haja sinais de aceitação por parte do STF de um dever de observância obrigatória dos fundamentos das decisões da CIDH, deve-se apostar na realização metodologicamente controlada de um dever de consideração, por todos os juízes e tribunais brasileiros, dos precedentes da CIDH.

Esse efetivo dever de consideração dos precedentes da CIDH não significa submissão ou necessária adesão das cortes nacionais ao entendimento da CIDH, especialmente nos casos em que tal incorporação possa resultar em prejuízo à identidade nacional. A proposta apresentada nesse artigo é de que a solução para casos de tensão entre o regime nacional e internacional de direitos humanos envolva articulação, interação e diálogo entre ordens e regimes não hierarquicamente coordenados. Não se reconhece uma fórmula hierárquica e, portanto, apriorística, de solução das possíveis divergências entre a jurisprudência nacional e supranacional<sup>37</sup>. Ao contrário, o aperfeiçoamento do diálogo entre a jurisdição constitucional doméstica e a jurisdição supranacional de proteção de direitos humanos exige não apenas que os juízes e tribunais nacionais sejam mais atentos ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e às decisões de cortes supranacionais, como também o contrário. O diálogo, como o próprio nome já indica, deve envolver reciprocidade de trocas, com possibilidade de aprendizado por parte de todos os envolvidos.

35 O Brasil aceitou a se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas com a condição de que a CIDH só poderia julgar o Brasil em relação a fatos praticados posteriores a 10 de Dezembro de 1998, conforme prevê o art. 10 do Decreto no 4.463, de 8 de novembro de 2008: “Art. 10 É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”

36 Vale registrar o que dispõe o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que expressamente assinala que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

37 E, nesse ponto, Marcelo Neves ainda acrescenta que, nos processos transversais de articulação, a identidade de cada uma das diversas ordens jurídicas entrelaçadas “é reconstruída enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (VON FOERSTER, 1981, p. 288-309). Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de alter e ego, que “eu vejo o que tu não vês” (LUHMANN, 1990, p. 228-234), cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (NEVES, 2014, p. 211).

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA-GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.

*Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos, de 16.12.1966.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 8 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: *Revista dos Tribunais*, v. 919, maio, 2012, p. 131.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Extradicação 1.327 Distrito Federal*. Prisão preventiva – Extradicação – Dupla punibilidade – Não ocorrência. (...) Relator: Min. Marco Aurélio. 27 jun. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13504101>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro*. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Marco Aurélio. 09 ago. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 125.101 São Paulo*. Processual Penal Militar. Tentativa de homicídio qualificado (...) Relator: Min. Teori Zavascki. 25 ago. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864012834/habeas-corpus-hc-125101-sp-sao-paulo-9999887-932014100000/inteiro-teor-864012843?ref=serp>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 141.949 Distrito Federal*. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (...) Relator: Min. Gilmar Mendes. 13 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal*. Decreto n. 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos Quilombos. (...) Relator: Min. Cezar Peluso. 08 fev. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal*. Direito Constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. (...) Relator: Min. Marco Aurélio. 01 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 Distrito Federal*. Liberdade de expressão e pluralismo de ideias. Valores estruturantes do sistema democrático. Inconstitucionalidade de dispositivos normativos que estabelecem previa ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral. (...) Relator: Min. Alexandre De Moraes. 21 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal*. Aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (Art. 5º Incs. Iv, Ix, Xiv; 220, §§ 1º E 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (Art. 5º, Inc. X). (...) Relatora: Min. Cármen Lúcia. 10 jun. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.243 Distrito Federal*. Constitucional. Lei Federal

13.060/2014. Norma que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança. (...) Relator: Min. Alexandre De Moraes. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750429327>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal*. Direito Constitucional e Eleitoral. Art. 9º da Lei 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. (...) Relator: Min. Edson Fachin. 15 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. (...) Relator: Min. Ayres Britto. 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 Distrito Federal*. Relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva. (...) Relator: Min. Celso De Mello. 06 ago. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 Distrito Federal*. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. (...) Relator: Min. Gilmar Mendes. 14 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Extradicação 1.362 Distrito Federal*. Extradicação requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. (...) Relator: Min. Edson Fachin. 09 nov. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13525350>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal*. Constitucionalidade.

Art. 283 do Código de Processo Penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau. (...) Relator: Min. Marco Aurélio. 05 out. 2016. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/ADC-43-e-44-relatorio.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário. (...) Relator: Min. Marco Aurélio. 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 Distrito Federal*. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei n. 1.079/1950. (...) Relator: Min. Edson Fachin. 17 dez. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro*. Imitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. Relator: Min. Roberto Barroso. 03 maio 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo 1.054.490 Rio de Janeiro*. Direito Eleitoral. Agravo em Recurso Extraordinário. Candidatura avulsa. Questão de ordem. Perda do objeto do caso concreto. Viabilidade da repercussão geral. Relator: Min. Roberto Barroso. 05 out. 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770051935/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-com-agravo-qo-are-1054490-rj-rio-de-janeiro/inteiro-teor-770051945>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário com Agravo 646721 Rio Grande do Sul*. Direito Civil. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Relator: Min. Marco Aurélio. 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário com Agravo 646721 Minas Gerais*. Direito Civil. Inconstitucionalidade da distinção

de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 511.961 São Paulo*. Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. (...) Relator: Min. Gilmar Mendes. 17 jun. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul*. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. (...) Relator: Min. Alexandre De Moraes. 16 fev. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul*. Presunção de inocência. Execução Provisória da pena. Relator: Teori Zavascki. 17 maio 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 591.054 Santa Catarina*. Pena – Fixação – Antecedentes criminais – Inquéritos e processos em curso – Desinflência. (...) Relator: Min. Marco Aurélio. 17 dez. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 888.815 Rio Grande do Sul*. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do Estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relator: Min. Roberto Barroso. 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190215-04.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 929.670 Distrito Federal*. Direito Constitucional e Eleitoral. Eleições 2012.

Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição da República de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida progressa do candidato. (...) Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 01 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749587890>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro*. Realização de operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia mundial. (...) Relator: Min. Edson Fachin. 05 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 654432 Goiás*. Servidor público. Policial civil. Direito de greve. Existência de repercussão geral. (...) Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 19 abr. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629317/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-654432-go-goias/inteiro-teor-311629327>. Acesso em: 17 maio 2021.

CAVALLO, Gonzalo Aguiar. El control de convencionalidade: analyses en derecho comparado. In: *Revista Direito GV*, n. 18, p. 744.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In: *Revista de processo*, v. 39, n. 232, jun. 2014, p. 363-392.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233-277.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 17 maio 2021.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa havia las partes (res

judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos judiciais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

JIMÉNEZ, A. Queralt. Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en matéria de derechos fundamentales, en *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, número 20, 2007, p. 435-438.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio; MORAES, G. B. P. Contramajoritarismo dialógico-argumentativo e legitimação das expectativas institucionais: o papel estabilizador das cortes nas sociedades complexas. *Revista QUÆSTIO IURIS*, v. 11, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: atuação da Corte Constitucional do México na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v.4, n. 2, p. 252-280, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Chile na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v.4, n. 1, p. 275-294, 2018;

MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional da Colômbia na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v.3, n. 2, p. 286-312, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, Constitucionalismo, Transformação E Resiliência Democrática No Brasil: O Ius Constitutionale Commune Na América Latina Tem Uma Contribuição a Oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n. 9, 2019, p. 252-284.

NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 11, p. 80-92, n. 1, 2016.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 51, n. 201, jan./mar.

2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf>. Acesso em 14.09.2019.

NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von, PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 2010, p. 203-222.

PEREIRA, Jane. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 13 (2009): p. 23-53.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? In: *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. 15, jan. p. 195-238. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 15.9.2019.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Dialogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SCHAFFER, Gilberto; RAUPP RIOS, Roger; LEIVAS, Paulo Gilberto; SILVEIRA GOMES, Jesus Tupã. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais? *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, vol. 44, nº 143, p. 207-232.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI Mariela Morales (coord.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 451.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: *Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

RECEBIDO EM: 06/06/2020

APROVADO EM: 22/012/2021

# **O PARECER Nº 171-X DA CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

***OPINION Nº. 171-X OF THE GENERAL CONSULTANCY OF THE REPUBLIC AND THE POSSIBILITY OF USE OF ARBITRATION BY THE PUBLIC ADMINISTRATION***

*João Paulo Santos Borba*

*Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União e Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos de Radiodifusão e Telecomunicações.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República. 2. A Consultoria-Geral da República. 3. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. 4. A utilização da arbitragem pela Administração Pública. 5. A cláusula arbitral nos contratos concessão de serviço público de infraestrutura. 6. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo examina o memorável Parecer nº 171-X, elaborado à época pela Consultoria-Geral da República, que era o órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo. Inicialmente, aborda-se o caso concreto que justificou a emissão do citado Parecer e as peculiaridades na utilização da arbitragem pela Administração Pública à época da edição do Parecer nº 171-X. O artigo apresenta as normas legais que amparam o citado instituto e analisa aplicação atual da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público. Conclui-se que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos até os dias atuais possui relevância prática na medida em que está sendo utilizada na concessão de serviço público do setor de infraestrutura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Administração Pública. Concessão de Serviço Público. Contrato. Solução de Controvérsia.

**ABSTRACT:** The present study examines the memorable manifestation nº 171-X written at the time by the General Office of Legal Consultancy that was responsible for legal advice from the Executive Power. Initially, the specific case that justified the issuance of the aforementioned opinion and the peculiarities in the use of arbitration by the Public Administration at the time of the issuing of the opinion are addressed. The article cites the legal rules that support the aforementioned institute and analyzes its current application of arbitration by legal persons governed by public law. It is concluded that the use of arbitration in administrative contracts until today has practical relevance because it is being used in the public service concession in the infrastructure sector.

**KEYMORDS:** Arbitration. Public Administration. Public Service Concession. Contract. Conflict Solution.

## INTRODUÇÃO

A adoção de meios alternativos para solução de controvérsias vem granjeando maior relevância no sistema jurídico brasileiro, por diversos fatores, inclusive pelo assoberbamento do Poder Judiciário, e, também, por representar o avanço da sociedade que busca mecanismos eficientes para obter a pacificação social (BACELLAR, 2016, p. 148).

Dentre as espécies de múltiplas portas ofertadas para resolução de conflitos de forma alternativa (BACELLAR, 2016, p. 79-80), destaca-se a arbitragem, que consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-Juiz, estando as partes vinculadas à decisão ali proferida (GRINOVER, 2003, p. 377-385).

Diante do avanço da justiça multiportas, que também é materializada pelo manejo da arbitragem para solucionar controvérsias relacionadas à Administração Pública (MEDAUAR, 2017, p. 5-7), torna-se relevante relembrar e analisar o Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Temistócles Brandão Cavalcanti, no ano de 1955, a respeito da legitimidade na utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir seus conflitos de interesse.

### 1. O PARECER Nº 171-X DA CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A discussão sobre a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis foi enfrentada pela Consultoria-Geral da República, no ano de 1955, em razão de solicitação apresentada pelo Presidente da República.

A consulta formulada acima citada decorreu de reclamação oferecida pela Companhia São Paulo Railway sobre o não cumprimento de decisões anteriores que haviam determinado a devolução à aquela Companhia de bens não compreendidos na encampação prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 9.869, de 13 de setembro de 1946.

Em 8 de novembro de 1946, a Companhia São Paulo Railway entregou todos os bens da rede ferroviária ao Poder Público, tendo em vista a encampação prevista no referido Decreto-Lei.

Após o repasse dos bens, a referida Companhia encerrou suas atividades no Brasil, após noventa anos como concessionária de estrada de ferro.

Diante desse fato, surgiram, conseqüentemente, questões jurídicas a serem enfrentadas, dentre elas o direito de propriedade da Companhia São Paulo Railway sobre imóveis (prédios e terrenos), que eram utilizados diretamente para execução do serviço.

Com efeito, o objeto da controvérsia foi o alcance da encampação, sendo certo que o referido instituto do direito administrativo versa sobre hipótese de extinção da concessão, fundada em razões de ordem administrativa, em que o poder concedente retoma a prestação do serviço, sendo possível a transferência dos bens da concessionária ao Poder Público, mediante indenização, com a finalidade de permitir a continuidade na prestação do serviço público (CARVALHO FILHO, 2017, p.278).

A narrativa deduzida no Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República revela a existência de duas questões: uma de fato e outra de direito. A questão de fato refere-se à própria natureza e destinação dos imóveis, ao passo que a questão de direito versa a respeito da aplicação, à espécie, do contrato e da lei de encampação.

É apontado, também, no referido Parecer, que existe previsão contratual para que a solução do conflito seja dada por juízo arbitral. A admissibilidade do citado meio alternativo para dirimir controvérsias era considerada controvertida no direito brasileiro na época do Império, assim como na República, sendo certo que a cláusula arbitral era relativamente frequente em contratos de concessão, como consta no Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, que regulava as concessões de estrada de ferro.

Em seguida, é explicado que a cláusula compromissória, prevista no contrato, não constitui obrigação de recorrer à arbitragem. O compromisso representa o ato pelo qual as partes em se submeter à decisão dos árbitros.

Por sua vez, o juízo arbitral, que é instaurado mediante ato solene em que as partes fixam os limites da controvérsia, traduzindo o cumprimento do compromisso.

Cita-se doutrina pátria sobre a relação do compromisso arbitral com a transação, no sentido de que o direito de optar pela arbitragem está relacionado ao direito de transigir, e só pode transigir se for possível dispor.

Além disso, o Parecer da Consultoria-Geral da República sustenta que a possibilidade de solução do conflito a pessoas de confiança, ao invés de expor a situação perante o Estado-Juiz, é antiquíssima. Além disso, o

arbitramento é um direito natural e na origem das sociedades seria o meio mais comum e ordinário de resolver os conflitos de interesses.

A referida forma alternativa de resolução de conflitos tem como finalidade precípua permitir a aceitação da decisão arbitral e mitigar a aspereza da lide.

Com a finalidade de permitir uma melhor compreensão da utilização da arbitragem pela Administração Pública, na década de 50, cumpre transcrever os seguintes do Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Themistócles Brandão Cavalcanti (1956, p.517):

(...)

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 9 de maio de 1955 solicitou desta Consultoria Geral parecer sobre uma reclamação endereçada ao Governo pela São Paulo Railway, contra o não cumprimento de decisões anteriores que haviam determinado a devolução àquela Companhia de bens daquela estrada não compreendidos na encampação. Como não viesse a reclamação da Companhia documentada com os processos administrativos, achei necessário pedir a juntada daqueles processos.

(...)

8. A São Paulo Railway Co. Ltda., era a concessionária do serviço da estrada de ferro de Santos a Jundiaí, por força de seus contratos com o Governo, desde 26 de abril de 1856. No curso da execução desse serviço público, ela adquiriu livremente uma série de imóveis - prédios e terrenos - que passaram a constituir patrimônio próprio, dentre os quais muitos o foram para direta aplicação na execução do referido serviço, ao passo que outros por circunstâncias várias, que não configuravam essa necessidade nem sofreram essa contingência. Sobrevindo a medida da encampação, em setembro de 1946, pelo Decreto-lei n.º 9.869, de 13 desse mês, o seu artigo 1º fixou o objeto encampado ou seja “a rede ferroviária de concessão do Governo federal e de propriedade da The São Paulo Railway Company Limited, compreendendo a linha principal que vai de Santos a Jundiaí e todas as suas ramificações”. É de bem de ver que não ficaram compreendidos na medida governamental todos e quaisquer bens, direitos e interesses da concessionária, que não representassem e integrassem, do ponto de vista material e jurídico a sua rede ferroviária, constituída da linha

principal e suas ramificações. É o que dispõe o diploma expropriativo e é o que impõe a razão, visto que, como é de intuição primária, não “se concebe expropriação ou encampação “implícita”, alcançando bens por mera atração ou interpretação extensiva, sem menção formal e expressa de cada um deles”.

(...)

Se considerarmos apenas a ferrovia, isto é, a linha, o tronco ferroviário, o que estiver fora desse elemento definido naqueles termos, estará também excluído da encampação e permanecerá no domínio privado da Companhia. Mas não foi isso que se pagou, o que se indenizou, e ficou bem claro na encampação, foi o capital declarado, que corresponde ao ativo da empresa. Dir-se-á, então, que o capital declarado é o de 1901, e que, portanto, o que se adquiriu posteriormente, não se acha incluído nos termos da encampação. Há um sofisma evidente na afirmação, porque, então, ter-se-ia de excluir tudo o que constituir renovação do material depois de 1901. Não foi, entretanto, bem isto o que fez o Governo brasileiro, quando considerou em sua integralidade tudo quanto se refere à linha tronco e ramificações.

(...)

Em relação à São Paulo Railway, a lei não cuidou de discriminar esses bens, deixou em aberto um problema, que colocou mesmo, em termos contraditórios, na base de uma incorporação de uma ferrovia, e da indenização do capital. Daí a pergunta sugerida pelas observações de Vedel, se foi apenas o patrimônio ou se foi a empresa, em seu sentido econômico e jurídico, que foi encampada. A natureza jurídica da encampação A encampação é, por definição, uma transferência da empresa privada para a área dos empreendimentos públicos.

(...)

É questão de fato e não de direito, que escapa ao nosso juízo e sobre a qual não devemos opinar. A matéria que estamos aqui examinando é de natureza essencialmente jurídica e como tal deve ter a sua solução. Primeiras conclusões - Como se verifica, o tema sugere duas questões bem nítidas, uma de fato, outra de direito. A questão de fato, diz com a própria natureza e destinação dos imóveis, a de direito, com a aplicação, à espécie, do contrato e da lei de encampação. A questão de fato é estranha à nossa competência a de direito, embora traga

certa perplexidade, admitiria uma solução favorável - em relação aos imóveis: a) estranhos ao objeto da concessão; b) adquiridos depois de reconhecido o capital fixado em 1901. A solução teria em seu favor de um lado a natureza da própria concessão, como ato jurídico, de finalidade específica, precedentes verificados em outros países, de outro lado, a circunstância de ter sido a encampação feita na base de um capital reconhecido em 1901 e as aquisições terem sido posteriores. A situação de direito, entretanto, não me parece tão líqüida e a de fato, suficientemente esclarecida no processo, de forma a aconselhar o Govêrno a devolver valores tão elevados (muitos milhões de cruzeiros) que poderiam eventualmente ser incorporados ao patrimônio público, por uma simples decisão administrativa de responsabilidade individual do Presidente da República. Mas, com o objetivo de pôr têrmo a controvérsia, permito-me sugerir a solução do juízo arbitral. O Juízo Arbitral - É a fórmula prevista no contrato em suas Condições, 30ª e 31ª, verbis: "30 Se a divergência porém versar, não sôbre essas matérias profissionais, e sim sôbre seus direitos ou deveres, e seus respectivos interêsses, a questão será decidida definitivamente por três árbitros, um dos quais será nomeado pelo Govêrno, outro pela Companhia, e o terceiro por acôrdo de ambas as partes. Se porém não concordarem na nomeação dêste terceiro, o Govêrno apresentará três nomes dentre os Conselhos de Estado, e a Companhia outros três, que devem residir no Brasil; e se residirem fora dêle correrão por conta da Companhia tôdas as despesas de Viagem e estada, e dêsses seis se tirará por sorte um, cujo voto será decisivo.

(...)

Os problemas a serem examinados são os seguintes: 1 - Se a cláusula arbitral, aplica-se às controvérsias verificadas no ato da encampação ou somente na vigência da concessão? 2 - No caso afirmativo, dependerá o juízo arbitral, ou melhor, o compromisso arbitral de autorização legislativa? 3 - Quâis os obstáculos que se opõem à solução arbitral, como defendê-lo? O assunto tem dado lugar às maiores controvérsias no direito brasileiro no Império como na República, notando-se uma posição mais ou menos definida, em relação aos contratos com a Administração, onde a cláusula arbitral é relativamente freqüente. Assim o foi no Império, onde a própria lei sôbre estradas de ferro (Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880) consagrou o princípio, que se encontra em dezenas de contratos de concessão. Essa solução tornou-se extensiva a muitas concessões de serviços públicos, bastando mencionar a da City Improvement, a Leopoldina Railway a Western

Telegraph, a Madeira-Mamoré, etc. Esta Consultoria-Geral foi freqüentemente ouvida sôbre a solução arbitral, depois do Conselho de Estado ter, no Império, enriquecido a nossa literatura jurídica, com numerosos estudos e pareceres. Rêgo Barros, em seus Estudos sôbre o contencioso administrativo, a êles se reporta freqüentemente.

(...)

A extensão da cláusula compromissória - A primeira questão a examinar é a da extensão da “cláusula compromissória” ou melhor, até onde vai a aplicação da cláusula contratual que prevê a solução arbitral e se a sua existência exclui a autorização legislativa para assinatura do compromisso. Como se sabe, o simples fato do contrato prever recurso à solução arbitral não envolve necessariamente a obrigação de aceitá-la.

(...)

O que institui o juízo arbitral é o compromisso, é o ato solene onde se fixam os limites da controvérsia e se estabelecem as bases da constituição do juízo arbitral. Sem o compromisso, embora prevista no contrato a solução arbitral, esta não se pode realizar. A cláusula compromissória, não constitui também obrigação de recorrer a essa solução.

(...)

Compromisso e transação - A doutrina que se desenvolveu em tórno do juízo arbitral, tem considerado, em geral, o - compromisso como uma eventual renúncia, ou melhor, como fórmula transacional. Já o velho processualista francês Boitard dizia que o direito de preferir a jurisdição privada dos árbitros, à jurisdição normal, ordinária, dos Tribunais comuns, decorre por inteiro, do direito (isto é, do poder) de se obrigar e de alienar. O juízo arbitral envolve, assim, o poder de transigir e de renunciar (*Leçons de Procédure – Civile*, 1865, 2.º vol., 9.a ed., pág. 590). Esta lição é repetida por Rui Barbosa, quando impugnou a solução arbitral entre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo: “O direito de comprometer, isto é, de submeter um litígio a arbitramento supõe o direito de transigir quem não pode transigir, não pode comprometer e só se permite comprometer acêrca de coisas, objetos, direitos em relação aos quais é dado transigir.”

(...)

Desenvolve a argumentação, em tórno do princípio de que só é possível transigir quando se pode dispor, o que exclui necessariamente o que se relaciona com a ordem pública.

(...)

Quando não pode o Executivo comprometer, transigir, alienar? Somente quando a lei o veda, ou quando está em jôgo a ordem pública, isto é, aquela ordem que protege não só os interêsses individuais, mas os da coletividade.

(...)

O caráter específico do arbitramento no direito administrativo - Foi talvez Pontes de Miranda quem, com mais rigor se insurgiu contra o caráter privatístico do juízo arbitral na esfera administrativa. Nos seus comentários ao Código do Processo Civil, no capítulo próprio escreveu (vol. VI, pág. 535): “O juízo arbitral, de que se cogita nos arts. 1.031 - 1.046, é o juízo arbitral para os processos civis. Nem compreende os juízos arbitrais de direito público, nem, a fortiori, os de direito interestadual ou supraestatal, sem se afastar que os artigos 1.031 - 1.046 possam ser, ou vir a ser, conteúdo de alguma lei, que a êles, ou a algum dêles, se refira.”

(...)

Sôbre esta matéria, comentou Amilcar de Castro (Comentários ao Código do Processo Civil, vol. X, pág. 498): É antiquíssima a tendência de facultar-se aos litigantes entregar a decisão da causa a pessoas de uma imediata confiança, em lugar de levá-la ao conhecimento do juízo competente. A jurisdição é um poder do Estado, mas êste permite também aos litigantes confiar a solução de seus pleitos a simples particulares por êles escolhidos. Só o Poder Judiciário administra justiça, mas isso não é um obstáculo à constituição do arbitramento, pois se os litigantes podem por si mesmos terminar o seu pleito, ou por desistência de um dêles, ou por acôrdo, nada obsta a que o façam por intermédio de terceiras pessoas a que concedam essa faculdade. Por isso é que alguns autores dizem que o arbitramento assim concebido é de direito natural, e na origem das sociedades seria o meio mais comum e ordinário de resolver os conflitos de interêsses. A finalidade do arbitramento é a de diminuir a aspereza da lide e facilitar a aceitação da sentença, mas o legislador não podia deixar de recorrer a essa forma

de distribuição de justiça, protegendo as partes e salvaguardando o interesse geral. Em primeiro lugar, um litígio não pode ser subtraído à competência da jurisdição estatal para ser levado ao conhecimento de simples particulares sem um texto de lei, ou sem o consentimento das partes. O ato pelo qual as partes consentem em se submeter à decisão dos árbitros se denomina compromisso. Compromisso, portanto, é o ato de constituição do juízo arbitral; e não se deve confundir o compromisso com o juízo arbitral que êle institui. O juízo arbitral é a realização do compromisso, ou o processo pelo qual se leva a efeito o compromisso, que é um ato jurídico.”

(...)

Parece-me que a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa convocando as partes, que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário, ou prolongando o processo administrativo com diligências intermináveis sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.

(...)

Ora, sendo o juízo arbitral uma solução aceita pelas partes, criada ou admitida pela lei, nenhum conflito pode haver quanto à sua aceitação como procedimento normal e legítimo da Administração.

(...)

Tudo isso no pressuposto de que as partes interessadas aceitem a solução arbitral e se sujeitem às formas de processo estipulados.

Conclusões - No caso em aprêço, os numerosos pareceres existentes no processo opinam pelo exame em processo separado da chamada relação n.º 5 de bens adquiridos pela empresa depois de 1901.

É matéria digna de estudo porque êsses bens, não só foram adquiridos depois da data em que se teria reconhecido o capital da empresa, como também nem todos, ou, nem em sua integralidade foram aplicados nos fins principais da concessão. É matéria de fato e de direito relevante e complexa. Pergunta-se, entretanto: depende a constituição do juízo arbitral de autorização legislativa, no caso em exame?

Já vimos que o compromisso envolve o exercício de plenos poderes, inclusive o de transigir e de renunciar, o que dependeria, em tese, de autorização legislativa.

(...)

Sugestão Final - Parece-me que o juízo arbitral seria a melhor solução para essa controvérsia, tendo em vista: a) as dificuldades em firmar, com os elementos existentes no processo, uma opinião definitiva, principalmente na matéria de fato; b) a demora e as complicações de uma solução administrativa, em um processo que interessa a mais de um Ministério, contando-se ainda com o inconformismo de uma das partes, o que protelaria indefinidamente a solução; c) os inconvenientes de uma demanda judicial demorada e onerosa para a União; d) o interesse natural do Governo no encerramento definitivo de um processo que corre o risco de uma protelação desnecessária, para o Governo e para a Companhia; e) a experiência adquirida no trato desses assuntos, que, afinal, se encerram com graves danos e vultosas indenizações contra o erário público. Deve o juízo arbitral decidir: a) se os bens adquiridos pela Companhia depois de 1901 e incluídos na relação nº 5 porque não destinados aos fins da concessão, devem ser devolvidos à Companhia, e b) no caso afirmativo e de forma mais concreta, quais esses imóveis, em face da relação nº 5? Para a constituição do Juízo arbitral é indispensável, a concordância prévia da Companhia. Uma vez aceita a solução arbitral, deve ser firmado o compromisso, escolhidos os árbitros e fixados as demais condições e processo do juízo arbitral. Estou certo de que um juízo arbitral bem constituído, permitirá uma solução justa e rápida, o que atende ao interesse público, cuja proteção é dever do Governo e da Administração. Não encontro, além do mais, óbices legais insuperáveis para a solução aventada. É o que me permito sugerir ao Governo com este parecer.

Depreende-se da leitura do Parecer e reproduzido parcialmente, que são deduzidas as seguintes assertivas sobre a arbitragem e a utilização pela Administração Pública, que são relevantes para o presente estudo: i) existia distinção entre a cláusula compromissória, compromisso arbitral e o juízo arbitral; ii) o Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, editado à época do Império, que tratava das estradas de ferro, já trazia a possibilidade de utilização de arbitragem; iii) apesar de existir controvérsia sobre a possibilidade de utilização de arbitragem pela Administração, a cláusula compromissória estava presente nos contratos de concessão; iv) a instituição do juízo arbitral está relacionada ao poder de transigir

e renunciar; v) o compromisso é o ato de constituição do juízo arbitral, ao passo que o juízo arbitral é a concretização do compromisso; vi) a Administração Pública atinge melhor seus fins quando convoca a parte contratada para resolver as controvérsias de direito e de fato; vii) as partes interessadas aceitam melhor a solução arbitral.

## **2. A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O Parecer nº 171-X, acima transcrito, foi exarado pelo Consultoria -Geral da República, por intermédio de Temistócles Brandão Cavalcanti, Consultor-Geral por solicitação do Presidente da República.

À época, a Consultoria-Geral da República era o órgão responsável pelo assessoramento jurídico da União, sendo o respectivo o cargo de Consultor-Geral preenchido por indicação do Presidente da República.

O Decreto nº 22.386, de 24 de janeiro de 1933, editado por Getúlio Vargas, estabelecia que era atribuição do Consultor-Geral emitir pareceres sobre questões jurídicas submetidas ao seu exame pelo Presidente da República e Ministros de Estado.

O sistema jurídico pátrio estabelece, no art. 131, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e no art. 1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que é atribuição da Advocacia-Geral da União – AGU realizar atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

A partir da análise das normas que tratam da Consultoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União – AGU, depreende-se que ambos órgãos têm a função de realizar o assessoramento jurídico do Presidente da República.

Deste modo, o citado Parecer nº 171-X, elaborado pelo Consultor-Geral da República, teve por finalidade prestar orientação jurídica ao Presidente da República em questão relacionada se o juízo arbitral seria o meio adequado para decidir sobre o destino de bens de empresa concessionária de serviço público.

## **3. A ARBITRAGEM NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Convém lembrar que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, é a principal norma que disciplina a arbitragem na atualidade.

O art. 1º da Lei nº 9.307/1996 estabelece a aplicabilidade da arbitragem está adstrita à solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, restringindo a utilização do citado meio alternativo de resolução de conflitos.

A partir da leitura da referida norma, é possível afirmar que a arbitragem pode ser compreendida como um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e de forma definitiva (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p.65).

Por sua vez, a compreensão da arbitragem deduzida no Parecer nº 171-X possui similitude quanto ao disposto na norma legal acima mencionado, assim como do conceito apresentado, notadamente no que concerne à utilização da arbitragem para equacionar questões pertinentes a direito patrimonial disponível, decorrente da vontade das partes interessadas e da escolha dos próprios árbitros que dirimirão o conflito.

Em relação ao entendimento sobre a cláusula arbitral, afigura-se que é a convenção existente em contrato, cujo conteúdo versa sobre o compromisso das partes em submeter à arbitragem os conflitos que, porventura, possam surgir do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato, como estabelece o art. 4º da Lei nº 9.307/1996.

Por disposição legal (art. 8º da Lei nº 9.307/1996), a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato, de modo que mesmo ocorrendo nulidade ou outros vícios não implicam, necessariamente, em nulidade da cláusula compromissória. O Parecer nº 171-X sustenta que a existência de cláusula compromissória não enseja, necessariamente, a instauração da arbitragem se não houver vontade das partes. Atualmente, nos termos do art. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória permite a instituição da arbitragem, cabendo ao Poder Judiciário, se for caso, determinar a instauração da arbitragem se uma das partes se opuser injustificadamente.

Já o compromisso arbitral é a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter o conflito existente aos árbitros escolhidos pelas próprias partes.

O compromisso arbitral pode ser judicial refere-se à controvérsia já ajuizada perante a justiça ordinária, celebrando-se, então, por termo nos

autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda, ou pode ser extrajudicial, se inexistir demanda judicial. Não havendo processo judicial, será celebrado compromisso arbitral por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/1996).

O Superior Tribunal de Justiça, analisando pedido de homologação de sentença estrangeira, asseverou que as duas espécies de convenção de arbitragem, que são a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, originam o processo arbitral, pois nos referidos ajustes as partes ajustaram que eventual conflito relativo ao contrato firmado seria submetido ao juízo arbitral. Foi esclarecido, também, que a diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato (BRASIL, 2007).

Constata-se, portanto, que a cláusula compromissória não representa um contrato perfeito e acabado (pacto futuro e incerto), constituindo uma medida preventiva, em que as partes simplesmente prometem efetuar um contrato de compromisso se surgir conflito. Por sua vez, o compromisso tem força vinculativa e faz com que as partes se comprometam a submeter certa pendência à decisão de árbitros regularmente constituídos.

O Juízo Arbitral consiste na efetiva instauração do processo arbitral, que ocorre por meio da convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (VELLOSO, 2013).

A convenção de arbitragem representa negócio jurídico advindo da autonomia privada ou da autoregulação de interesses, possibilitando às partes liberdade de celebração e de estipulação (VARGAS, 2015, p. 57).

Relevante efeito convenção arbitral é a exclusão da análise do conflito pelo Poder Judiciário, porquanto o juiz estatal está impedido de apreciar o mérito, sendo que a resolução da lide deve ocorrer por meio de decisão prolatada pelos árbitros escolhidos pelas partes (CAHALI, 2015, p. 186-187).

Diante da análise acima apresentada, infere-se que, desde à época da emissão do Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República, existia discussão significativa sobre a utilização da arbitragem, como

meio alternativo de resolução de conflitos, em contratos administrativos firmados pela Administração Pública.

Depreende-se, também, que não houve alteração significativa a respeito da compreensão da aplicabilidade da arbitragem para solucionar controvérsias alusivas a direito patrimonial disponível, assim como do significado dos institutos jurídicos da cláusula compromissória, do compromisso arbitral e do juízo arbitral.

#### **4. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Após a exposição sobre o Parecer nº 171-X, no ano de 1950, cumpre rememorar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.467 e do Agravo de Instrumento nº 52.181 (conhecido como caso Lage), o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1973, decidiu que seria possível a Administração Pública submeter-se ao Juízo Arbitral, porquanto a adoção de entendimento diverso implicaria restrição indevida à autonomia contratual do Estado em assumir obrigações em negócios jurídicos de direito privado em que for parte (BRASIL, 1973).

Diante da exposição de casos concretos emblemáticos sobre a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, convém abordar o tema em análise na perspectiva da compreensão existente na atualidade.

Quando foi promulgada a Lei nº 9.307/1996, era disposto, unicamente, que a arbitragem poderia ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, havendo omissão a respeito da aplicação do referido instituto à Administração Pública Federal.

O artigo publicado por Ada Pellegrine Grinover (2003, p. 377-385) sobre a arbitragem e a prestação de serviços públicos, no ano de 2003, demonstra a dúvida existente à época sobre o assunto, sendo a conclusão no sentido de que é admissível a utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Já a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996, estabeleceu expressamente a possibilidade de a Administração Pública (arbitrabilidade subjetiva) utilizar-se de forma ampla da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva) (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016, p. 255-276).

Contudo, a alteração legislativa acima mencionada, não criou a possibilidade de o Poder Público solucionar seus conflitos por arbitragem, apenas foi explicitada mediante Lei, uma vez que a Lei nº 9.307/1996, não vedava sua utilização (ROCHA, 2016, p. 103-126).

A referida inovação advinda da Lei nº 13.129/2015 é abordada por Alexandre Santos de Aragão, no texto intitulado de “A arbitragem no Direito Administrativo” (2017, p. 19-58), no sentido de que a citada alteração legislativa promoveu expansão significativa da arbitragem na seara negocial da Administração Pública.

Cumpre lembrar, contudo, que a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevendo a possibilidade de o contrato de concessão estabelecer o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. A Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2005, já estabelecia também a previsão de utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. E o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, estabelece que é permitida a arbitragem na forma da lei.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a utilização do juízo arbitral em demandas relacionadas à Administração Pública no momento atual (BRASIL, 2017). Além disso, vale lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na análise da SE 5.203-AgR, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (BRASIL, 2004).

Registre-se que, recentemente, foi publicado o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, referente aos seguintes assuntos: i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; ii) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Deste modo, tem-se que a arbitragem, atualmente, possui amplo amparo no sistema jurídico brasileiro, havendo embasamento para sua utilização nas controvérsias relacionadas ao direito patrimonial disponível da Administração Pública.

Na obra de Roberto Portugal Bacellar (2016, p. 151), cita-se que os arbitralistas informam muitas vantagens para a Administração Pública com a utilização da arbitragem, como meio alternativo para resolução de conflitos, a prevalência da autonomia da vontade das partes, a segurança, a especialidade, a efetividade e a celeridade, o que se coaduna com a premissa apontada no Parecer nº 171-X, no sentido de que a Administração Pública atinge melhor seus fins quando convoca a parte contratada para resolver as controvérsias de direito e de fato e de que as partes tendem a aceitar melhor a solução decisão arbitral em comparação a decisão judicial.

## **5. A CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÁREA DE INFRAESTRUTURA**

O dinamismo da atividade econômica e a complexidade da matéria relacionada a contratos administrativos de concessão de serviço público e de parceria público-privada, dentre outros fundamentos, evidenciam a necessidade de ser possível existir meios alternativos de solução de controvérsia com a Administração Pública em que seja factível obter solução satisfatória e tempestiva do conflito.

Diante desse contexto, foi publicado o Decreto nº 10.025/2019, que disciplina a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Depreende-se da leitura do mencionado Decreto que a atual opção da Administração Pública Federal é de empregar a arbitragem, em substituição à jurisdição estatal, para solucionar litígios oriundos de contratos administrativos relacionados ao setor de infraestrutura.

Com efeito, tem-se que a legislação vigente está amoldando-se para possibilitar ao ente público a utilização da arbitragem em contratos administrativos que envolvam como objeto o setor de transporte terrestre, aquaviário e aéreo, dentre outros, como o setor de telecomunicações, comercialização de energia elétrica, exploração e produção de petróleo e gás (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016, p. 255-276).

A execução dos citados serviços públicos e a realização de obras imprescindíveis de infraestrutura para a sua prestação demandam altos investimentos que devem ser realizados pelo setor privado em razão da escassez de recursos financeiros públicos, dentre outros fatores.

A Administração Pública, no exercício da sua função reguladora, deve criar ambiente jurídico favorável, para atrair os investimentos do setor privado, inclusive mediante a previsão de utilização de processo adequado de resolução de disputas.

Nesse contexto, a arbitragem, compreendida como fator de redução de riscos e custos transacionais futuros, principalmente em razão da celeridade procedimental, da especialização dos julgadores, potencializa o interesse dos investidores, razão pela qual existe relevância na opção da Administração Pública pelo manejo da arbitragem para dirimir conflitos de interesses relacionados a contratos administrativos de concessão de serviço público e de parceria público-privada (MAROLA, 2016, p. 33-36).

O emprego efetivo da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, especialmente os de longo prazo já pode ser verificado em contratos administrativos firmados pelo Poder Público.

A título exemplificativo, vale citar a disputa bilionária envolvendo o Grupo Libra e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, que foi dirimido por meio de procedimento arbitral conduzido pelo Centro de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá (Cam-CCBC).

O litígio acima mencionado versava sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo firmado pela CODESP, cujo objeto era o arrendamento de terminal do Porto de Santos (REDAÇÃO DA CONJUR, 2019).

Convém mencionar que a utilização da arbitragem para dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos relacionados a área de infraestrutura demonstra-se relevante no sentido de que potencializa o número de interessados na consecução do objeto, preservando, dessa forma, o princípio constitucional da eficiência e da economicidade. (2017, p. 19-58).

Os contratos de concessão firmados, atualmente, pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC já possuam cláusula arbitral, no sentido de resolver os litígios relacionados a direito patrimonial disponível decorrente do contrato administrativo, como se verifica da cláusula abaixo transcrita que se encontra prevista na minuta padrão de contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste, centro-oeste e sudeste, como consta no endereço eletrônico da ANAC (BRASIL, 2020):

2.1. O objeto do presente contrato é a Concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária dos Complexos Aeroportuários integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, a serem implementadas em fases:

(...)

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, todos os litígios havidos entre as partes relativos a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionados, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim definidos nos termos da Lei n.º 13.448/2017, verificados durante a execução ou após a extinção do contrato, após decisão definitiva da autoridade competente, ressalvadas matérias especificadas em ato regulamentar superveniente.

Nesse mesmo sentido, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT estabelece, nos contratos de concessão, a arbitragem como meio de resolução de conflitos, como se verifica da cláusula abaixo transcrita que se encontra prevista na minuta padrão de contrato de concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros, como consta no endereço eletrônico da ANTT (BRASIL, 2020):

#### Objeto do Contrato

4.1 O objeto do presente Contrato é a concessão do Serviço Ferroviário na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas, incluindo a operação, manutenção e conservação do TAV Rio de Janeiro - Campinas, precedida do fornecimento e montagem da proteção acústica, dos Sistemas, do material rodante e dos equipamentos de manutenção (“Concessão”), no prazo e nas condições estabelecidos no presente instrumento e em seus Anexos.

(...)

#### 4.3 Arbitragem

4.3.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia ou disputa entre elas oriunda ou relacionada ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, que não tenha ou não possa ser resolvida de forma amigável

por meio de negociações de boa-fé conduzidas entre as Partes ou por meio da Comissão Técnica de que trata a Cláusula 42 acima, e que não se refiram a questões econômico-financeiras relacionadas ao Contrato.

O artigo escrito por Adilson Abreu Dallari, publicado no ano de 1995, citando a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispunha sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, assim como fazendo referência ao Código Civil e ao Código de Processo Civil vigente à época, sustentava que a arbitragem constituía um instrumento relevante para assegurar a execução de serviços públicos concedidos (1995, p. 63-67).

Com efeito, não subsiste dúvida que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos já se destaca como meio alternativo e usual, utilizado pela Administração Pública, para solucionar conflitos.

Nesse diapasão, vale destacar a constatação existente no Parecer nº 171-X da Consultoria-Geral da República de que os contratos de concessão de estrada de ferro, desde à época imperial, possuíam cláusula arbitral no sentido de que eventual conflito relacionado à concessão deverá ser submetido à arbitragem.

Deste modo, verifica-se, outrossim, que a opção da utilização da arbitragem para dirimir litígio relacionado à concessão de serviço público estavam presentes nos contratos administrativos existentes à época do citado Parecer, no que concerne às concessões de estradas de ferro, assim como nos contratos administrativos referentes às concessões nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

## **CONCLUSÃO**

Face aos fundamentos acima deduzidos, tem-se que, após mais de meio século, o Parecer nº 171-X, emitido pelo Consultor-Geral da República Themistócles Brandão Cavalcanti, no ano de 1950, constitui relevante fonte de pesquisa para o estudo do tema referente à possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para resolver conflitos referentes a direito patrimonial disponível nos contratos de concessão de serviço público, sendo certo que as premissas trazidas no citado Parecer são relevantes e aplicáveis para melhor compreensão do assunto.

Hodiernamente, a utilização da arbitragem nos contratos de concessão de serviço público, alusivo ao setor portuário e de transportes

rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, com base no Decreto nº 10.025/2019, demonstra a opção exclusiva do uso da arbitragem para dirimir controvérsias contratuais, evidenciando a relevância do citado meio alternativo de solução de litígios e a necessidade de estudo do tema.

#### REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>. Acesso em 02 de junho de 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção saberes do direito).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo de Instrumento 52.181/GB. *Admissibilidade do juízo arbitral*. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outros. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ 15.02.1974.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 71.467/GB. *Admissibilidade do juízo arbitral*. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Recorrente: Espólio de Renaud Lage e outros. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ. 15.02.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206. *Lauda arbitral estrangeira*. Constitucionalidade da lei de arbitragem. Relator(a): Sepúlveda Pertence, de 12 de Dezembro de 2001. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada 1210/GB. *Sentença arbitral estrangeira*. Homologação. Diferença entre convenção de arbitragem e cláusula compromissória. Requerente: International Cotton Trading Limited ICT. Requerido: Odil Pereira Campos Filho. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, de 20 de junho de 2007. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HOMOLOGA%C7%C3O+DE+SENTEN%C7A+ESTRANGEIRA&processo=1210&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Conflito de Competência 139519/RJ. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. *Arbitragem. Natureza Jurisdicional*. Meios alternativos de solução de conflito. Princípio da Competência-Competência. Precedência do Juízo Arbitral em relação à jurisdição estatal. Suscitante: Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRAS. Suscitado: Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator. p/ Acórdão: Ministra Regina Helena Costa, de 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=139519&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, *Agência Nacional Transporte Terrestre – ANTT*. Disponível em: <[http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta\\_do\\_Contrato\\_de\\_Concessao.html](http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.html)>. Acesso em 02 junho de 2020.

BRASIL, *Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf#page66>>. Acesso em 02 junho de 2020.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ. 5ª ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Themístocles B. Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo Arbitral. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 45. jul.-set./1956, p. 517.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 233: 377-385, Jul./Set. 2003. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45459/45041> >. Acesso em 02 de junho de 2020.

REDAÇÃO DA CONJUR. Codesp vence disputa bilionária em arbitragem contra o grupo Libra. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*. São Paulo, 08 JAN. 2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-08/codesp-vence-disputa-bilionaria-arbitragem-grupo-libra>>. Acesso em 02 de junho de 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 49. ano 13. p. 103-126. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 50. ano 13. p. 255-276. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

VARGAS, Daniel Vianna. Cláusula de renúncia à ação anulatória: os limites das disposições de direitos nas convenções de arbitragem. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015*. 1º ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Arbitragem: indispensabilidade do compromisso arbitral. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, nº 8, out./dez. 2013.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.



RECEBIDO EM: 03/08/2021

APROVADO EM: 22/10/2021

# ECONOMIA COMPORTAMENTAL A FAVOR DA INCLUSÃO NA PREVIDÊNCIA PÚBLICA

## *BEHAVIORAL ECONOMICS IN FAVOR OF INCLUSION IN PUBLIC PENSION*

*Juan Pablo Couto de Carvalho*

*Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito e Jurisdição. Professor de Direito e Processo Previdenciário da Pós-graduação em Direito da Universidade Potiguar, da Escola Superior de Magistratura Trabalhista da 21 Região e do CEJAS. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.*

**SÚMÁRIO:** Introdução. 1 Revisão de literatura. 1.1 A economia comportamental. 1.2 Racionalidade limitada, autocontrole e escassez. 1.3 Nudging: economia comportamental na formatação de políticas públicas. 2 A economia comportamental aplicada à previdência. 2.1 Vieses comportamentais na decisão de formar poupança previdenciária. 2. 2 Intervenções

da economia comportamental a favor da previdência pública. 3 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Estudo no campo da economia comportamental aplicada ao planejamento de políticas públicas com objetivo de fomentar a inclusão de trabalhadores contribuintes individuais no Regime Geral de Previdência Social. A hipótese investigada é a de que esse campo de estudo disponibiliza uma série de intervenções em políticas públicas que possibilitam minimizar a evasão previdenciária, em reforço aos instrumentos tradicionais de renúncia fiscal materializadas na redução da alíquota contributiva devida ao INSS. Adotou-se o método de revisão bibliográfica de estudos que analisam os processos de tomada de decisão que envolva trocas intertemporais. A conclusão é no sentido de que vieses comportamentais comuns nos planejamentos de poupança de longo prazo, que exigem a postergação do consumo imediato para a obtenção de vantagens num futuro distante, são reforçados pela atual organização do contexto no qual as pessoas tomam a decisão (arquitetura da escolha) de contribuir para o INSS. Pequenas mudanças na maneira como os incentivos são propostos poderiam produzir melhores resultados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Economia comportamental. Políticas Públicas. Tomada de Decisão. Inclusão Previdenciária. Aposentadoria.

**ABSTRACT:** Study in the field of behavioral economics applied to the planning of public policies with the aim of promoting the inclusion of individual contributor workers in the General Social Security System. The investigated hypothesis is that this field of study makes available a series of interventions in public policies that make it possible to minimize social security evasion, reinforcing the traditional instruments of tax waiver materialized in the reduction of the contribution rate due to the social security administration. The literature review method of studies that analyze decision-making processes involving intertemporal exchanges was adopted. The conclusion is that common behavioral biases in long-term savings planning, which require the postponement of immediate consumption to obtain advantages in the distant future, are reinforced by the current organization of the context in which people make the decision (architecture choice) to contribute to the social security administration. Small changes in the way incentives are proposed could produce better results.

**KEYWORDS:** Behavioral Economics. Public Policy. Decision Making. Social Security Inclusion. Retirement.

## INTRODUÇÃO

Para facilitar a compreensão dos objetivos do presente trabalho, o leitor deve se colocar, hipoteticamente, na posição de um trabalhador, no início de sua vida produtiva, com renda média de um salário mínimo<sup>1</sup>, e lhe é oferecida uma oportunidade de investimento de baixo risco (com quase nula a chance de “calote”), rentabilidade mínima indexada à inflação oficial e inúmeros privilégios tributários e jurídicos, ainda que de baixa liquidez, pois o resgate dos dividendos exige uma idade mínima e certo número de aportes mensais.

Trocando em miúdos, o investidor contribuiria por 15 (quinze) anos - 180 (cento e oitenta) contribuições mensais<sup>2</sup>, de forma contínua ou intermitente, na proporção de 5% ou 11% (cinco ou onze por cento) do valor de um salário-mínimo nacional para receber o homem (a partir dos 65 anos de idade) ou a mulher (a partir dos 62 anos) o valor de um salário-mínimo, pelo resto de suas vidas.

Considere, ainda, que este investimento, sem exigir qualquer acréscimo contributivo, o que não encontra paralelo no mercado financeiro, ofereça uma série de coberturas de seguro em favor do investidor ou dos seus dependentes, como auxílio por incapacidade temporária, auxílio-acidente, aposentadoria por incapacidade permanente e até mesmo os benefícios de salário-maternidade (para as mães naturais ou adotivas) e de auxílio-reclusão (para dependentes de segurados reclusos ao sistema prisional).

Se, objetivamente, tomarmos como referência o salário mínimo de R\$1.100,00 (um mil e cem reais), em vigor em 2021, e desconsiderarmos os efeitos inflacionários, a soma dos aportes mensais por 180 meses corresponde a um investimento total de R\$ 9.900,00 (nove mil e novecentos reais), para as contribuições efetuadas no percentual de 5% do salário mínimo (R\$ 55,00 x 180), e de R\$ 21.780,00 (vinte e um mil, setecentos e oitenta reais), para contribuições realizadas no percentual de 11% do salário mínimo (R\$ 121,00 x 180).

Em contrapartida, considerando que os rendimentos no valor de um salário mínimo (em 2021, R\$ 1.100,00) são vitalícios e a expectativa de

1 Vale considerar que 62% dos benefícios previdenciários e assistenciais emitidos pelo INSS, em março de 2021, tinham valor equivalente a até 1 salário mínimo (BRASIL, 2021a).

2 De acordo com a Emenda Constitucional n.º 103/2019, no caso dos homens, a exigência de 180 contribuições valeria apenas para aqueles que começaram a investir até 13/11/2019. Se depois desta data, ser-lhe-ão exigíveis mais cinco anos de aportes mensais, ou seja, um total de 240 contribuições.

sobrevida<sup>3</sup>, a partir da idade mínima de resgate, é de 22,8 anos para mulher, e de 17,2 anos para o homem (IBGE, 2019), tem-se que os investimentos de R\$ 9.900,00 (nove mil e novecentos reais) e de R\$ 21.780,00 (vinte e um mil, setecentos e oitenta reais), possibilitariam resgates mensais (treze saques por anos) que somados alcançariam cifras da ordem de R\$ 326.040,00 (trezentos e vinte seis mil e quarenta reais), para mulher, e de R\$ 245.960,00 (duzentos e quarenta e cinco mil e novecentos e sessenta reais), para o homem. Esses retornos podem ser maiores na hipótese de o investidor, durante a fase de investimento, ter recebido cobertura por incapacidade, ou, mesmo na fase de resgate, deixar dependente para recebimento de seguro de vida, quando cessam as contribuições e antecipa-se o resgate do seguro mensal.

Embora a comparação seja difícil porque os produtos disponíveis no mercado financeiro não gozam dos mesmos privilégios fiscais e jurídicos, muito menos embutem a ampla cobertura de seguro mencionada, vale considerar que se alguém, em 01/01/2006, fizesse um depósito único em poupança – investimento preferido do brasileiro<sup>4</sup> - no valor de R\$ 9.900,00 ou de R\$ 21.780,00, ao final de 15 anos, em 01/01/2021, teria o valor corrigido de R\$ 27.771,12 e de R\$ 61.096,47<sup>5</sup>, respectivamente, portanto, retornos várias vezes inferiores àqueles oferecidos na primeira hipótese de investimento e sem os benefícios da cobertura securitária. Se, por sua vez, o mesmo investimento estivesse atrelado ao CDI<sup>6</sup>, o seu ROI<sup>7</sup> equivaleria aos valores de R\$ 41.102,30 e R\$ 90.425,07, respectivamente.

Examinados os números acima, fica evidente a vantagem econômica do investimento hipotético que se sugere, pois ele oferece retorno de até mais de trinta vezes o valor investido, além de cobertura securitária para diversos riscos e privilégios jurídicos e tributários. Mas este investimento de alto retorno e baixo risco existe? *Sim, leitor, existe!* A rigor, trata-se de uma

---

3 Expectativa de sobrevida é a quantidade de anos a mais que, espera-se, ainda continue vivendo uma pessoa que já alcançou uma determinada idade. Apesar de ter certa relação com a expectativa de vida, diferencia-se dela, pois não avalia quanto tempo vive em média o total da população ao nascer e sim a partir de cada idade e/ou faixa etária previamente determinada.

4 A caderneta de poupança ainda mantém a liderança como principal destino dos investimentos dos brasileiros: 84,2% dos investidores deixaram os recursos na caderneta em 2019 (ANBIMA, 2020).

5 Cálculo realizado na calculadora do cidadão do BCB. Índice de correção no período 2,80516390. Valor percentual correspondente.: 180,516390%. Regra de correção antiga.

6 CDI é a sigla para Certificado de Depósito Interbancário – o nome dos empréstimos que os bancos fazem entre si para fechar o caixa do dia no positivo.

7 ROI é a sigla em inglês para "Return on Investment", que em português significa "Retorno sobre Investimento". A fórmula para o cálculo do ROI é: (Lucro do Investimento - Custo do Investimento) / Custo do Investimento.

modalidade corriqueira de aposentadoria programada prevista na legislação e integrante do Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

As contribuições com alíquota reduzida de 20% para 11% do salário-mínimo estão inseridas no Plano Simplificado de Previdência Social (PSPS), instituído pela Lei Complementar n<sup>o</sup> 123/2006, destinada ao contribuinte individual, que não presta serviço e nem tem relação de emprego com pessoa jurídica, e ao facultativo, que não exerce atividade remunerada. Já as contribuições com alíquota de 5% do salário-mínimo, desde o advento da Lei n<sup>o</sup> 12.470/11, é destinada ao microempreendedor individual (MEI) e ao facultativo de baixa renda que se dedica ao trabalho doméstico no âmbito da sua residência pertencente à família de baixa renda.

A par dessas informações, seria razoável pressupor que alguém com renda individual próxima de um salário-mínimo optassem<sup>8</sup> por recolher para previdência pública (INSS) quando começasse a trabalhar? A resposta óbvia é “sim”, pelo menos à luz da teoria do “homo economicus” (homem econômico), da qual o ser humano se vale para adotar escolhas racionais que lhe tragam maiores recompensas e utilidades.

Para o assalariado, são gritantes as vantagens do recolhimento para o INSS através das categorias subsidiadas do microempreendedor individual (MEI) e do plano simplificado de previdência social (PSPS) em relação aos investimentos tradicionais oferecidos pelo mercado de capitais<sup>9</sup>. Para essas categorias, não pagar o INSS equivaleria a recusar “dinheiro grátis”. Mas, infelizmente, essa “escolha” de pagar o INSS é ignorada ou negligenciada por milhões de trabalhadores que exercem atividade remunerada regular, com renda igual ou superior a um salário-mínimo.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (IBGE, 2017), em 2017, de um universo de 83,1 milhões de pessoas que se declararam ocupadas, existiam no setor privado 24,22 milhões de

---

8 Sob o ponto de vista jurídico, não há opção. O contribuinte individual (autônomo) está obrigado a promover o recolhimento da contribuição previdenciária. Entretanto, no mundo real, a verdade é que o trabalhador por conta própria é quem decide se recolhe, quando e sobre qual valor para o INSS, não havendo fiscalização, até porque, sem contribuição, não há cobertura previdenciária.

9 O caráter distributivo e progressivo do RGPS faz com que grupos usualmente vistos como de menor rendimento, maior expectativa de vida e com maior dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho recebam retorno da previdência social superior ao daqueles com menor desemprego, menor expectativa de vida e maiores salários, notadamente homens de altos rendimentos. Nesse sentido: Afonso (2016) e Caetano (2006).

trabalhadores (ou seja, 29,1% da população ocupada entre 16 e 59 anos de idade) sem cobertura previdenciária. E desse montante, pelo menos 11,78 milhões tinham capacidade contributiva, por possuir renda mensal igual ou superior a um salário-mínimo e, em tese, poderiam ser incorporados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Para o detalhamento do perfil do trabalhador não contribuinte (sexo, idade, raça, setor produtivo, ocupação, grau de instrução etc.), ver Bilich (2018) e Ansiliero, Costanzi e Fernandes, (2020).

Isso demonstra que o grande desafio da previdência social é incluir, no RGPS, esses milhões de trabalhadores para evitar que, na velhice, venham a depender de benefícios assistenciais não contributivos, custeados por toda a sociedade, e/ou a viver da solidariedade de suas famílias, amigos e instituições não governamentais de apoio. A rigor, não se pode menosprezar a insegurança social presente causada pela persistente informalidade das relações de trabalho, sobretudo nas situações de perda da capacidade de trabalho temporária ou permanente, motivada por eventos fortuitos, como doenças, acidentes e mortes. Quem trabalha no ramo da previdência social pública se depara cotidianamente com famílias desamparadas, por causa da imprevidência de seus membros adultos e capazes, em relação à adesão e pagamento de seus planos previdenciários.

A questão colocada é a seguinte: diante dos estímulos financeiros e do alto retorno em relação à contribuição exigida, por que milhões de trabalhadores não pagam o INSS e, quando pagam, o fazem erraticamente? A resposta racional do “homem econômico” provavelmente seria de que a alta evasão previdenciária dos contribuintes individuais decorre de fatores econômicos, ou seja, o trabalhador não poupa para previdência porque lhe falta dinheiro. Simples assim. O que explica a atual abordagem de políticas públicas de estímulos financeiros (desconto na contribuição) para expansão da base de cobertura previdenciária.

Embora seja inequívoca a relevância da escassez financeira para baixa cobertura previdenciária, outros fatores devem explicar melhor o pouco zelo do brasileiro com o seu planejamento previdenciário, haja vista que países mais pobres que o Brasil figuram mais bem posicionados nos rankings mundiais de reserva individual de poupança em relação ao PIB.

Em nosso país, cerca de 90% das pessoas com mais de 25 anos não poupam dinheiro pensando na aposentadoria, segundo o Relatório Global do Sistema Previdenciário da seguradora Allianz (2020), que avaliou a estrutura previdenciária de 70 países. Consideradas todas as

faixas etárias, o Brasil figurou em 101º lugar no ranking dos 144 países que mais poupam para a velhice, organizado pelo Banco Mundial (2017). Apenas 11% da população brasileira poupa com essa finalidade, atrás de nações mais pobres como Filipinas (26%), Bolívia (20%) e Mali (16%) e da média dos países em desenvolvimento (16%)

Portanto, embora pareça uma explicação óbvia e racional, não é apenas o nível de riqueza que determina a capacidade de poupança, pois do contrário de países em que a riqueza “per capita” é menor que a do Brasil não teria porcentagem de poupadores significativamente maior. Diante desses dados, é importante investigar melhor outros fatores relacionados à cultura, educação, comunicação, vínculos de comunidade, instrumentos de poupança, nudges, confiança nas instituições públicas, entre outros, que possam influenciar na decisão de poupar para previdência.

Busca-se, assim, responder à seguinte pergunta norteadora: como a economia comportamental pode contribuir no desenho de intervenções governamentais mais efetivas e eficientes que minimizem a evasão dos trabalhadores autônomos do programas de inclusão previdenciária?

A hipótese deste estudo é a de que aspectos comportamentais parecem ter fundamental relevância no trato da questão, de modo que algumas intervenções na maneira como o INSS se relaciona com o seu público contribuinte – ou potencialmente contribuinte – podem potencializar as atuais políticas públicas que estimulam a inclusão previdenciária a partir da redução de alíquotas, as quais, por si sós, ainda têm se mostrado insuficientes para a expansão plena da cobertura previdenciária, no território nacional<sup>10</sup>.

O trabalho também buscará apontar os vieses comportamentais que interferem negativamente nos planejamentos de longo prazo e que exigem a postergação do consumo imediato em favor da obtenção de vantagens futuras, como é o caso dos investimentos previdenciários. Ver-se-á que pequenas mudanças na maneira como os incentivos são propostos poderão produzir melhores resultados.

Essa tarefa acadêmica comportará, na seção 1, a revisão de literatura, na qual se passará em revista os principais conceitos, teorias e a evolução da economia comportamental aplicada às políticas públicas. Já a seção 2 apresentará as propostas de possíveis intervenções na política pública

---

10 Para uma análise descritiva dos impactos das políticas públicas de inclusão previdenciária do MEI e do PSPS, ver a detalhada pesquisa de Ansiliero e Costanzi (2017) e Ansiliero et al (2020).

de inclusão previdenciária do contribuinte individual por conta própria, baseadas em *insights* comportamentais que visam auxiliar a política a atingir seus objetivos e a ser mais efetiva, junto ao seu público-alvo. Após tais seções, serão apresentadas as conclusões e referências da pesquisa.

## 1. REVISÃO DE LITERATURA

### 1.1. A Economia Comportamental

A Economia Comportamental é um campo de pesquisas relativamente recente, proveniente da incorporação, pela economia, de desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas no campo da psicologia. Agraciado com o Prêmio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel em 1978, o economista estadunidense Herbert Simon é considerado o precursor das pesquisas sobre racionalidade limitada, não obstante foram Daniel Kahneman, primeiro psicólogo a ganhar o Nobel em Economia em 2002, e Amos Tversky que, pioneiramente, integraram *insights* da Psicologia à Ciência Econômica<sup>11</sup>. A esses se somaram, mais recentemente, as contribuições da neurociência e de outras ciências humanas e sociais.

Enquanto a abordagem econômica tradicional, apoiada na concepção do “homo economicus”, descreve o humano como um tomador de decisão racional, ponderado, centrado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada de processar informações, em contraposição a essa visão tradicional, apontam Bianchi e Ávila (2015), a Economia Comportamental enxerga uma realidade formada por pessoas que decidem com base em hábitos, experiências pessoais e regras práticas simplificadas; aceitam soluções apenas satisfatórias; tomam decisões rapidamente; têm dificuldade de conciliar interesses de curto e longo prazo; e são fortemente influenciadas por fatores emocionais e pelas decisões daqueles com os quais interagem. Na busca de um maior realismo no entendimento das escolhas individuais e dos processos de mercado em que se manifestam, os economistas comportamentais incorporaram a seus modelos um conjunto heterogêneo de fatores de natureza psicológica e de ordem emocional, conscientes ou inconscientes, que afetam o ser humano de carne e osso em suas escolhas diárias.

### 1.2. Racionalidade limitada, autocontrole e escassez

Como descreve Karlan (2015, p. 105), “para a maioria das pessoas existem três verdades: (1) elas fazem planos e estabelecem metas; (2) de

---

11 Sobre o surgimento e evolução da economia comportamental, ver Thaler (2020).

modo geral, não conseguem concretizar os planos e atingir as metas; e (3) mais tarde se arrependem das escolhas feitas que as impediram de atingir essas metas”.

O baixo índice de poupança individual tem gerado preocupação em muitos países<sup>12</sup>, em particular no Brasil, quanto ao impacto na qualidade de vida das pessoas, de suas famílias e nas contas públicas para o custeio de programas assistenciais, pois, em algum momento, no futuro, muitas destas pessoas necessitarão de algum auxílio para garantia de renda. E, na esteira de Tafner e Giambiagi (2007, p. 14):

Se no passado mais remoto do século XVIII os infortúnios associados ao mundo laboral, como o acidente de trabalho, a invalidez, a perda de capacidade de trabalho decorrente da velhice e mesmo a morte prematura do arrimo, eram questões privadas e condenavam a família à miséria e à degradação, aos poucos se formou o entendimento de que essas questões transcendiam a esfera privada. Desse entendimento decorre a ideia de que os custos do infortúnio e da perda de capacidade laboral poderiam e deveriam ser mitigados pelo conjunto da sociedade.

A maioria das pessoas sabe intuitivamente o que os economistas formulam em teoria, ou seja, que se deve economizar mais durante os anos em que se trabalha. No entanto, como mencionado na introdução, os índices de poupança e de inclusão de trabalhadores autônomos no Regime Geral de Previdência Social permanecem baixos no Brasil.

Sem desconsiderar os efeitos da escassez financeira, décadas de estudos e inúmeros experimentos apontaram que a *racionalidade limitada* - que exprime a incapacidade do tomador de decisões de dominar a complexidade do mundo, de compreender todas as informações, de dominar o tempo, como também o lado cognitivo - e a *falta de autocontrole* - incapacidade das pessoas de controlarem seus impulsos ou tendência humana de preferir ganhos imediatos aos ganhos futuros - são traços psicológicos que sistematicamente influenciam as pessoas em suas decisões econômicas comprometendo a formação de poupança para aposentadoria (THALER e SUNSTEIN, 2019; THALER, 2018).

Em outras palavras, os problemas de autocontrole podem ser esclarecidos pensando-se que um indivíduo contém dois eus semiautônomos,

---

12 Nesse sentido, ver o relatório “Investing in (and for) Our Future” (Forum Econômico Mundial, 2019).

um ‘planejador visionário’ e um ‘executor míope’ (THALER, 2018). Isso fica muito visível nas frustradas promessas de final de ano para emagrecer, parar de fumar, adotar uma rotina de atividades físicas, poupar dinheiro e ler mais, por exemplo.

Nesse sentido, as pessoas tendem a realizar escolhas que privilegiem benefícios agora e custos mais tarde (THALER; SUNSTEIN, 2019), isto é, há uma tensão entre o planejamento de longo prazo e as ações de curto prazo. Por isso, surge o dilema da escolha intertemporal, ou seja, decisões que envolvem compensações entre custos e benefícios em diferentes pontos no tempo. Um agente cujas preferências apresentam um viés para o presente está sujeito a subestimar o valor do futuro, dando excessivo valor ao hoje e ao agora.

Diante de uma decisão complexa e de longo prazo como o é o investimento previdenciário, há uma probabilidade maior de seleção da gratificação imediata em comparação com uma gratificação adiada. Tendo em vista o autocontrole e racionalidade limitados, as pessoas tendem a valorizar o presente e a resistir às mudanças, quanto mais um público que sofre os efeitos da escassez de recursos, como é o grupo de aproximadamente vinte e cinco milhões de brasileiros, em idade economicamente ativa, que trabalham por conta própria e não recolhem regularmente para o INSS, a despeito dos estímulos financeiros para tanto.

Mullainathan e Shafir (2016) sugerem que vários dos aspectos destacados pela Economia Comportamental podem ser exacerbados em situações de escassez. Segundo os autores, o ambiente de escassez acaba por esgotar ainda mais os recursos cognitivos dos indivíduos. Isto é, pessoas em situação de escassez (sensação subjetiva de ter mais necessidades que recursos) possuiriam os mesmos vieses e dificuldades que outras pessoas, como falta de autocontrole e racionalidade limitada. Porém, como se encontram em ambiente de escassez, tais dificuldades são ainda mais reforçadas, tornando suas mentes menos eficientes e o processo de decisão ainda mais oneroso.

A vantagem de serem previsíveis os fatores que ensejam comportamentos irracionais é, segundo Ariely (2020), que as más decisões não seriam aleatórias ou mesmo sem sentido, mas sim sistemáticas e até previsíveis. Essa não é uma visão trivial: “é a partir deste entendimento que a economia comportamental pôde sair da academia e chegar ao governo, com sugestões para formulação de políticas públicas” (NERY, 2016, p. 4).

### 1.3 Nudging: economia comportamental na formatação de políticas públicas

Como o ser humano possui inúmeras limitações cognitivas e emocionais, quanto mais inserido num ambiente de escassez, suas decisões acabam lhe custando caro e prejudicando seu bem-estar, com impactos para toda sociedade. Assim, em algumas situações, em particular, decisões complexas que exigem sacrifícios imediatos para recompensas posteriores, como é o caso da poupança previdenciária, seria possível e legítimo incentivar os indivíduos a tomar decisões mais alinhadas aos seus interesses declarados (poupar para a aposentadoria) e aos da coletividade (pessoas com renda própria na velhice), preservando sua liberdade de escolha, ou seja, seria possível modificar a arquitetura de escolha e dos indivíduos por meio do que Thaler e Sunstein (2019) denominam de “*nudge*”, um “*empurrãozinho*” ou “*cutucão*”.

Segundo Thaler e Sunstein (2019) há uma “arquitetura”, consciente ou inconsciente, em todas as escolhas dos indivíduos, que pode influenciar suas decisões. A forma de guiá-los a tomar decisões melhores é alterando essa arquitetura por meio de nudges. Um nudge é, portanto, qualquer fator que altere significativamente o comportamento de humanos, mesmo que ignorado pelo próprio tomador da decisão, feito com intuito de superar os vieses inconscientes que levam indivíduos a tomar decisões consideradas irracionais.

Como salientam Rodrigues e Paiva (2020), as descobertas da economia comportamental sobre como funciona a mente humana no processo de tomada de decisão pode contribuir para políticas públicas mais eficientes. Nesse sentido, relatam os autores que os governos do Reino Unido e dos Estados Unidos começaram a instituir, cada um à sua maneira, o enfoque comportamental em suas políticas públicas.

Rodrigues e Paiva (2020) registram que, em 2010, o governo do Reino Unido criou o Behavioral Insights Team (BIT) ou Time de Insights Comportamentais, uma unidade especial dedicada a aplicar a ciência comportamental às políticas públicas. Em 2015, por meio de um Decreto emitido pelo então presidente Barack Obama, foram elaboradas diretrizes para que os órgãos públicos do país utilizassem a ciência comportamental. Mais recentemente, países como África do Sul, Austrália, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Qatar e Singapura vêm considerando os insights comportamentais no desenho de suas políticas públicas. Cabe também mencionar que organismos internacionais tais como Banco Mundial, Organizações das Nações Unidas, União Europeia

e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por exemplo, já elaboraram estudos ou previsões sobre a consideração de insights comportamentais em políticas públicas de diferentes países.

No Brasil, a aplicação da Economia Comportamental na formatação de programas governamentais ainda é incipiente. As experiências nacionais mais eloquentes sobre a aplicação da economia comportamental nas políticas públicas, particularmente relacionadas à poupança previdenciária, escopo do presente estudo, situam-se no âmbito da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp), a exemplo da instituição da *adesão automática*<sup>13</sup> (“*default*”, escolha padrão) pela Lei n.º 13.183/2015 (objeto da conversão da MP n.º 676/2015).

Antes da mencionada lei, o servidor público federal entrante, com remuneração acima do teto do RGPS/INSS<sup>14</sup>, deveria procurar a FUNPRESP e preencher um formulário de adesão aos seus planos de benefícios. Sua inércia implicava recusa implícita, portanto, caso não tomasse a iniciativa, ficaria ao encargo do próprio servidor a complexa tarefa de decidir a melhor forma de investir a parcela da remuneração que ultrapassava o teto de contribuição, sob pena de ter uma aposentadoria em valores muito abaixo de sua renda média na atividade.

Nesse contexto de decisão sob incerteza e racionalidade limitada é que a economia comportamental ganha força ao criar instrumentos que simplificam as escolhas e empurram os indivíduos em direção às decisões mais racionais. Após a instituição do nudge da adesão automática, sem qualquer outra mudança relevante na relação jurídica a ser estabelecida entre o servidor e a entidade de previdência complementar, a taxa de adesão dos servidores que ingressaram na administração pública e optaram por ficar na Fundação passou de 9% para 88%, patamar mantido até os dias de hoje (FUNPRESP, 2020).

A adesão automática inverte a lógica de dois vieses da economia comportamental, o viés da inércia, em que o servidor resiste à mudança mesmo quando ela é benéfica, e o viés da aversão à perda, no qual o servidor não quer mexer no seu *status quo* em função da percepção de uma perda potencial no futuro. Ou seja, mesmo sabendo das vantagens de um plano de aposentadoria, no caso da FUNPRESP, destacando-se a contribuição

13 A adesão é automática, mas não é obrigatória. O servidor poderá a qualquer tempo requerer a sua desfiliação da FUNPRESP.

14 Conforme a portaria SEPRT/ME N.º 477/2021, de 13 de janeiro de 2021, o teto do INSS passou de R\$ 6.101,06 para R\$ 6.433,57, a partir de 1.º/01/2021, tendo como base a inflação do INPC.

paritária de 8,5% (“dinheiro grátis”) e os incentivos fiscais de até 20,5%, o servidor pouco se mobilizava voluntariamente, demandando um grande esforço de comunicação e de gestão do fundo de pensão para alertá-lo sobre os benefícios.

Esta experiência, com resultados similares em outros países, sugere que o desenho de políticas públicas deve levar em consideração as limitações de autocontrole, atenção e capacidade de processamento de informação das pessoas. E, por isso, deve compreender o contexto dos indivíduos; primar pela simplicidade e clareza das informações; elevar os níveis de atenção – por exemplo, ressaltando as informações mais relevantes; facilitar o autocontrole; ter atenção à forma como as opções são apresentadas (*framing*); reduzir os obstáculos para a escolha – por exemplo, estabelecendo escolhas-padrão (*defaults*), entre outros aspectos.

## 2 A ECONOMIA COMPORTAMENTAL APLICADA À PREVIDÊNCIA

### 2.1 Vieses comportamentais na decisão de formar poupança previdenciária

Um viés cognitivo é uma falha lógica em nossas avaliações e julgamentos. Não é aquele erro cometido por ignorância, pois este tende a não se repetir. Se uma pessoa se queima ao pegar um objeto quente, ela tende a não repetir o erro porque, de imediato, aprende a relação causa e efeito. O viés cognitivo é diferente. Por sua natureza sistemática, ele tende a se repetir, mesmo que o indivíduo sofra todas as consequências negativas e penalidades possíveis. Note que, embora não haja resistência considerável do trabalhador quanto à ideia de que poupar para aposentadoria é a melhor decisão a ser tomada, a implementação desta vontade declarada sofre a sabotagem de vieses comportamentais e emoções que podem levar a desvios de lógica e decisões irracionais.

Destacam-se a seguir os principais vieses relacionados às decisões de poupança de longo prazo, como o são as contribuições para o sistema público de previdência.

*Aversão a perdas e viés do presente:* as pessoas tendem a valorizar mais as perdas que os ganhos. O viés do presente é a tendência de dar um peso maior às recompensas do hoje, subestimando o valor do futuro (GIANNETTI, 2015). Isso está associado ao que os economistas chamam de “taxa de preferência intertemporal”, que mede quanto o consumo presente vale diante da alternativa de esperar para consumir no futuro (GIAMBIAGI, 2015). Por isso as pessoas costumam ter maior dificuldade

de poupar para a aposentadoria, tendo em vista ser um evento distante do tempo presente. Quando o indivíduo se vê “forçado” a reduzir o consumo imediato para contribuir ou aumentar sua contribuição a um plano de previdência, ele pode encarar isso mais como uma perda no poder de compra no presente e menos como um ganho no futuro.

É importante a consciência desses vícios cognitivos para se criar mecanismos de autocontrole e de fortalecimento do compromisso pessoal com os objetivos estabelecido para si mesmo.

Já se percebeu que os investimentos relacionados à aposentadoria normalmente são de baixa liquidez. Na previdência pública, por mais que se paguem contribuições, jamais se terá o direito de resgatar o valor recolhido, salvo preenchendo os requisitos de concessão do benefício (idade mínima, tempo de contribuição etc.). Até mesmo a aposentadoria privada tem restrições de liquidez associadas a “penalidades” fiscais para o caso de resgate de curto prazo para incentivar a maior duração da poupança individual. Tudo isso para refrear o viés do presente. São medidas para proteger o indivíduo de si mesmo. Tal como o mito da Odisseia de Homero, na qual Ulisses (Odisseu) resiste à canção de encantar da Sereia, ao permitir-se ser amarrado pelos membros da tripulação do seu navio. O “canto da sereia” que prejudica o planejamento previdenciário é onipresente numa sociedade de consumo e imediatista e a educação é uma amarra poderosa para evitar que o poupador se afogue.

O controle da impulsividade pode gerar benefícios na vida das pessoas em todos os sentidos, não apenas quanto à aposentadoria. Na década de 60, ficou famoso o experimento social de autocontrole, conduzido pelo psicólogo Mischel (2016), com crianças de uma pré-escola da Universidade de Stanford. Esse estudo ficou conhecido como “O Teste do Marshmallow”. O experimento sugere que é fundamental para as pessoas a capacidade de conter as emoções de impulsividade<sup>15</sup>.

*Viés de otimismo:* é a tendência de supervalorizar a chance de eventos positivos e de desvalorizar os eventos negativos. Thaler e Sustein

---

15 Nos estudos, ofereciam-se às crianças a escolha entre uma pequena recompensa (algumas vezes um marshmallow, daí o nome do teste) entregue imediatamente ou duas pequenas recompensas se ela esperasse até o retorno do pesquisador (depois de uma ausência de aproximadamente 15 minutos). Em estudos de seguimento, os pesquisadores descobriram que as crianças que foram capazes de esperar por mais tempo pela possível recompensa apresentaram tendência de ter melhor êxito na vida, conforme mensurado por desempenho escolar, índice de massa corporal (IMC), relacionamentos mais estáveis, menos problemas socioemocionais e outros parâmetros de medição.

(2019) apontam que é importante considerar que humanos tendem a ser superotimistas e ter excesso de confiança de forma que, mesmo diante de fatos e cientes das probabilidades, acham que serão um ponto fora da curva (*outlier*) e que as coisas darão certo. Preferem acreditar que terão muito dinheiro e muita saúde do que acreditar que poderão sofrer um acidente ou contrair uma doença, por exemplo. Em resumo, acreditam que o futuro será melhor e que as coisas desagradáveis irão apenas acontecer com os outros.

O viés do otimismo se mostra nítido no conflito entre as expectativas presentes do brasileiro jovem em relação à sua realidade no futuro, pois, como indica pesquisa da ANBIMA (2020), ainda que pouco mais da metade dos entrevistados (51%) atualmente em idade economicamente ativa admitam, no presente, que dependerão da previdência pública (INSS) na aposentadoria, a realidade é que a previdência pública é a fonte de renda de 88% dos entrevistados efetivamente aposentados, com pouca variação em relação aos levantamentos anteriores.

A pesquisa ANBIMA (2020) aponta diferenças claras entre a expectativa antes de se aposentar e a realidade dos que já estão aposentados. O aposentado depende majoritariamente do INSS e vê suas despesas aumentarem acima da expectativa dos que ainda não se aposentaram. O otimismo exagerado em relação ao futuro pode prejudicar os planos para a aposentadoria, já que faz as pessoas pouparem menos (ou nada), postergar ações e confiar excessivamente em determinadas suposições mágicas.

É preciso testar a lógica para não cair no viés. Ora, se não se toma precauções em relação à aposentadoria por que acreditar que se terá uma velhice tranquila? Por que acreditar que, no futuro, se terá mais oportunidade que no presente de planejar a aposentadoria, se o tempo é crucial nesse planejamento?

O viés do *status quo* ou da *inércia*: está relacionado à aversão humana à mudança, que faz com que o indivíduo tenda a não mudar o comportamento a não ser que o incentivo seja muito forte. Note-se que a tendência é que os indivíduos se mantenham no seu estado atual, mesmo que apareça uma situação que proporcione um ganho de bem-estar. Provavelmente por este motivo, o indivíduo é facilmente iludido pela publicidade de empresas que oferecem assinatura “grátis” de serviço de transmissão (*streaming*) de vídeos ou músicas. A inércia é vencida pela poderosa vantagem – assinatura grátis –, mas, depois, expirado o prazo de experiência, a maioria passa a consumir o produto onerosamente, ainda que este não fosse o plano inicial.

No que se referem ao planejamento previdenciário, essas características se manifestam na baixa adesão aos planos de previdência pública, a despeito dos estímulos fiscais que proporcionam altos retornos em relação aos valores contribuídos, simplesmente porque os trabalhadores têm de fazer o esforço para se inscrever. Os planejadores de previdência privada se valeram deste viés para criar o nudge da adesão automática já mencionada. Em vez de optar por se inscrever, as pessoas precisam fazer um esforço para cancelar a sua inscrição. Dessa forma, a inércia pode ser utilizada a favor da poupança previdenciária do próprio indivíduo.

## 2.2 Intervenções da economia comportamental a favor da previdência pública

Para promover o comportamento desejado, ou seja, ter o público alvo da política pública agindo conforme seus interesses autodeclarados, Meneguín e Ávila (2015) defendem que é necessário conhecer tal público, seu ambiente e seu processo de tomada de decisão. Se for sabido que o contexto no qual as pessoas tomam decisões acaba influenciando suas escolhas e que aqueles que organizam e apresentam as escolhas são os chamados “arquitetos de escolha” (THALER e SUNSTEIN, 2019), o papel do formulador de políticas públicas é fundamental. Será explorada aqui a hipótese de que o próprio contexto no qual as pessoas tomam decisões pode reforçar o viés cognitivo e estimular atitudes que se opõem ao caminho planejado.

Considerando o já referido forte subsídio público aos programas de previdência do MEI e do PSPS, que aponta a vantagem de adesão, especialmente, dos trabalhadores de menor renda, supõe-se que a principal intervenção nas políticas públicas de inclusão deva acontecer por meio da *simplificação* de linguagem e dos procedimentos de inscrição, manutenção dos recolhimentos mensais e compreensão dos direitos básicos do segurado.

Quanto mais complexas as informações a que as pessoas têm acesso, mais difícil se torna o processo de escolha e, conseqüentemente, agrava a tendência humana à procrastinação nas tomadas de decisões. Uma forma de intervenção nessas situações seria adotar ações, com vistas a simplificar, orientar e apoiar os trabalhadores em suas decisões sobre previdência e torná-las mais fáceis e racionais. A utilização de linguagem simples por meio de um *site* ou aplicativo de *design* amigável e compreensível, por exemplo, é um importante instrumento de simplificação.

Formulários extensos e burocracia na inscrição desestimulam a adesão das pessoas a um plano de previdência, público ou privado. É

importante ter como premissa básica que o indivíduo, na maioria das vezes, não possui conhecimento suficiente para entender os termos técnicos utilizados em formulários de adesão e no extrato dos participantes, daí porque tais instrumentos precisam possuir uma linguagem clara, precisa, direta e objetiva para que não se tornem reforçadores do viés da inércia.

Quem lida com os serviços do INSS há muitos anos percebe nitidamente o esforço e investimento que o poder público tem feito no desenvolvimento do atendimento digital dessa autarquia, o que, sem dúvida, representa um avanço notável na prestação dos serviços ao segurado. De toda sorte, ainda há muito que avançar no oferecimento de uma melhor experiência para os usuários do Regime Geral de Previdência Social.

Caso nunca tenha feito – considerável parte dos trabalhadores acaba sendo inscrita no INSS pelos empregadores e contratantes ao firmarem a primeira relação de trabalho-, sugere-se que o leitor tente se inscrever no INSS. Nos dias atuais, a primeira iniciativa do interessado é procurar no Google “como se inscrever no INSS”. Feito isso, ele será direcionado à página do *site* “GOV.BR” com orientação para que ele acesse o “Meu INSS”. Aí já começa o primeiro empecilho. A criação de senha para o referido *site* exige perguntas relativamente complexas sobre o histórico funcional do trabalhador que fazem com que até advogados mais experientes já tenham confessado dificuldade de compreensão, a reforçar a inércia natural do trabalhador.

Propõe-se outra experiência: depois de conseguir se cadastrar no “Meu INSS”, tente o leitor gerar uma Guia da Previdência Social (GPS). Isso quando se sabe que o documento para recolhimento da contribuição responde por esse nome. É pouco intuitivo o procedimento, para não dizer complexo, até mesmo para técnicos. O acesso por meio do site da Receita Federal é obscuro, pois não é fácil de achar e muito menos decifrar o que se denomina de “sistema de acréscimos legais” e exige a informação do número de NIT/PIS/PASEP, que poucas pessoas sabem do que se trata. No mínimo, tudo relacionado à previdência precisaria estar unificado no CPF do trabalhador, da forma mais simples, direta e objetiva possível para facilitar a sua interação com os serviços previdenciários.

Para se ter ideia da complexidade dos procedimentos, atualmente, identifica-se um crescente interesse da advocacia privada em vender serviços de consultoria administrativa aos segurados do INSS, para ajuda-los na gestão da sua relação jurídica com a autarquia. Afirma Sarai (2021, p.

84), “se há um mercado para o serviço de consultoria, isso é um sinal de que não se trata de algo que qualquer um conseguiria fazer facilmente”.

Ora, se as pessoas têm racionalidade, atenção e autocontrole limitados, é imperativo que os arquitetos de escolha simplifiquem os procedimentos e a linguagem, deem *saliência* ao que importa (prazos, procedimentos, benefícios ou prejuízos), introduzam opções-padrão (*default*), utilizem lembretes personalizados, ofereçam *feedbacks* sempre que possível e no momento crucial de decisão, enquadrem as informações com base em enfoques comportamentais que possam influenciar a tomada de decisão na direção que os próprios agentes considerariam do seu interesse.

É claro que o desenvolvimento de um “Meu INSS” mais intuitivo e que valorize insights da economia comportamental gerando engajamento do trabalhador demanda investimentos. Certamente, este investimento está em curso, o que se depreende pelos recentes avanços do *site*<sup>16</sup> e também porque o poder público tem consciência de estudos, a exemplo do realizado por Bernatz e Thaler (2015), que identificam evidências de que para cada \$1 investido em políticas de economia comportamental são gerados \$100 nas contribuições para os planos de previdência privada, a um custo de implantação relativamente menor quando comparado às ferramentas tradicionais de incentivos fiscais e/ou contribuições equivalentes<sup>17</sup>.

Superados os óbices de inscrição e emissão de pagamento, a proposta mais premente de intervenção comportamental é facilitar o autocontrole pelo emprego de escolhas-padrão (*default*). No caso do trabalhador por conta própria, gestor exclusivo de seu planejamento previdenciário, estabelecer como escolha-padrão o pagamento da contribuição ao INSS via *débito automático* evita a inércia e a procrastinação<sup>18</sup>. Ademais, ao longo do tempo, a aversão à perda tende a ser mitigada, porquanto o contribuinte passa a compreender que sua renda habitual não é tudo que recebe pela contraprestação de serviços, mas sim o que sobra deste valor quando

16 Merece destaque recente a possibilidade de realizar a prova de vida por biometria facial usando apenas um aplicativo, o meu gov.br, e não mais dois aplicativos, incluindo o Meu INSS, como era antes.

17 O trabalho de Bernatz e Thaler é citado na abertura do “Guia comportamental a favor da previdência privada” (BRASIL, 2021a).

18 “O ser humano, como ser da natureza que é, está regido por suas leis, entre as quais a lei da mínima ação, também chamada de lei ou princípio do mínimo esforço. Embora isso não seja muito claro em muitos aspectos e se possa dizer até mesmo que, na verdade, se trataria de uma analogia e não da aplicação efetiva de referido princípio, já existem estudos fornecendo provas de que pelo menos o cérebro trabalharia de modo a gastar a mínima quantidade de energia possível, o que é feito justamente economizando esforço para parte significativa de suas atividades (SARAI, 2021, p. 82).

descontada a contribuição previdenciária. É o mesmo efeito sentido por quem tem este desconto na fonte.

Tendo em vista a sobrecarga de decisões a que os indivíduos estão sujeitos diariamente e a conseqüente escassez de tempo e cognição, o emprego de regras automáticas projeta um caminho de menor resistência. Para tanto, altamente recomendável haver uma forma simples e fácil de estabelecer essa escolha-padrão, possibilitando ao contribuinte individual ou facultativo que insira seus dados bancários para débito automático no momento da inscrição junto ao INSS - ou pelo menos a disponibilização da opção sempre que for necessário promover o pagamento da mensalidade previdenciária. Aqui, mais uma vez, a simplificação de procedimentos para ativar o débito automático é crucial, garantindo o compromisso prévio e anulando a possibilidade da providência não ser tomada mais tarde por força do viés do *status quo*. O fato de tomar uma decisão hoje, que será efetivada em algum momento futuro, mitigaria ainda o viés do presente e a aversão à perda.

A saliência, outra proposta de intervenção, é descrita como uma tendência a dar maior importância a determinadas informações durante a tomada de decisão pelo fato delas terem chamado mais atenção. Para Sunstein (2013), uma informação que é vívida e saliente tende a ter um impacto muito maior no comportamento das pessoas do que uma informação que é estatística e abstrata porque a atenção seria um “recurso escasso”. Assim, uma forma de utilizar esses conceitos a favor da poupança previdenciária seria deixar de forma saliente, no formulário de inscrição ou extrato, certas informações por meio de recursos visuais, como gráficos, símbolos, ilustrações e até animações, em caso de ambiente virtual.

A escassez de atenção também pode ser elevada por meio de alertas ou lembretes que sirvam como gatilhos para comportamentos que se deseja sejam mais frequentes, a exemplo do pagamento mensal da contribuição social. Como todos os procedimentos, os lembretes são mais bem-sucedidos quando são simples, claros, personalizados e adequados no tempo – disparado em momentos decisivos (The Behavioral Insights Team, 2012). Um lembrete efetivo seria, por exemplo, emails ou notificações personalizadas geradas pelo aplicativo do “Meu INSS” no celular do trabalhador, em data anterior e perto do dia de vencimento do recolhimento da contribuição, que é fixo (todo dia 15, para o autônomo, e dia 20 para o MEI), inclusive, com envio da guia de pagamento devidamente preenchida, conforme cadastramento prévio do segurado.

Nesse sentido, o aplicativo “Meu INSS”, por exemplo, detectando a ausência de pagamento<sup>19</sup> de contribuições por determinado número de meses, enviaria notificações eletrônicas informando que não foram realizados pagamentos e os prejuízos da inadimplência, particularmente, quando próximo o risco de perda da qualidade de segurado. Além de contribuir com a saliência de procedimentos e prazos, os lembretes funcionam como uma forma de manter constante o relacionamento com o contribuinte, que se sente sem estímulos após a formalização da relação previdenciária. Os lembretes podem prestar informações simples, pontuais e claras, a fim de facilitar o cumprimento dos procedimentos necessários. Enviar o boleto pronto combateria a inércia.

A economia comportamental sugere a comunicação por meio de enquadramento (*framing*) de perda. Ou seja, comunicação simples, fácil e direta dando saliência aos prejuízos da inadimplência para que se acione a aversão natural à perda, pois as pessoas são mais sensíveis a perdas do que a ganhos. Nessa comunicação seria interessante testar uma abordagem com *heurística de afeto*, que tem por base os sentimentos bons ou ruins em relação a um estímulo. As avaliações fundamentadas em afetos são rápidas, automáticas. Elas levam em conta o pensamento experiencial que é ativado antes dos julgamentos reflexivos. Um exemplo de comunicação que valoriza a heurística do afeto seria aquela que, ao lembrar a data de vencimento das contribuições previdenciárias, alertasse o contribuinte que a perda de sua qualidade de segurado deixaria ele ou sua família sem renda e desamparados, nos casos de acidente, doença ou morte.

Outra abordagem da economia comportamental que parece alinhada a combater a aversão a perdas e o viés do presente é a *poupança baseada no consumo* que se baseia no aumento da poupança previdenciária dos participantes a partir de despesas com o consumo. Isso aconteceria por meio de programas de “cashback” com cartões de créditos e transações com grandes varejistas, em que se poderia reverter parte do consumo regular do trabalhador em contribuições previdenciárias. Essa medida se aproveitaria do viés do presente (consumo imediato) e anularia a aversão à perda porque não exigiria que o contribuinte tirasse dinheiro do bolso para guardar para o futuro.

---

19 Seria interessante também mudar a linguagem. Em vez de falar em “pagamento”, o sistema poderia falar que o contribuinte está “deixando de acumular pontos” ou “deixando de acumular riqueza”. É que a palavra pagamento é psicologicamente encarada como perda.

Espetacular, quem sabe, seria a criação de um cartão de crédito/débito especificamente previdenciário<sup>20</sup>, no qual o programa de fidelidade fosse todo ou parcialmente revertido em contribuições sociais, de forma automática, a partir de compromisso prévio de seu imaginário titular. Essa modalidade de poupança permitiria ao trabalhador acumular mensalmente créditos de contribuições sociais vinculados ao seu CPF, seja para aumentar ou complementar os seus recolhimentos ordinários.

No Brasil, já se tem notícia de algumas poucas iniciativas baseadas no aumento dos aportes aos planos de previdência privada por meio do consumo. Pode-se citar como exemplos o Prev4u, o CashPrev e o Prevcash, que são plataformas que utilizam parcerias com vários segmentos de consumo, nos quais os participantes recebem um percentual do valor dos produtos a ser creditado em sua poupança previdenciária. Boas experiências internacionais que possibilitaram o aumento da poupança previdenciária baseada no consumo já existem no Chile, Colômbia, México, Peru e Espanha, por meio de parcerias firmadas por via de Fintechs. O México tem a experiência do Projeto Milhas para Aposentadoria e a Espanha possui o Pensumo (BRASIL, 2021b).

Rodrigues e Paiva (2020) ressaltam outra proposta de intervenção advinda da economia comportamental que consiste em maximizar o efeito da comunicação por meio de enquadramento (*framing*), comparações e aprovação social. Trata-se da ideia de que as decisões de um indivíduo são influenciadas pelas relações que ele mantém com os outros. Para Thaler e Sunstein (2009) um dos *nudges* mais efetivos existentes seria sugerir o comportamento por meio de influência social: se muitas pessoas pensam algo, seus pensamentos acabariam transmitindo informação do que seria melhor para alguém. O comportamento de outras pessoas seria considerado uma “prova social” de como alguém deve se comportar. Exemplos de normas sociais seriam ressaltar o que a maioria das pessoas faz ou pensa, “a maioria pretende votar” ou “a maioria paga seus impostos em dia” ou “nove em cada dez hóspedes deste hotel reutilizam suas toalhas”. Como as pessoas reagem às informações dependendo do modo como elas são apresentadas (*framed*), é mais provável que aceitem fazer uma cirurgia se lhes disserem que terão 9 em 10 chances de sobrevivência do que se ouvirem que terão 1 em 10 chances de morrer, apesar de os riscos nesses dois casos serem idênticos.

---

20 Thaler e Sunstein (2019) falam do nudge do cartão de débito beneficente, pelo qual os usuários poderiam fazer suas doações e facilitar o abatimento no imposto de renda.

Assim, no caso do trabalhador por conta própria, a comunicação deve ser apresentada (*framed*) no sentido de ressaltar as estatísticas que demonstrem que quanto antes as pessoas começam a contribuir para previdência mais cedo e com melhor renda se aposentam, ou que percentual expressivo dos residentes na região do contribuinte já pagaram a contribuição daquele mês, ou escalar o valor da contribuição do autor informando que se contribuir “X” reais a mais ele se colocaria entre a primeira metade dos maiores contribuintes do sistema. Ou seja, utilizar as normas sociais e enquadrar a informação conforme o comportamento que se quer produzir – o de uma adimplência cada vez mais qualificada.

A última proposta de intervenção é inspirada no Guia para Entidades de Previdência Privada e Seguradoras (BRASIL, 2021b), mas que pode ser facilmente aplicada aos procedimentos da previdência pública que ainda tem a necessidade de simplificação e clareza do seu diálogo com a sociedade e o segurado/contribuinte, a partir da elaboração do extrato de participação deste último.

Segundo a Autoridade Europeia de Seguros e Previdência Complementar (BRASIL, 2021b), o propósito de um extrato deve ser auxiliar os participantes a tomarem decisões conscientes sobre seu planejamento para a aposentadoria. Assim, na área restrita do ambiente virtual do “Meu INSS”, o contribuinte deve ter acesso a extrato que lhe entregue informações essenciais a encorajá-lo a realizar ações para melhorar a renda de sua futura aposentadoria. É recomendável para superar a inércia que os extratos abandonem uma abordagem meramente legalista e de *compliance* e passem a ter um viés comportamental e de conversa (“*chatbot*”<sup>21</sup>) com o participante.

Quando tais objetivos são examinados à luz dos aspectos comportamentais abordados neste trabalho, fica evidente a necessidade de uma cuidadosa revisão dos formatos e conteúdos das informações disponíveis no *site* ou aplicativo “Meu INSS”, haja vista que ele apresenta barreiras cognitivas que dificultam o planejamento das aposentadorias pelas pessoas, o que contribui para a ocorrência da inércia, do viés do presente e da aversão à perda. Neste sentido, se a plataforma de interação do órgão de previdência com o trabalhador apresentar visual pouco atrativo, excesso de informação, linguagem complexa e ausência de instrumentos ou intervenções que minimizem os vieses cognitivos, será pouco provável que ela cumpra os objetivos acima propostos.

21 Solução de atendimento por inteligência artificial que simula uma conversa com o cliente. Esta técnica foi utilizada nas contas digitais abertas pelo Governo Federal por ocasião do pagamento do auxílio-emergencial durante a pandemia.

### 3 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi analisada a possibilidade de incremento das políticas públicas de inclusão previdenciária do trabalhador autônomo sob a perspectiva da economia comportamental, buscando compreender o público alvo da política pública e o contexto em que se insere e seu processo de tomada de decisão. O foco foi a compreensão das razões da alta evasão dos referidos trabalhadores, a despeito dos subsídios públicos a programas como o do Microempreendedor Individual (MEI) e do plano simplificado de previdência social (PSPS), e de como a inadimplência pode ser reduzida por meio de intervenções comportamentais.

Apresentou-se também um desenho das possíveis intervenções para redução da inadimplência e da evasão do contribuinte individual (autônomo) do sistema previdenciário, por meio de orientação segura e de informações simples e claras acerca dos procedimentos de inscrição e manutenção das contribuições mensais, que garantam a ele e seus dependentes a proteção necessária no caso de eventos como velhice, incapacidade, morte, além de buscar minimizar as barreiras ao cumprimento de tais procedimentos. Essas intervenções foram pensadas com base em estratégias de saliência (principalmente dos prejuízos da inadimplência – com enquadramento de perda, portanto), lembretes, simplificação, micro-incentivos, *feedbacks*, opção-padrão (*default*) para o pagamento por débito automático e comunicação utilizando *framing*, comparações e normas sociais. Tais proposições levaram em conta que grande parte das intervenções pode ser realizada por meio do próprio Portal “Meu INSS”, com a infraestrutura tecnológica já existente.

Finalmente, entende-se que o presente trabalho poderá contribuir para o desenvolvimento de novas pesquisas acadêmicas, em que as intervenções desenhadas e suas variações possam ser avaliadas por meio de testes controlados e randomizados, a fim de que o processo de aprendizagem por meio dos experimentos seja o mais rico possível e anteceda as intervenções práticas junto ao público alvo da política pública previdenciária.

### REFERÊNCIAS

AFONSO, Luís Eduardo. Progressividade e aspectos distributivos na previdência social: Uma análise com o emprego dos microdados dos registros administrativos do RGPS. *Revista Brasileira de Economia, RBE*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 1, p. 3 –30, jan./mar., 2016.

- ALLIANZ. *Relatório Global do Sistema Previdenciário*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.allianz.com.br/sobre-allianz/sala-de-imprensa/relatorio-global-2020.html>. Acesso em: 30 Jun. 2021.
- ANBIMA. *Raio X do investidor brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [https://www.anbima.com.br/pt\\_br/especial/raio-x-do-investidor-2020.htm](https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/raio-x-do-investidor-2020.htm). Acesso em: 30 Jun. 2021.
- ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, R. Nagamine. *Cobertura e padrão de inserção previdenciária dos trabalhadores autônomos no Regime Geral de Previdência Social*. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.
- ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, R. Nagamine; FERNANDES, A. Zioli. *Análise descritiva das políticas públicas de inclusão previdenciária dos trabalhadores autônomos: o plano simplificado de previdência social e o microempreendedor individual*. Rio de Janeiro: IPEA, 2020.
- ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.
- BANCO MUNDIAL. *The Global Findex Database 2017*. Disponível em: <https://globalfindex.worldbank.org/>. Acesso em 03, Jun. 2021.
- BILICH, Feruccio B. Perfil da população brasileira ocupada, sem proteção previdenciária e com capacidade contributiva. *Informe de Previdência Social*, v. 30, n. 7. Brasília: Coordenação Geral de Estudos Previdenciários da SPREV/MF, 2018.
- BRASIL. Coordenação Geral de Estudos Previdenciários da SPREV/MF. *Informe de Previdência Social*, v. 30, n. 6, jun., 2018a.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar – SURPC. *O Instituto da Inscrição Automática no âmbito do Regime de Previdência Complementar: o caso do segmento das Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. Brasília, DF, 2018b.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretária Especial de Previdência e Trabalho. *Resultado do Regime Geral de Previdência Social*. Brasília, DF, Abril, 2021a.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Economia. Secretária Especial de Previdência e Trabalho. *A economia comportamental a favor da previdência privada – guia para entidades de previdência privada e seguradoras*. Brasília, DF, 2021b.

BIANCHI, Ana Maria; ÁVILA, Flavia. (orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Economia Comportamental, 2015.

CAETANO, M. A. *Subsídios cruzados na previdência social brasileira*. Brasília: IPEA, 2006.

FORUM ECONÔMICO MUNDIAL. *Investing in (and for) Our Future*. Genebra, 2019.

FUNPRESP. Adesão Automática na Funpresp: *uma ação decisiva em favor da previdência*. Brasília, 14 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.funpresp.com.br/fique-por-dentro/noticias/2020/adesao-automatica-na-funpresp-uma-acao-decisiva-em-favor-da-previdencia/>. Acesso em: 02 Jun. 2021.

GIAMBIAGI, Fábio. *Capitalismo: modo de usar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. PNADC, 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 30 Jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Tábua de Mortalidade para o Brasil: *Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73097>. Acesso em: 30 Jun. 2021.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar duas formas de pensar*. São Paulo: Objetiva, 2012.

KARLAN, Dean. Comprometido com o poupar: usando economia comportamental para motivar as pessoas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Economia Comportamental, 2015, p. 105-109.

MENEGUIN, Fernando B; ÁVILA, Flávia. A Economia Comportamental aplicada a políticas públicas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Economia Comportamental, 2015, p. 210-220.

MISCHEL, Walter. *O teste do marshmallow: por que a força de vontade é a chave do sucesso*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*. Rio de Janeiro: Best Bussiness, 2016.

NERY, P. F. *Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro, 2016.

GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RODRIGUES, Bruna Letícia; PAIVA, Luiz Henrique. O MEI sob a perspectiva da economia comportamental: adesão, inadimplência e possíveis intervenções comportamentais. *Revista Caderno Virtual*, v. 3, n. 48, 2020.

SAMSON, Alain. Glossário. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Economia Comportamental, 2015, p. 363- 373.

SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis: crítica da norma pura e caminho da transformação*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 82-83.

TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fábio. *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*; IPEA, Rio de Janeiro, 2007.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

RECEBIDO EM: 26/072020  
APROVADO EM: 04/06/2021

# FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO A PARTIR DA EDIÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL – LEI N. 14.026/2020

*WAYS TO PROVIDE THE PUBLIC BASIC SANITATION SERVICE FROM THE EDITION OF THE NEW LEGAL FRAMEWORK – RULE N. 14,026/2020*

*Juliano Heinen*

*Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER, UCS e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS) e do Estado do Rio Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Modos de prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. 2 Prestação regionalizada do saneamento básico. 3 Prestação do serviço público de saneamento por delegação. 3.1 Contratos ou instrumentos jurídicos vigentes; 3.2 Necessárias adaptações nos contratos

em vigor. 3.3 Subdelegações, ou subcontratações, ou transferências. 3.4 Outorgas de captação de água deferidas até a vigência da Lei nº 11.445/2007. 4 Desestatização das empresas estatais prestadores do serviço público de saneamento básico. Conclusões; Referências.

**RESUMO:** A partir da edição da Lei nº 14.026/2020, que introduziu um novo marco legal do saneamento básico no Brasil, a forma de prestação desse serviço público sofreu intensas mudanças. Assim, o presente trabalho pretende analisar e demonstrar a complexidade desse tema, a partir da legislação mencionada, ofertando, concludentemente, uma exposição da perspectiva atual e dos desafios futuros. O serviço público de saneamento básico pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente. Neste último caso, por meio de delegações ou por meio de outorga. Também, podem ser criados blocos regionais para racionalizar a prestação em termos de escopo ou em termos econômicos. Por meio do método analítico e expositivo, conclui-se que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico terá um papel central na execução de tais serviços públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviço Público de Saneamento. Concessões. Blocos Regionais. Contratos de Programa. Consórcios Públicos.

**ABSTRACT:** Since the enactment of Rule n. 14.026 / 2020, which introduced a new legal framework for basic sanitation in Brazil, the form of provision of this public service has undergone intense changes. Thus, the present work intends to analyze and demonstrate the complexity of this theme, based on the aforementioned legislation, offering, conclusively, an exposition of the current perspective and future challenges. The public basic sanitation service can be provided centrally or decentrally. In the latter case, through delegations or through a grant. Also, regional blocks can be created to rationalize delivery in terms of scope or in economic terms. Through the analytical and expository method, it is concluded that the National Water and Basic Sanitation Agency will have a central role in the execution of such public services.

**KEYWORDS:** Sanitation Public Service. Concessions. Regional Blocks. Program Contracts. Public Consortium.

## INTRODUÇÃO

Recentemente, a disciplina jurídica do saneamento básico no Brasil foi alterada. A atualização do marco legal do setor se deu pela edição da Lei nº 14.026/2020, alterando, basicamente: (a) A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; (b) A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (*Lei dos Consórcios Públicos*), para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de saneamento, os quais deverão ser licitados e delegados na forma do art. 175 da Constituição Federal; e, claro (c) A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (*Lei Nacional do Saneamento Básico*), com vistas a aprimorar as condições estruturais do setor.

Nesse texto, trataremos da *disciplina jurídica prevista pelas alterações no marco legal do saneamento básico no que se refere, especificamente, ao modo de prestação deste serviço público*. Em outros termos, abordaremos analítica e criticamente como a Lei nº 14.026/2020 enfrentou o tema, determinando os mecanismos possíveis de prestação das atividades que compõe o saneamento, a saber: esgotamento sanitário, dispensação de água tratada, limpeza urbana e drenagem de águas (LAHOZ, 2016, p. 87).

Para tanto, por meio do método analítico e expositivo demonstrar-se-á as modificações operadas pela mencionada legislação, a complexidade em se conjugar essas várias formas e prestação, os modelos legalmente admitidos e o papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) nesta conjuntura. Para tanto, ao final, espera-se deixar clara essa conjuntura, bem como trazer ao leitor soluções jurídicas para a eficiência regulatória, notadamente quanto às normas de referência da agência reguladora mencionada.

### 1. MODOS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A rigor, cada serviço público possui uma série de complexidades que determinam modos e formas de se prestá-lo (HEINEN, 2020, p. 1.218-1.227). De modo genérico, podemos dizer que o serviço público pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente.

Nesse cenário, o poder público presta as suas atividades de maneira centralizada, ou seja, os entes que compõem a federação brasileira exercem poder de polícia ou prestam serviços públicos (exemplo: saúde, educação e segurança), sendo estabelecida no que se conhecia como Administração

Pública direta, composta por entes políticos ou entes federados (união, estados, distrito federal e municípios). Porém, a administração percebeu que não estava dando conta de tudo, optando por criar ou transferir a outras pessoas jurídicas tais atividades. Estabelece-se, assim, a descentralização, por meio de dois modelos: outorga e delegação (ou colaboração).

(a) Por outorga (Art. 37, inciso XIX, da CF): cria-se ou se autoriza por lei específica um ente público/pessoa jurídica que irá compor a administração indireta, a qual será dotada de certa autonomia. Destacamos que, a ela, será transferida a titularidade do serviço público<sup>1</sup>.

(b) Por delegação ou por colaboração (Art. 175, da CF): faz-se uma licitação e um contrato de concessão, ou permissão, ou autorização do serviço público, momento em que se transfere a execução do serviço público a um particular.

O saneamento básico pode ser prestado a partir da mesma estrutura jurídica, com algumas especificidades. Vamos transportar o que dissemos, aplicando à realidade normativa vigente:

(a) Centralizadamente: poderá ser prestado diretamente pelo Município e Distrito Federal diante de interesse local (art. 8º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007).

(b) Descentralizadamente: outrem que não os entes federados titulares prestam tal serviço público.

(b1) Por outorga: o serviço público de saneamento será prestado por entidade que integrará a Administração Pública indireta:

(b1.1) Com interesse local: município ou Distrito Federal cria uma entidade da Administração indireta e presta as atividades que compõem o saneamento básico. Exemplo: cria-se uma autarquia ou empresa estatal para esse fim;

(b1.2) Com interesse supramunicipal ou comum a mais de uma entidade local, desde que se tenham atributos operacionais que permitem a integração municipal do serviço de saneamento básico. Neste caso, a prestação pode ocorrer por:

---

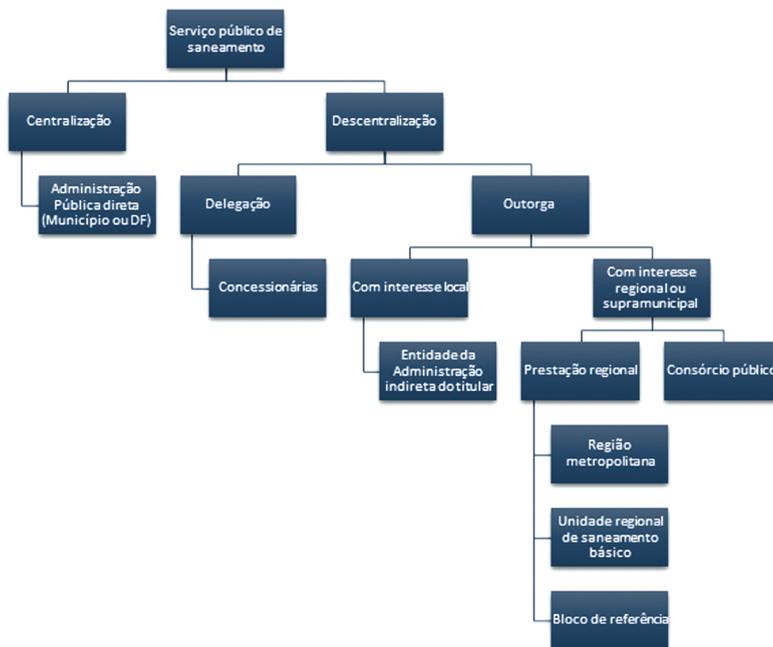
<sup>1</sup> A administração pública direta pode criar entes da administração pública indireta, por meio de outorga. A relação jurídica entre a administração pública direta e a administração pública indireta é estabelecida a partir de um controle finalístico, ou controle técnico, ou controle ministerial, ou vínculo de tutela (são expressões sinônimas)

(b1.2.1) Unidades regionais de saneamento básico: aqui, a titularidade do serviço público de saneamento será do Estado em conjunto com os Municípios, nos termos do art. 8º, inciso II, do atual marco legal e nacional do saneamento básico. Fixa-se uma gestão compartilhada. Para tanto, alguns requisitos deverão ser implementados:

(b1.2.2) Associação derivada de consórcio público: há o compartilhamento da titularidade se dá voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando consórcios públicos, consoante o art. 8º, §1º da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020) e o art. 241 da CF/88. Fixa-se aqui, uma gestão associada da prestação do serviço, que poderá se dar entre municípios, ou entre este ou estes e o Estado.

(b2) Por delegação ou por colaboração: a execução do serviço público de saneamento será feita pela iniciativa privada, mediante prévia licitação e e assinatura de contrato de concessão.

Para sistematizar:



\*Fonte própria.

Cabe referir, no tema, que o inciso II do art. 8º limita a atuação dos consórcios intermunicipais de saneamento básico apenas para o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais. É expresso em proibir a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

Em outros termos, o dispositivo em questão se preocupou que, com a criação do consórcio, pudessem-se fazer contratos de programa com empresas estatais sem licitação, ou seja, em desrespeito ao art. 175 da CF/88. Isso subverteria a teleologia do novo marco legal do saneamento que justamente pretende empregar cada vez mais o modelo de descentralização por delegação. Tanto que é considerado princípio fundamental da delegação dos serviços públicos de saneamento a seleção competitiva do prestador dos serviços – art. 2º, inciso XV, da Lei nº 11.445/2007 (SOUTO, 2004, p. 27). Ou o serviço público em questão poderia ser prestado de por “blocos regionais”, tema a ser enfrentado no tópico seguinte.

## 2 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DO SANEAMENTO BÁSICO

A prestação do serviço público de saneamento básico poderá ser feita por regiões, ou seja, de modo integrado com um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região (MARCATO, 2009, p. 41-64). Para tanto, a prestação deve abranger território abranja mais de um Município, quando se tiver diante de interesses comuns, sejam eles técnicos, econômicos etc. (*cf.* interpretação do art. 3º, inciso VI, da Lei nº 11.445/2007)<sup>2</sup>.

Exemplifica-se. Imagine que uma região metropolitana, com alta densidade demográfica, seja composta pelos Municípios “A”, “B”, “C” e “D”.

2 Aliás, a Lei nº 14.026/2020, em inúmeros dispositivos a seguir analisados, incentivou a criação destes “blocos”, por conta de que se perfaz uma racionalização da prestação destas atividades. Exemplo: “Art. 13. Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas: I - adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada; II - estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada; III - elaboração ou atualização dos planos regionais de saneamento básico, os quais devem levar em consideração os ambientes urbano e rural; IV - modelagem da prestação dos serviços em cada bloco, urbano e rural, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA); V - alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação; VI - licitação para concessão dos serviços ou para alienação do controle acionário da estatal prestadora, com a substituição de todos os contratos vigentes.”.

Economicamente se mostra racional construir canalizações, estações de tratamento, dispensação de água pelos mesmos dutos nas áreas limítrofes, ao invés de cada um dos entes federados construir a sua. Tecnicamente, o raciocínio é o mesmo: é importante que interconexões dos sistemas de esgotamento sanitário, drenagem de águas etc. sejam compatíveis. De outro lado, há questões que merecem ser pensadas em conjunto, como a drenagem de águas e o controle das enchentes, por exemplo. É um tema que não pode ser visualizado só pelo Município “A”, porque possui causa e/ou efeito nos demais entes locais.

Logo, em situações tais, será de extrema importância a criação de unidades que prestem o serviço público de modo uniforme. A Lei nº 11.445/2007, no art. 3º, inciso VI, mencionado, fez uma interpretação autêntica de como a prestação regionalizada pode ser feita. Ela menciona três possibilidades, a qual interpretamos como sendo uma disposição taxativa, ou seja, não se poderiam criar outras formas de prestação regionalizada que não aquelas dispostas em lei. Vamos referenciar, aqui, o que dispõe a regra mencionada<sup>3</sup>.

Como se disse, a prestação regionalizada<sup>4</sup> pode ser feita por:

(a) Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: cabe aos Estados instituí-las mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal. Segue a mesma lógica da prestação regionalizada de outros serviços públicos, como o transporte intermunicipal de curta distância. Será composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (*Estatuto da Metrópole*);

3 Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inciso VI: “prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (*Estatuto da Metrópole*); b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;”.

4 A prestação regionalizada é tema por deveras relevante, a tal ponto de acreditar que esse será o método para a geração de ganhos de escala e para a garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços – art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007.

(b) Unidade regional de saneamento básico: lei ordinária editada pelos Estados por constituir esta unidade, que agrupará Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos. Em realidade, por meio dessas unidades se promove uma política pública compensatória, a fim de que as unidades locais menos atrativas sejam compulsoriamente objeto de contratualização pelos prestadores, que, a rigor, estariam interessados somente nos municípios mais atrativos. Há de se instituir uma estrutura de governança que seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (*Estatuto da Metrópole*)<sup>5</sup>.

(c) Bloco de referência: a União pode criar tais blocos com agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, nos termos do § 3º do art. 52 Lei nº 11.445/2007. Esse dispositivo pouco fala de como o bloco será formalizado ou criado. Apenas afirma que será feito de “forma subsidiária aos Estados”, caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de um ano da publicação da Lei nº 14.026/2020 (cf. art. 15). Pensamos que, na ausência de uma maior deliberação normativa, a criação formal seguirá em muito o *Estatuto da Metrópole* – Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. A gestão será associada e adesão será voluntária.

Para sistematizar o tema, confira a tabela abaixo:

	<b>Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião</b>	<b>Unidade regional de saneamento básico</b>	<b>Bloco de referência</b>
<b>Quem institui</b>	Estado	Estado	União
<b>Tipo de lei</b>	Lei Complementar	Lei Ordinária	Omisso
<b>Municípios limítrofes</b>	Necessariamente	Não necessariamente	Não necessariamente

\* Fonte própria.

Ademais, independentemente da forma de prestação regionalizada, ou seja, que atenda mais de um município ou região, ou que prestem serviços públicos de saneamento básico diferentes em um mesmo Município ou região devem “[...] manter sistema contábil que permita registrar e demonstrar,

5 Cf. art. 8º, § 3º, da Lei nº 11.445/2007.

separadamente, os custos e as receitas de cada serviço em cada um dos Municípios ou regiões atendidas e, se for o caso, no Distrito Federal.” (art. 18 “caput” da Lei nº 11.445/2007).

Isso permite que se tenha: transparência fiscal e orçamentária e que se possam compensar tarifas de diferentes titulares. Ou mesmo, se é possível, organizar com clareza e transparência os subsídios cruzados (exemplo: a tarifa do tratamento e dispensação de água potável custearia o esgotamento sanitário que, hipoteticamente, seria deficitário). Além disso, deixar-se-ia mais bem especificadas as balizas para o futuro reequilíbrio econômico-financeiro (MOTTA, 2014).

Quanto à adesão (in)voluntária à prestação regionalizada, pode-se dizer que esse é um dos pontos mais debatidos no tema do saneamento básico. E, na nossa compreensão, está delineado de modo inconsistente na Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020. Para sistematizar a nossa exposição, vamos abordar o assunto a partir da comparação do que dispõe várias regras inseridas pelo novo marco legal, coligando com as três formas de prestação regionalizada.

Primeiramente, cabe referir que a prestação regionalizada existia antes da vigência da Lei nº 14.026/2020, que instituiu um novo marco legal no saneamento básico no Brasil. Sob a égide da legislação anterior, o STF, na ADI nº 1.842-RJ (BRASIL, 2021), declarou que a adesão dos municípios atingidos pela estrutura interfederativa era obrigatória. Não havia, aqui, um juízo de oportunidade e conveniência, porque, criada a referida unidade, automaticamente a titularidade da prestação do serviço público de saneamento deixava de pertencer aos municípios e migrava à estrutura criada (VASQUES, 2010, p. 319-340).

Ao que nos parece, essa não foi a opção do legislador, apesar de uma inconsistência. Vimos que o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 11.445/2007 dispõe que a prestação regionalizada pode ser feita de três modos: (a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (b) unidade regional de saneamento básico; (c) bloco de referência. O § 4º do mesmo art. 3º dizia que ficava “[...] facultado aos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas de que trata o inciso VI do “caput” deste artigo.”. Contudo, esse dispositivo foi vetado. Então, se ficassemos só nessa regra, a única voluntariedade existente quanto à adesão estaria resumida na Região Integrada de Desenvolvimento (Ride), conforme dispõe o § 5º (não vetado). Aqui, a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico estará condicionada à anuência dos Municípios que a integram.

E os motivos do veto são claros: “A propositura legislativa, ao estabelecer por intermédio de emenda parlamentar, a facultatividade dos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas, viola o § 3º do art. 25 da Constituição da República, ante a compulsoriedade da participação dos Municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas (v. g. ADI 1842, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/02/2013).”.

Conforme se percebe, a intenção do veto era justamente determinar a compulsoriedade da adesão, tendo por base dois fundamentos: (1) o art. 25, § 3º, da CF/88; e o (2) disposto na mencionada ADI nº 1.842-RJ, STF. Contudo, ao que nos parece, se essa era a intenção do Presidente da República, ele “esqueceu” de vetar o art. 8º-A: “É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.”. Logo, o dispositivo, vigente, é claro, ressuscita a facultatividade.

Em outras palavras, a regra citada determina que a titularidade dos serviços públicos de saneamento de interesse local, ou seja, os Municípios e o Distrito Federal (*cf.* inciso I do art. 8º), possam aderir voluntariamente às “formas de prestação regionalizada”. Essas maneiras de prestar o serviço regionalizadamente estão interpretadas no art. 3º, inciso VI, já citado. Sem contar que a parte final da alínea “c)” do inciso VI do art. 8º da Lei nº 11.445/2007 deixa claro que, quando ao “bloco de referência”, a gestão associada será voluntária por parte dos titulares.

Em outros termos, apesar do veto ao § 4º do art. 3º da Lei nº 11.445/2007, o que vale é a norma vigente, ou seja, o art. 8º-A. Logo, entendemos que a adesão dos Municípios e o Distrito Federal é facultativa. Tal dispositivo legal dispõe que a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada será voluntária. Em outros termos, pelo texto da regra, uma vez criada a unidade regional, os Municípios por ela abrangidos não são atingidos automaticamente pelas suas decisões, ou são obrigados a nela integrar.

### **3. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO POR DELEGAÇÃO**

A Lei nº 14.026/2020, que estabeleceu um novo marco no saneamento básico no Brasil, teve uma meta basilar: estimular a competitividade na prestação de tal serviço público, o que pressupunha a disputa por entidades

privadas, oriundas da livre iniciativa. Essa, historicamente, não era a lógica do setor, que se pautava na prestação direta pelos titulares – de modo centralizado –, e, quase que na totalidade dos casos, pela prestação por empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelos Estados federados. Neste último caso, eram feitos ajustes de todo o tipo: contratos de programa, convênios de cooperação ou mesmo sequer havia qualquer título que delegasse a execução de tais atividades as estas pessoas jurídicas.

Em outros termos, pretende-se que o setor de saneamento seja pautado pela prestação via concessão de serviço público, na forma do art. 175 da CF/88, seguindo a lógica dos demais serviços públicos, como a telefonia, energia elétrica, gás, transporte etc. Então, uma série de artigos determinaram que assim se procedesse, como por exemplo, o art. 10 da Lei nº 11.445/2007, que justamente assim disciplina o tema.

A prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá, então, ser por entidade que integre a Administração Pública do titular do serviço, o que se daria de modo centralizado ou por outorga. De outro lado, fora dessas situações, a prestação depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da CF/88.

O mesmo dispositivo citado, na sua parte final, veda expressamente que o saneamento possa continuar a ser executado mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. Tanto que essas previsões constantes na *Lei de Consórcios Públicos* (Lei nº 11.107/2005) passam a ser proibidas.

### 3.1. Contratos ou instrumentos jurídicos vigentes

A certeza estabelecida se deu em relação aos contratos futuros. Mas a dúvida que ficou é: e os contratos de programa ou congêneres atualmente vigentes e que ainda possuem prazo de fluência? A resposta parece ser vista a partir do caso concreto. Em outros termos, caso se tenha um contrato de programa (ou congêneres) que seja regular, ou seja, feito sob a legalidade até então vigente, tal pacto deve ser respeitado em homenagem à segurança jurídica e ao respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88). E essa compreensão foi acolhida pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007: “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.”<sup>6</sup>.

6 Tal dispositivo é referendado pelo art. 17 da Lei nº 14.026/2007: “Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.”.

Contudo, caso o contrato não seja regular, ou seja, o instrumento que autorize uma pessoa jurídica a prestar o serviço público de saneamento seja precário ou, na pior das hipóteses, sequer exista um negócio jurídico, não há que se falar em continuidade da prestação. Então, o titular do serviço pode, de plano, perfazer a licitação para delegação da prestação das atividades, na forma do mencionado art. 175 da CF/88; E o contrato a ser feito deve incorporar, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (*Lei geral de concessões e permissões de serviço público*), além das disposições do marco legal do saneamento e das regulações infralegais incidentes.

### 3.2. Necessárias adaptações nos contratos em vigor

(1) Vimos no item precedente que os contratos em vigor deverão ser respeitados. Mas isso não impede que sejam revistos a incorporar uma série de metas, disposições e deveres impostos a todos aqueles que, independentemente do instrumento ou da forma, venham a executar os serviços de saneamento básico.

Assim, desde já se pode concluir que todos os contratos ou negócios jurídicos que possam ser preservados devam ser reavaliados para vislumbrar se já possuem ou não previsão das determinações legais ou regulamentares. Caso não as possuam, devem ser objeto de necessário aditivo para incluir:

(a) Comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 – art. 10-B<sup>7</sup>;

(b) Definição de como serão implementadas metas de universalização que garantam (art. 11-B)<sup>8</sup>:

(b1) o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável; e

(b2) o atendimento de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033;

7 E isso deve ser precedido de estudo que comprove essa capacidade – art. 11, inciso II, da Lei nº 11.445/2007.

8 A universalização é um princípio fundamental, conforme art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007.

(b3) metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento (tanto que os contratos em vigor devem prever essas metas de que trata até 31 de março de 2022, ou seja, o § 1º do art. 11-B determina que se faça o aditivo)<sup>9</sup>.

Só para se ter uma ideia da importância do tema, o § 8º do art. 11 considera irregulares e precários os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos na Lei nº 11.445/2007. Então, há o dever de as partes renegociarem os contratos de saneamento fixados.

(2) Ainda, chama a atenção que a Lei nº 14.026/2020 permitiu adaptações nos prazos dos contratos, especificamente para racionalizar esse período de transição do modelo de contratos de programa, para o modelo de concessões de serviço público. Em para isso, a União poderá apoiar técnica financeiramente, conforme dispuser decreto específico – *cf.* art. 13 da referida legislação.

No caso de existirem contratos com prazos distintos, e eles devam ser substituídos, seu prazo final poderá ser reduzido ou prorrogado, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo (§ 1º do art. 13 da Lei nº 14.026/2020). Isso permite que se garantam licitações globais, ou seja, tendo por objeto uma série de atividades que poderiam findar com prazos diferentes.

A dúvida que remanesce é: essa redução ou prorrogação deve ser bilateral ou unilateral? Enfim, poderia ela ser imposta ao atual prestador de serviços? Entendemos que ela deveria ser negociada, até em homenagem à segurança das relações jurídicas e ao respeito ao que foi pactuado.

Ainda, o referido § 1º do art. 13 pontua algumas regras:

(a) Na hipótese de redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e

---

9 A Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, no § 9º do art. 11-B permite a dilação do prazo para cumprir as metas nos seguintes termos: “Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no caput deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária.”

(b) Na hipótese de prorrogação do prazo, proceder-se-á, caso necessário, à revisão extraordinária, na forma do inciso II do “caput” do art. 38 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, dado que se verifica a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, e que altera o seu equilíbrio econômico-financeiro.

### 3.3. Subdelegações, ou subcontratações, ou transferências

O serviço público de saneamento básico é complexo e reclama muitos investimentos (KILPATRICK, PARKER, ZHANG, 2006). Esse investimento é amortizado e remunerado por meio da operação da própria infraestrutura, ou seja, aquele que investe na operação pretende, por um determinado período de tempo, ser remunerado pelo capital empregado (MARTÍNEZ, 2004, p. 7-10). Mirando nesta conjuntura, o art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, permitiu que o contratado, ao sagrar-se vencedor de uma licitação para concessão deste serviço público, possa:

(a) Realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004;

(b) Subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato<sup>10</sup>, desde que:

(b1) haja previsão contratual ou

(b2) autorização expressa do titular dos serviços;

(b3) exista comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício da subdelegação em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico (art. 11-A, § 1º);

(b3) seja precedido de procedimento licitatório.

---

10 O termo “valor do contrato” é interpretado pelos §§ 6º e 7º do art. 11-A da Lei nº 11.445/2007: “art. 11-A (...) § 6º Para fins de aferição do limite previsto no “caput” deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. § 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço.”.

Caso se opte pela subdelegação, o contrato a ser firmado com o terceiro pelo prestador original do serviço deverá estabelecer os limites da sub-rogação de direitos e obrigações, e devem ser pautados, naquilo que couber, pela mesma disciplina jurídica imposta ao contrato de concessão original. Na nossa ótica, se a agência reguladora do setor deve validar ou fiscalizar ou aprovar os contratos de concessão, com toda razão deverá assim o fazer em relação aos contratos de subdelegação<sup>11</sup>.

Além disso, o § 3º do art. 11-A vedou subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, com fundamento do princípio da modicidade tarifária. Em verdade, as premissas originais que pautam o equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser alteradas pelos subcontratos firmados.

A transferência dos contratos de prestação de serviço de um prestador para outro será condicionada à autorização dos titulares dos serviços, e, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (*cf.* art. 42, § 5º, da Lei nº 11.445/2007).

Normalmente os investimentos na área de saneamento resumem-se em “custos irrecuperáveis” ou “custos afundados” (TEIXEIRA e HELLER. 2001, p. 138-146). Em economia, custos irrecuperáveis, também chamados de “custos afundados” ou “incorridos” (*sunk costs*, em inglês). Significa dizer que a prestação do serviço de saneamento se faz por estruturas que não tem ou são de difícil revenda no mercado. Por isso que a sua mensuração econômica é bastante complexa.

Além disso, são investimentos muito substanciais, e por isso fica facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento (art. 42, § 5º). Para tanto, é adequado que se exijam garantias para a operação (TRAVASSOS, 2015).

#### **3.4. Outorgas de captação de água deferidas até a vigência da Lei nº 11.445/2007**

---

11 No tema: “Art. 43 (...) § 1º A União definirá parâmetros mínimos de potabilidade da água.

§ 2º A entidade reguladora estabelecerá limites máximos de perda na distribuição de água tratada, que poderão ser reduzidos gradualmente, conforme se verificarem avanços tecnológicos e maiores investimentos em medidas para diminuição desse desperdício.» (Lei nº 11.445/2007).

O saneamento básico pode ser desdobrado em quatro atividades essenciais, uma delas consistente na captação e dispensação de água tratada. Antes de tudo, cabe notar que a água é um bem comum, pertencente à coletividade. Logo, a titularidade dos mananciais de água pertence aos entes federados (v.g. art. 20, inciso III; art. 26, inciso I, etc., todos da CF/88). Contudo, o acesso aos mananciais água por quem quer que seja tem toda uma regulamentação, a fim de evitar a escassez, garantir o igualitário e racional aproveitamento etc. – essencialmente disposto no *Código de Águas*.

Para tanto, o acesso à captação de águas pode depender de outorga. Nesses casos, o § 2º do art. 10 dispôs que as empresas estaduais detentoras destes direitos poderão ter suas outorgas segregadas, quando isso for possível. Caso não o seja, o Poder Público pode permitir que a empresa estatal transfira o direito à pessoa jurídica que ganhou a disputa pela concessão do serviço. Assim, garante-se a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos, a qual deverá firmar contrato de longo prazo com a atual concessionária, que poderá ter de assumir os riscos da prestação (GARCIA, 2014, p. 270).

No caso, será estabelecido dois contratos:

- (a) Um contrato de concessão entre o titular do serviço público de saneamento e o vencedor do certame;
- (b) Outro contrato entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

Toda essa complexa situação merece uma disciplina regulatória clara, reclamando da ANA e das demais agências reguladoras eficiência neste aspecto (SUBDFELD, 2014, p. 249). A concorrência no setor de saneamento possui várias dificuldades. Fala-se, aqui, em se estabelecer um mercado competitivo, assim como se percebe em setores como a energia elétrica, gás etc. Em alguns países, como a Inglaterra, até se percebe a possibilidade de se estabelecer mercados competitivos de compra e venda ou de trocas comerciais no uso e distribuição de água tratada. Exemplo: empresas maiores compram o excedente de água tratada produzido por empresas menores (DECKER, 2014, não paginado, Item 11.1.4 da Parte II (e-book)). Essa situação tornar-se-ia mais factível em relação às outorgas de captação, que poderiam, com a anuência do Poder Público, serem

transacionadas – mas daí estamos diante de caso a ser enfrentado pelo direito minerário. Claro que a água em si, por ser um bem vital, não poderia ser objeto comercialização, mas sim os direitos sobre esse bem.

#### **4. DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO**

A evolução da prestação do saneamento básico no Brasil passou uma série de etapas. Nos anos setenta do Século XX, destacou-se a seguinte perspectiva: o Governo federal da época incentivou que os titulares do serviço transferissem a execução das atividades coligadas ao saneamento básico às pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública estadual. Então, criaram-se uma série de empresas públicas ou sociedades de economia mista, por uma série de instrumento – ou mesmo sem instrumento algum – passaram por décadas a prestar esses serviços à coletividade.

O marco legal do setor, vigente a partir da Lei nº 14.026/2020, empreendeu esforços para que o modelo de outorga fosse substituído pelo modelo de delegação do serviço, por meio de concessão. Para tanto, é razoável que não faça mais sentido que sejam mantidas as empresas estatais de saneamento pertencentes aos Estados federados. Por isso, o art. 14 da referida legislação inaugurou uma série de regras para que se possa efetivas a desestatização das referidas pessoas jurídicas.

No “caput” do referido art. 14 menciona-se que é possível a alienação do controle societário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico – ou o Estado federado aliena o controle total da empresa, ou seja, cem por cento das ações, ou fica como acionista minoritário. Se uma destas opções for tomada pela entidade pública controladora, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o *Programa Estadual de Desestatização* – que deve existir à época da prática de tais alienações.

Na hipótese de se operar a transferência do controle da empresa pública ou da sociedade de economia mista, o adquirente pode optar por uma das seguintes situações:

- (a) Caso o controlador não externar necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação,

salvo a necessidade de se cumprir as metas e prazos de universalização<sup>12</sup>, não se precisa da anuência do titular do serviço (art. 14, § 1º, da Lei nº 14.026/2020);

(b) Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alterações no contrato antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos titulares do serviço e as empresas estatais, os quais devem deliberar em conjunto a respeito no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta. Após este interregno de tempo sem manifestação das partes, ou seja, no seu silêncio, reputa-se que as partes anuíram com a proposta (§ 3º a 5º do mesmo art. 14 da Lei nº 14.026/2020).

Em outras palavras, o art. 14 facilitou o transpasse do controle acionário das empresas estatais, bem como conferiu segurança jurídica no caso de se modificar os ajustes, sinalizando uma convergência com o art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007<sup>13</sup>. Para sistematizar o tema, confira a estrutura a seguir disposta:

Não há necessidade de alterar o contrato	Dispensa anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa
Há necessidade de alterar o contrato	A proposta deve ser apreciada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista
Observação: em nenhum dos casos se elimina os aditivos para incluir as disposições que garantam as metas de universalização.	

\* Fonte própria.

De qualquer sorte, conforme dispõe o § 3º do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, combinado com o art. 17 da Lei nº 14.026/2020, houve expressa determinação de que se respeitassem os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Eles permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

De outro lado, a fim de dar segurança jurídica ao mercado, mesmo que se perfaça uma desestatização ou a alienação do controle societário por parte das empresas estatais, eventuais contratos de parcerias público-

12 Cf. § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

13 Lei nº 11.445/2007, art. 10, § 3º “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”.

privadas ou de subdelegações que tenham sido firmados por meio de processos licitatórios deverão ser mantidos pelo novo controlador – art. 18 da Lei nº 14.026/2020. Isso evita que o adquirente da sociedade de economia mista ou da empresa pública possa declarar a resolução de tais ajustes. Então, eventual interessado em adquirir as companhias estaduais de saneamento deve se ater a esta vedação legal. Aquele que adquirir a empresa estatal acaba por automaticamente a figurar no polo ativo do negócio por sucessão contratual direta.

## CONCLUSÕES

A Lei nº 14.026/2020 adotou um modelo muito parecido com o francês, mantendo a titularidade do serviço no Poder Público (art. 8º da Lei nº 11.445/2007). E os privados poderão operar esse serviço por meio de delegações precedidas de licitação, e com base em um regulador econômico independente que supervisiona os operadores privados e pode aplicar várias formas de prestação ou concorrência para incentivar melhorias de desempenho. Esse regulador é duplo: um setorial, a cargo da Agência Nacional de Águas e Saneamento, e outro a cargo de organismos regionais ou locais.

A concorrência horizontal do setor é limitada por amplas razões econômicas e sociais. Eficiência alocativa: foca na distribuição de recursos de modo eficiente, tornando equilibrada a relação entre os concorrentes e o acesso aos recursos. O que se tenta conseguir, por meio da regulação, é uma eficiência produtiva, a qual é ligada mais aos custos de produção. Há uma vinculação quanto ao dispêndio para produzir determinado bem ou prestar o serviço.

Assim, a regulação deste determinado setor deve dar maior relevância na avaliação das premissas relativas à concorrência. Tal regulação pressuporá a normatização e fiscalização de como o serviço será prestado, mas também poderá impor a forma com que ele será executado, seja localmente, seja regionalmente. De modo que o impacto regulatório pressuporá que se estabeleçam escolhas que, no mais das vezes não podem ser ponderadas a partir de pressupostos econômicos, dado que o tratamento de água ou o recolhimento de esgoto não são bens economicamente mensuráveis no sentido estrito do termo, ou seja, seguindo a lógica da “oferta e da procura”. A natureza ou os valores sociais incidentes não são precificáveis. Então, para dar cabo de se conseguir legitimar a escolha regulatória, pode-se valer do princípio da precaução ou da prevenção. Esses paradigmas serão estruturantes no setor de saneamento.

Veja que importará em muito elevar a qualidade da regulação por meio de parâmetros justificadores e programáticos. Em outras palavras, a opção tomada deve ser fundamentada e preocupada com suas consequências no setor. É claro que se terá aqui a natural é insuperável incompletude de informações e uma notável gama de externalidades. Basta ver os múltiplos fatores geográficos e meteorológicos que afetam a prestação do serviço público de saneamento<sup>14</sup>. De modo que uma análise de impacto regulatório sempre será uma tentativa de se conseguir ao máximo uma correta análise da conjuntura atual e da previsão acerca do que pode acontecer. Mas veja, sempre será uma tentativa. Por isso que uma série de métodos surgiram e podem ser aqui aplicados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ*. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 19 mai. 2021.

DECKER, Christopher. *Modern economic regulation. An Introduction to theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 (e-book).

GARCIA, Flávio Amaral. Direito das contratações públicas: crítica e novas perspectivas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: PGE-RJ, edição especial, 2014.

HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

KILPATRICK, Colin; PARKER, David; ZHANG, Yin-Fang. *Foreign direct investment in infrastructure in developing countries does regulation make a difference?* *Transnational Corporation*, v. 15, n. 1, abr. 2006.

---

14 A dispensação de água no Nordeste do Brasil é muito diferente da região Sul. A drenagem de águas em zonas urbanas reclama estruturas de engenharia completamente diversas da zona rural. E assim por diante.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. *Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2016.

MARCATO, Fernando Scharlack e STINGHINI, Adriano Cândido. A gestão compartilhada dos serviços de saneamento básico: uma proposta para a solução da polêmica da titularidade em regiões metropolitanas. In: OLIVEIRA, Gesner e SCAZUTCA, Pedro. *Economia do saneamento no Brasil*. São Paulo: Singular, 2009, p. 41-64.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Estudios de derecho público*. Montevideo: Mastergraf SRL, v. 1, 2004.

MOTTA, Ronaldo Seroa. *Questões regulatória no setor de saneamento no Brasil*. Notas Técnicas IPEA. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

TEIXEIRA, J. C.; HELLER, L. Modelo de priorização de investimentos em saneamento com ênfase em indicadores de saúde: desenvolvimento e aplicação em uma companhia estadual. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 6, 2001, p. 138-146.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VASQUES, Denise. A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico em debate no Supremo Tribunal Federal. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil*. Aspectos jurídico da Lei Federal nº 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



RECEBIDO EM: 10/06/2021

APROVADO EM: 04/11/2021

# DIGITAL PUBLIC SERVICES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

## *SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS*

*Luiz Henrique Diniz Araujo*

*Pós-doutorados na Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne e na Universidade da British Columbia (Canadá). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com Doutorado Sanduíche pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador Federal.*

**SUMMARY:** Introduction. 1. Constitution and Public Services. The fundamental right to a “good public administration” and public digital services. 2. Constitutional issues on the use of technology in public services. 2.1. Digital illiteracy and digital divide. 2.2. Privacy threats. 2.3. Artificial intelligence “black boxes”. 2.4. Right to appeal. 2.5. Weakening of public unions and of public service. Conclusion. References.

**ABSTRACT:** This paper focuses on digital tools that have been increasingly used by the Public Administration in order to perform its constitutional goals and also on constitutional concerns that those tools may evoke. It analyses how digital government can reconcile the adoption of initiatives that facilitate the access to public services and data collection (that allows the design of better policies) with features that incarnate rule of law values. This will allow a decision-making algorithm to output a human-readable explanation to the decision, as well as guarantee privacy, adherence to due process of law and access to public services by people who are not digitally included.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Digital Government. Privacy. Due Process of Law. Digital Exclusion.

**RESUMO:** Este artigo foca em ferramentas digitais que vêm sendo crescentemente utilizadas pela Administração Pública com a finalidade de cumprir suas tarefas constitucionais, bem como em questões concernentes a direitos fundamentais que o uso dessas ferramentas pode suscitar. Assim, analisa como o governo digital pode compatibilizar a adoção de iniciativas que facilitem o acesso a serviços públicos e a coleta de dados (que possibilita o desenho de melhores políticas públicas) com instrumentos que encarnem valores jurídicos. Isso permitirá que um algoritmo expeça decisões que sejam justificadas em linguagem inteligível por seres humanos, bem como a garantia da privacidade, aderência ao devido processo legal e acesso a serviços públicos por pessoas que não são incluídas digitalmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Governo Digital. Privacidade. Devido Processo Legal. Exclusão Digital.

## INTRODUCTION

The French and American Constitutional Revolutions, in the end of the XVIII<sup>th</sup> century, have been a landmark of the constitutionalist movement in the world. These movements have widespread the conceptions of a Liberal and Democratic State of Law.

Despite the rise of modern constitutions by the end of the XVIII century, such as the United States Constitution, the First French Constitution and, a few decades later, the First Brazilian Constitution (1824), the late XVIII and the XIX centuries are broadly known as the time of the “Legal State” (*Rechtstaat*, in German), but not yet the Constitutional State, such as it is known today. The incremental transition from the Legal State to the Constitutional State has positioned the Constitution in many contemporary democracies in the centre of the legal system.

World War II (WWII) decisively launched social and academic wave shocks that challenged the foundations of Constitutionalism and the liberal optimism expressed by natural justice intrinsic to economic and social relations. As a consequence, it triggered the crisis of an idealized and radical separation between state and society (HILBINK, 2006, p. 20).

The new post-WWII conception on Constitutionalism and on the nature of the state was concerned about creating conditions that would allow each individual the development of her personality. This provokes shifts on the understanding of fundamental rights and the techniques destined to protect them. From then on it is possible to speak of the rise of the Constitutional State in its entirety, characterized by the conception of law involving an essentially axiological experience with the Constitution vested by normative force in the epicenter of the legal system.

As a consequence of the normative force of the constitution, the branches of government have increasingly been called to interpret and enforce it. In this broader context, courts have been playing a decisive role in shaping constitutional and fundamental rights in a variety of democracies. From the 20<sup>th</sup> century on (in the U.S., since the 19<sup>th</sup> century), courts have gained power in deciding constitutional and even political cases, such as in Canada, South Korea, South Africa, New Zealand, U. S., Germany, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights (KAPISZEWSKI, 2013, p. 1).

In recent decades, also Latin America has experienced the empowerment of courts. Within this broader context, Constitutional Courts have been adopted (Chile in 1981; Colombia in 1991; Peru in 1993; Ecuador in 1996; Bolívia in 1998) or have gained power (Brazil in 1988; Costa Rica in 1989). As a consequence, judicialization of constitutional fundamental rights and judicial review have been in rise (COUSO; HUNEEUS; SIEDER, 2010, p. 142).

In this broad picture, Supreme and Constitutional Courts (and also the lower courts and judges) have been playing a very important role in the democratic process. This empowerment of constitutions and courts has driven constitutional scholarship in Brazil and perhaps in a global scale away from Public Administration matters and from Administrative Law. Nevertheless, we, constitutional scholars, should be reminded that the public administration is a major enforcer of fundamental rights, specially of social constitutional rights, but not only.

As a consequence, Constitutional Law scholarship should approach the Public Administration and Administrative Law. These are quickly evolving fields of legal research deeply connected to constitutional rights, specially in times of digitization and automation of public services.

This paper is launched as an initiative to fill this gap. It focuses on digital tools that have been increasingly used by the Public Administration in order to perform its constitutional goals and also on constitutional concerns that those tools may evoke.

The *problem* under scrutiny is how digital government initiatives can rise concerns relating to constitutional fundamental rights and how these rights can be adequately protected in the digital environment.

The *aim* of the paper is to analyse how digital government can reconcile the adoption of initiatives that facilitate the access to public services and data collection that allows the design of better policies with features that incarnate rule of law values in order to allow a decision-making algorithm to output a decision and also a human-readable explanation to the decision (ZALNIERIUTE; MOSES; WILLIAMS, 2021, forthcoming, p. 11), as well as guarantee privacy and access to public services by people who are not digitally included.

The *hypothesis* of the paper is that digital government tools can on one hand enhance equality of decisions and efficiency in providing public

services. On the other hand, they can harm fundamental rights, such as the right to privacy, the right to a due process and adequate access to public services by people who are digitally excluded.

The *methodology* used is consultation of references (primary and secondary sources – books, papers, judicial decisions and media news).

## **1. CONSTITUTION AND PUBLIC SERVICES. THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A “GOOD PUBLIC ADMINISTRATION” AND PUBLIC DIGITAL SERVICES**

Sometimes forgotten in scholarship and debates about Constitutional Law (that too often focus on the role of courts), the public administration in modern states normally plays a key role in the enforcement of constitutional rights. This is also true in Brazil. For instance, the Brazilian 1988 Constitution entrenches provisions on a variety of legal topics, such as tax law, family law, health law, environmental law, social security, administrative law, procedural law, among others. Many of these provisions are enforced by the public administration.

Thus, in Brazil, as well as in other jurisdictions, there has been a real quest for the “good administration”, or an administration that effectively promotes constitutional rights, behaves within constitutional boundaries and emphasizes transparency, sustainability, respect to the due process of law, impersonality, probity, efficiency and “tempered” legality (FREITAS, 2015, p. 118–9).

This quest for a “good public administration” has inevitably involved the use of digital technologies, such as artificial intelligence, machine learning and blockchain. These tools make part of the concept of digital government or e-government, that involves automation of procedures and decisions aiming to achieve better government and better public services. The main argument is that technology will remove humans (with all their biases and limitations) from some governmental operations (BASU, 2004, p. 110).

According to this conception, systems could be designed to ensure that some governmental functions, such as collection of taxation, distribution of social security benefits and management of other welfare programs, issuance of passports, collection of census data (MEYER, 2021), record of land registries, integrity of government records, running elections, among others, could be carried out in

a higher compliance with the rule of law. There are experiences in an increasing number of nations, such as the United Kingdom, the United States, Sweden, Georgia, Mexico, Australia, China, Honduras (ZALNIERIUTE; MOSES; WILLIAMS, 2021, p. 3) Russia, India, South Africa and, of course, Brazil.

Specifically in the developing world, there has also been a growing interest in the digitalization of public services. There is a clear trend in developing countries (also in the BRICS, of course) to follow the tendency in developed Western countries to adopt online public services (RANCHORDAS, 2021).

In Asia, Digital India (INDIA, 2021), was conceived as “a flagship programme of the Government of India with a vision to transform India into a digitally empowered society and knowledge economy”. Within the program, India is building digital infrastructure to provide a number of online services to citizens.

China has developed plans to harness big data and artificial intelligence for the purpose of social management. The Social Credit System has gained special prominence as a set of mechanisms that rates actors and provides them rewards and punishments on the grounds of the lawfulness and morality of their social, economic and political conduct (CREEEMERS, 2021).

China's General Office of the State Council released on April 15 a circular that calls for deepening administrative reform on six fronts. It includes the call of related departments to build and improve the administrative data sharing and coordinating system, to strengthen information sharing and certify mutual recognition. It also aims the improvement of credit supervision, as well as that traditional service modes should be reserved along with innovation of smart services, to avoid obstacles that certain groups, including the elderly, may face (THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, 2021).

South Africa launched a new e-Government Portal, aiming at improved landing page, better classification of e-services, quick access to e-services, easier/simpler navigation, easier/simpler e-service identification, explanation on specific e-service and improved user experience, with the expressed purpose of enabling government services online with the reduction of the cost of accessing those services, streamline administrative processes, improvement of turnaround times, strengthening accountability and responsiveness (SOUTH AFRICA, 2021).

In Russia, e-government tools have been designed with the aim of “significantly reduce administrative barriers for citizens and the need to personally visit state institutions”. According to the plan, in the coming years, Russian citizens will be able to apply for approvals and permits over the Internet, as well as to assess the quality of public services (RUSSIA, 2021).

Brazil has also over the years been developing a broad program of digital services in the federal level (BRAZIL, 2021.a). In parallel, several member states and municipalities have been digitalizing some of their public services, that have been fostered also by federal incentives (BRAZIL, 2021.b).

The Brazilian Federal Act n. 14.129/2021 (BRAZIL, 2021.c) provides on principles, rules and instruments of e-government and the improvement of public efficiency specially by means of de-bureaucratization, innovation, digital transformation and participation of citizens (art. 1).

At the regulation level, the Regulatory Act n. 10.332/2020 (BRAZIL, 2021.d) institutes the Digital Government Strategy for the years 2020–2022 within the Federal Administration. Among other provisions, this regulation creates the Digital Government National Network (Rede Gov.br), on the basis of a collaborative and voluntary participation among the federal, state and municipal governments. This network has the aim to provide exchange of information and joint measures related to the expansion of the Digital Government Strategy (art. 7).

Also important is the Regulatory Act n. 9.319/2018 (BRAZIL, 2021.e), that establishes the National System for Digital Transformation and the governance structure for the implementation of the Brazilian Strategy for Digital Transformation. Among other provisions, the regulation sets goals to be achieved, including: (i) the offer of simple and intuitive digital public services consolidated in one sole platform with available assessment; (ii) the grant of wide access to information and to open governmental data, in order to allow the exercise of citizenship and innovation in digital technology; (iii) promotion of integration and interoperability of the governmental database; (iv) promotion of public policies based on data and evidence; (v) implementation the General Act of Data Protection (Lei Geral de Proteção de Dados); (vi) availability of digital identification of citizens.

From the samples given above, it is possible to assert that there is an evident trend towards e-government initiatives in many countries rising positive expectations, but also new problems and concerns.

In one hand the adoption of e-government initiatives may facilitate the access to public services and data collection that allows the design of better policies. Thus, e-government would foster administrative efficiency, effectiveness, increasing quality, lower cost, keeping government operations systematic, sustainable, flexible, robust, lean and agile. It would also enable better communication, collaboration and the maintenance of accurate durable records (TWIZEYIMANAA; ANDRESSONA, 2019, p. 171).

On the other hand, there is a certain fetish towards technology (BAKAN, 2020, p. 104-5) that can blind us in relation to its eventual flaws. Digital government initiatives rise concerns on the enhancement of the rule of law, because this link is not straightforward. Then, when systems can replace human public servants, they must contain built-in design features that incarnate rule of law values in order to allow, for instance, a decision-making algorithm to output a decision and also a human-readable explanation to the decision (ZALNIERIUTE; MOSES; WILLIAMS, 2021, p. 11), as well as guarantee privacy. On top of that, there is the dramatic reality of digital illiteracy, detected not only in the developing but also in the developed world, as well as concerns on a possible weakening of public service values if public servants are progressively and massively kicked out. These issues will be approached in the next chapter.

## **2. CONSTITUTIONAL ISSUES ON THE USE OF TECHNOLOGY IN PUBLIC SERVICES**

Well-designed government systems can promote consistent application of law, enhance security (even in election processes, for instance in Brazil) and enable citizens to be treated equally when laws are enforced. In Brazil, public administration is constitutionally imposed to follow five core principles entrenched in article 37, caput: legality, impersonality, morality, transparency and efficiency. There is no question that governmental digital platforms can somehow help attain these constitutional goals.

However, while governments are rolling out these programs, more democratic and constitutional scrutiny is needed in order to enhance privacy, data protection, due process safeguards and guarantee access to public services by digital excluded people.

## 2.1. Digital illiteracy (UNESCO, 2021) and digital divide

Initiatives on the digitization of public services explicitly or implicitly assume that citizens have access to a smartphone or similar devices, can afford a connection and have good reading and writing knowledge. However, this is not true for a great share of people in the world.

According to the European Commission, digital exclusion is a widespread and growing phenomenon that adds to other forms of exclusion, on the basis of, for instance, low income and education, location, culture, or disabilities. Eighty million Europeans never use the internet either because they don't have a computer or it is too expensive or because they find it too difficult or not relevant to connect digitally. Cognitive or physical disabilities also may prevent people from using *information and communications technology* (ICT) and the internet (EUROPEAN UNION, 2021).

In the United States there are also persistent digital divides, although 72% of Americans over the age of 15 use the internet at home, according to data from 2017. Nevertheless, deep differences have been diagnosed on the basis of geography and income: while 73% of urban residents, only 65% of rural Americans use the internet at home. 54% of families with incomes less than \$25,000 a year used the internet at home, in contrast to 82% of families with incomes of \$ 100,000 or higher (UNITED STATES, 2021).

In Portugal, in 2020, 84,5% of households have a connection at home and 81,7% benefit from broadband connection. This is a significant increase, more than 3,6 p.p. compared to the previous year. However, digital divide on the basis of income is significant: the 20% richest households benefit from a 96,8% of access to the internet and 94,5% to broadband connection. In contrast, the 20% poorest households keep a 66,8% access to the internet at home and 62,4% to a broadband connection (PORTUGAL, 2021)

According to the Inclusive Internet Index, published by The Economist magazine and updated to 2021, covering 120 countries that represent 98% of global GDP and 96% of global population, Brazil is the second-highest ranked among 20 Latin American countries in the index, and 36th in the world. The country ranks good on internet availability (48th) and affordability (16th) in the world, but struggles with a 69th place about internet readiness (THE ECONOMIST, 2021).

Data collected by the Regional Center of Studies to the Development of the Information Society (Cetic.br) (BRAZIL, 2021.f) show that 28% of

the Brazilian households have no access to the internet. This corresponds to over 50 million people. In lower-income social classes (classes D and E), the percentage of households with no internet access rises up to 50% (BRAZIL, 2021.g).

Initially merely connected to lack of infrastructure, today it is known that digital exclusion is more than an economic or infrastructural issue (BRISSON-BOIVIN; McALEESE, 2021). It means that citizens cannot have equal participation in the digital world because of a handicap in their educational, social or even political capabilities. Thus, digital divide is extremely perverse, because it deepens already existing social issues and divides.

The problem is dramatic because for many people addressing a civil servant can be the only way of accessing public services (RANCHORDAS, 2021). As a consequence, the broad adoption of digital services and the corresponding reduction of in person contact with a public servant is a real threat to fundamental rights of those harmed by digital exclusion, such as the right to access several public services.

For the sake of respect to the fundamental rights involved, the progress of demobilization of personal contact with a public servant cannot be abrupt, but incremental, following the pace of digital inclusion.

## 2.2. Privacy threats

The right to privacy is a fundamental right in any democratic jurisdiction. Relating to e-government initiatives, concerns on personal data protection arise. Actually, the role of governments on privacy protection is usually ambiguous. If in one hand they have to enforce the right to privacy, on the other hand governments have to access personal data to develop welfare state initiatives (BASU, 2004, p. 122-3).

Thus, governments must navigate in a narrow path that allows the use of personal data for the deployment of digital public services without allowing the undue capture and misuse of these data. This threat has been clearly spotted in the China Social Credit System, but is constantly present in developed and developing democracies.

The Chinese Social Credit System (SCS) is framed as a set of digital devices and mechanisms providing rewards or punishments as feedback to actors. These feedbacks are designed not only on the basis of the

lawfulness of their behaviors, but also on their economic, social, political or moral actions.

Many observers have been concerned about this complex system, as it will not only track citizens, but also score them considering online purchases, posted content on social media and personal connections one can cultivate. This score is planned to have deep consequences on people's lives and can influence their ability to get jobs, loans and mortgages, as well as other personal aspects of life, reaching even one's ability to travel (CREEMERS, 2021, p 1-3).

If in democracies these wide-ranging systems have not yet been spotted, they are always a pending threat that needs permanent surveillance by government or by its contractors, that, in one way or another, are vested with some features of governmental power.

Of course digital services must be reconciled with protection to personal data. This is a permanent quest of governments, as acknowledged by the Director of the Brazilian National Authority for Data Protection (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2021). This is a big challenge of governments involving the digitization of public services.

The theme has even reached the Brazilian Supreme Court (BRAZIL, 2021.h) in a lawsuit filed by the National Bar Association. In this lawsuit the plaintiff challenges the Regulatory Act n. 10.046/19 (BRAZIL, 2021.i) and its provisions on the interoperability of data basis under the custody of the Federal Government. This regulatory act has established the Citizen Basic Records and data sharing inside the Federal Government.

According to the plaintiff, the act ignites an extremely powerful tool of government surveillance that comprehends not only basic personal, family and professional information of all Brazilian citizens, but also sensitive personal data, such as biometrics, that can be collected for the purpose of automated recognition, like the palm of the hand, digitals, retina or iris or the face shape, voice or the way one walks (BRAZIL, 2021.j).

In another set of lawsuits, the Brazilian Supreme Court issued a provisory injunction forbidding data sharing from telecom companies with a federal governmental agency (IBGE – Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística) (BRAZIL, 2021.k). The lawsuit challenged the Presidential Executive Order n. 954/2020 (BRAZIL, 2021.l), that rules on data sharing from telecommunication companies to the IBGE in order

to provide data supporting the production of official statistics during the COVID-19 Pandemic.

According to the provisory injunction issued by the Court, the Executive Order (Medida Provisória n. 954/2020) does not appropriately define how and what are the purposes of the use of the collected data. Thus, it is not possible to assess the necessity and adequacy of the data sharing, with a consequent damage to the substantive due process of law (Federal Constitution, art. 5., LIV – BRAZIL, 2021.m).

The provisory injunction also demonstrates concern with the secrecy of the data to be shared with the IBGE. Although the Executive Order at stake rules that the data will be exclusively used for the aim of official statistics and that IBGE is not allowed to share them with other public or private institutions, the same Executive Order offers no technical or administrative mechanism apt to protect the personal data from non authorized access, accidental leaks or undue use.

With regard to leaks, they have not been a rare event withing brazilian federal administration. The Federal Audit Office (Tribunal de Contas da União) has recently started an audit procedure to verify the adequacy of the Federal Government to the provisions of the General Act on Data Protection (BRAZIL, 2021.n).

Within this audit procedure, the Federal Audit Office has so far collected feedback from 381 federal institutions. The final report is not yet finished, but information from the Audit Office indicate constant leaks of data and low adequacy to the General Act on Data Protection (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2021.b).

In another case, a public service concessionaire that operates the Line 4 of the Subway in the town of São Paulo was sentenced in a class action for violation of basic rights of consumers on sensitive data protection. The enterprise, vested by public powers in the condition of concessionaire, installed a digital platform that collected, used and stored personal data of the subway users without their previous consent (CONJUR, 2021).

According to the decision, the concessionaire had the burden to prove that the system does not store personal data of users, neither realizes facial recognition or records the images. Moreover, the concessionaire, vested by public authorization for the purpose of providing subway services, had

the burden to prove the destination of the data collected. However, none of these happened in the case (BRAZIL, 2021.o).

### **2.3. Artificial intelligence “black boxes”**

There are several challenges to assure that artificial intelligence development will comply with the rule of law in contemporary jurisdictions. Artificial intelligence raises several concerns. One of them that we should consider here relating to fundamental rights are the so-called “black boxes”.

This idea essentially means that algorithms cannot offer a detailed justification on how a certain result/decision was reached. In other words, it is not possible to understand how an artificial intelligence system assesses and ponders data and information. That’s why it is said they are “black boxes”, because data and results can be understood by human beings, but the link between them are undecipherable. As a result, humans cannot understand the process followed to reach a certain decision. This happens even when the inventor of the system is willing to disclose the source code (CORVALÁN, 2018, p. 306).

This is a real legal problem because when fundamental rights and rule of law are concerned, it is essential to understand and validate the “intermediate results”. This means that reasoning structures must be clear and understandable by the human mind. As such, an artificial intelligence structure designed to deal with legal norms must be capable of explaining in human readable language, step by step, the reasoning operations and corresponding legal justifications that were used from the very beginning to the very end of the process (“traceability”) (CORVALÁN, 2018, p. 311).

### **2.4. Right to appeal**

In many democratic jurisdictions the right to appeal is a right of every citizen in judicial and administrative procedures. Although in Brazil there is no explicit fundamental right to appeal it is uncontroversially accepted by interpretation from constitutional provisions. This is also true for administrative proceedings. Many acts that provide on Administrative Procedural Law entrench the right to a second decision on the same issue.

One of the most important is the General Law of Federal Administrative Procedure (BRAZIL, 2021.p), whose article 2nd, X, provides

that in contentious proceedings or in those from which sanctions can exsurge the right to appeal is guaranteed.

The issue here is that the basis of the right to appeal is the right to a second decision from other people than the one or ones who enacted the first decision. This is a way of freeing the second decision of the bias from those who issued the previous one.

In a digital system used to issue decisions on sensitive matters this is quite difficult, even impossible. For that reason, governments that aim to adopt systems designed to issue decisions on administrative proceedings should guarantee the right to appeal to another administrative body. But how to do that when the “judge” is a computational system?

In the lack of a better digital solution, the key to solve this puzzle probably maybe to allow a second decision issued by a a body formed by human beings.

## **2.5. Weakening of public unions and public service**

One important feature of democracy that will be toughly impacted by the deep adoption of e-government tools is the predictable weakening of public service.

It is widely accepted that structured public service and public careers based on merit and professional skills led to the professionalization of public services and that this is a safeguard of rule of law and ultimately of democracy. This is a fundamental tool to secure that long-term policies will be enforced in spite of the government of the moment.

In Brazil, this conception was constitutionalized specially in articles 37 to 42, that provide thoroughly on public services and public servants. Many of these provisions guarantee that public service will be structured in careers and that public officers are vested with guarantees that secure the adequate development of their duties.

As it has been demonstrated, digital public services are a means of facilitating the access to public services and data collection that allows the design of better policies. But, it must be added as a reason for concern that this digitization movement should not be allowed to weaken public services as if government were a machine that has no moral and legal compromises as its fondaments.

Thus, the digitization of public services must be accompanied by a strengthening of career public officers and actual participation in the decisory and strategic spheres, as well as the increment in the participation of the citizenry on public decisions.

## **CONCLUSION**

This paper has departed from the assumption that the empowerment of courts in judicial review of legislation processes have driven constitutional scholarship in Brazil and in many other jurisdictions away from Public Administration matters and from Administrative Law.

This paper is a reminder that the public administration is a major enforcer of fundamental rights and that its functioning rises several constitutional issues. In this path, it focuses specially on digital tools that have been increasingly used by Public Administration in order to perform its constitutional goals and on constitutional concerns that those tools may evoke.

Digital government initiatives can enhance equality of decisions and efficiency in providing public services, involving automation of procedures and decisions aiming to achieve better government and better public services. The main argument is that technology will remove humans (with all their biases and limitations) from some governmental operations (BASU, 2004, p. 110).

On the other hand, digital government initiatives rise concerns on the enhancement of the rule of law. Then, digital systems must contain built-in design features that incarnate rule of law values in order to allow, for instance, a decision-making algorithm to output a decision and also a human-readable explanation to the decision (ZALNIERIUTE; MOSES; WILLIAMS, 2021, p. 11), as well as guarantee privacy. On top of that, there is the dramatic reality of digital illiteracy, detected not only in the developing but also in the developed world.

In order to add its contribution on issues that e-government initiatives may rise, this paper has brought up a set of constitutional themes that can be impacted by the unfettered adoption of digital government tools, such as the right to privacy, the right to a due process and adequate access to public services by people who are digitally excluded.

**REFERENCES**

BAKAN, Joel. *The New Corporation. How “Good” Corporations are Bad for Democracy*. Vintage Books, 2020, New York.

BASU, Subhajt. *E-Government and Developing Countries: An Overview*. *International Review of Law Computers & Technology*, v. 18, n. 1, p. 109–132, March 2004.

BRAZIL. *Governo Digital*. Available at *Página Inicial* — Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Access on May 20, 2021.a.

BRAZIL. *Governo Digital*. Linha de crédito de US\$ 1 bilhão do BID apoiará estados e municípios na digitalização de serviços públicos. Available at *Linha de crédito de US\$ 1 bilhão do BID apoiará estados e municípios na digitalização de serviços públicos* — Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Access on June 3, 2021.b.

BRAZIL. *Lei 14.129/2021*. Available at [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm). Access on May 11 2021.c.

BRAZIL. *Decreto 10.332/2020*. Available at [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm). Access on May 11 2021.d.

BRAZIL. *Decreto 9.319/2018*. Available at [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm). Access on May 11 2021.e.

BRAZIL. *Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação*. Available at <https://www.cetic.br/pt/sobre/>. Access on May 16, 2021.f.

BRAZIL. *Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação*. *Tic domicílios 2019*. Available at <https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/>. Access on May 16, 2021.g.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 6649*. Requerente: *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2021.h.

BRAZIL. *Decreto n. 10.046/2019*. Available at [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm). Access on May 30, 2021.i.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. OAB questiona decreto presidencial sobre compartilhamento de dados dos cidadãos. Available at <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459125&ori=1>. Access on May 25, 2021.j.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 6387. Requerente: *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Requerido: Presidente da República. Available at <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=6387&numProcesso=6387>. Access on June 9, 2021.k.

BRAZIL. *Medida Provisória n. 954*. Available at [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm). Access on May 15, 2021.l.

BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Available at [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Access on May 15, 2021.m.

BRAZIL. *Lei n. 13.709/2018*. Available at [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Access on May 14, 2021.n.

BRAZIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Comarca de São Paulo. Foro Central Cível. 37.<sup>a</sup> Vara Cível. Ação Civil Pública n. 1090663-42.2018.8.26.0100. Autor: Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Réu: Concessionaria da Linha 4 do Metro de São Paulo S.a. (Via Quatro). Available at [viaquatro-indenizar-implantar-sistema.pdf](http://viaquatro-indenizar-implantar-sistema.pdf) (conjur.com.br). Access on June 1, 2021.o.

BRAZIL. *Lei n. 9.784/1998*. Available at [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm). Access on May 8, 2021.p.

BRISSON-BOIVIN, Kara; McALEESE, Samantha. How digital literacy can help close the digital divide. *Policy Options Politiques*. Available at <https://policyoptions.irpp.org/magazines/april-2021/how-digital-literacy-can-help-close-the-digital-divide/>. Access on May 3rd, 2021.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. ANPD: *É imperativo conciliar transformação digital com proteção de dados no Governo*. Available at <https://www.>

convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile&infoid=56786&sid=9. Access on May 30, 2021.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. *TCU adverte para constantes vazamentos no governo e à baixa adequação à LGPD*. Available at <https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile&infoid=56783&sid=9>. Access on May 28, 2021.b.

CONJUR. *ViaQuatro deve indenizar por implantar sistema de detecção facial nas estações*. Available at <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/viaquatro-indenizar-implantar-sistema-deteccao-facial>. Access on May 29, 2021.

CORVALÁN, Juan Gustavo. *Inteligência Artificial: retos, desafios y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018.

COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge University Press, 2010, NY.

CREEMERS, Rogier. *China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control*, May 9, 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3175792> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792>. Access on May 27, 2021.

EUROPEAN UNION. *Digital inclusion for a better EU society*. Available at *Digital inclusion | Shaping Europe's digital future* (europa.eu). Access on June 1, 2021.

FREITAS, Juarez. *Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência* (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

HILBINK, Lisa. *Beyond manycheanism: assessing the New Constitutionalism*, *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 65, issue 1, p. 15-31, 2006.

INDIA. About *Digital India*. Available at *Digitalindia | Digital India Programme | Ministry of Electronics & Information Technology(MeitY)* Government of India. Access on June 7 2021.

KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013.

MEYER, Carl. StatCan expects in-person visits for 2021 census only in 'rare circumstances'. *Canada's National Observer*. Available at <https://www.nationalobserver.com/2021/04/05/news/statistics-canada-expects-person-visits-2021-census-rare-circumstances>. Access on June 8 2021.

PORTUGAL. Statistics Portugal. *Sociedade da Informação e do Conhecimento - Inquérito à Utilização de Tecnologias da Informação e da Comunicação nas Famílias*. Available at [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=415621509&DESTAQUESmodo=2&utm\\_content=40&utm\\_term=4.0++Uma+carta+do+seculo+XXI&utm\\_campaign=58&utm\\_source=e-goi&utm\\_medium=email](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=415621509&DESTAQUESmodo=2&utm_content=40&utm_term=4.0++Uma+carta+do+seculo+XXI&utm_campaign=58&utm_source=e-goi&utm_medium=email). Access on May 15, 2021.

RUSSIA. *E-Government in Russia*. Available at <https://digital.gov.ru/en/activity/statistic/rating/elektronnoe-pravitelstvo-v-rf/>. Access on May 30, 2021.

RANCHORDAS, Sofia. *Automation of Public Services and Digital Exclusion*. <http://www.iconnectblog.com/2020/03/automation-of-public-services-and-digital-exclusion/>. Access April 27 2021.

SOUTH AFRICA. *E-services*. Available at <https://www.eservices.gov.za/tonkana/home.jsf>. Access on May 16, 2021.

THE ECONOMIST. *The Inclusive Internet Index*. Available at <https://theinclusiveinternet.eiu.com/explore/countries/BR/>. Access on May 15, 2021.

THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. *China to deepen administrative reform*. Available at [http://english.www.gov.cn/policies/latestreleases/202104/15/content\\_WS607805d1c6d0df57f98d7dfe.html](http://english.www.gov.cn/policies/latestreleases/202104/15/content_WS607805d1c6d0df57f98d7dfe.html). Access on May 15, 2021.

TWIZEYIMANAA, Jean Damascene; ANDRESSONA, Annika. *The public value of E-Government – A literature review*. *Government Information Quarterly*, v. 36, p. 167–178, 2019.

UNESCO. Policy Brief. *Digital Literacy in Education*. Available at [https://iite.unesco.org/files/policy\\_briefs/pdf/en/digital\\_literacy.pdf](https://iite.unesco.org/files/policy_briefs/pdf/en/digital_literacy.pdf). Access on May 3rd, 2021.

UNITED STATES. *Department of Commerce. Five Digital Inclusion Trends in the United States*. Available at <https://www.ntia.doc.gov/blog/2018/five-digital-inclusion-trends-united-states>. Access on May 29, 2021.

ZALNIERIUTE, M.; MOSES, L. Bennett; WILLIAMS, G. *Rule of Law by Design? Tulane Law Review*, v. 95 (3), 2021, *forthcoming*. Available at <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/UNSWLRS//2021/31.html>. Access on April 26, 2021.

RECEBIDO EM: 24/06/2019

APROVADO EM: 06/08/2019

# A CIBERSEGURANÇA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A CHAVE-DE- OURO PARA EFETIVIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI N.º 13.709/2018)

*CYBERSECURITY IN PERSONAL DATA PROCESSING: THE  
GOLDEN-KEY TO EFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN  
GENERAL DATA PROTECTION LAW (13.709/2018)*

*Márcin Marks Szinvelski*

*Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).*

*Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
(UNISINOS/BR).*

*Taynara Silva Arceno*

*Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Graduada em Direito pela Universidade  
do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Assessora de Juiz de Direito no TJRS.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A mutação da privacidade: o colorido da sociedade digitalizada. 2. Proteção de dados e autodeterminação informativa: possibilidade de controle dos dados. 3. O consentimento livre e informado: medida preventiva de segurança em matéria de proteção de dados pessoais?. 4. Autoridade Nacional

de Proteção de Dados: mecanismos de segurança e confiança na proteção de dados. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** A recente *Lei Geral de Proteção de Dados* – LGPD surge no contexto em que a segurança dos dados é valorizada e fator de atribuição de confiança pelos titulares de informações. Em boa parte seguidas pela LGPD, as regulamentações no âmbito comunitário europeu reforçam a necessidade de adotar mecanismos técnicos e administrativos, ainda pouco utilizados, como as certificações ou selos de qualidade na proteção de dados e os códigos de conduta (apresentados no artigo), a serem normatizados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, instrumentos que fomentam a *responsabilização proativa* dos responsáveis pelo tratamento de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção de Dados. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Privacidade. Cibersegurança. Regulação. Certificação em Proteção de Dados. Códigos de Conduta.

**ABSTRACT:** The Brazilian General Data Protection Law - LGPD arises in the context in which data security is valued and a factor of trust attribution by the holders of information. To a large extent followed by the LGPD, regulations in the European community reinforce the need to adopt technical and administrative mechanisms, still little used, such as certifications or quality seals in data protection and codes of conduct (presented in the article), which will be regulated by the National Data Protection Authority (ANPD), instruments that foster the accountability of those responsible for the processing of data.

**KEYWORDS:** Data Protection. National Data Protection Authority (ANPD). Privacy. Cybersecurity. Regulation. Certifications in Data Protection. Codes of Conduct.

## INTRODUÇÃO

O *Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD – UE 2016/679)* é, reconhecidamente, o *standard* regulatório seguido pela normatização brasileira em matéria de proteção de dados (*Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD*). A adoção de uma regulamentação que discipline a coleta, o tratamento e os direitos do titular surge como imposição tácita do mundo interconectado por meio da internet. O comércio eletrônico e a *digitalização da vida* tornaram necessária a presença de instrumentos que guarnecessem segurança jurídica e conferissem legitimidade às operações inerentes ao tratamento de dados pessoais de pessoas singulares pelas empresas controladoras de banco de dados. O dado pessoal ocupa, à luz da metáfora, a função de *ouro negro* das economias digitais e, por que não, das organizações estatais.

A proteção de dados estrutura-se sob a base do respeito aos princípios reitores ou direitos específicos previstos em regras comunitárias e nacionais<sup>1</sup>. Não se deve olvidar, porém, que o antecedente lógico da adequada tutela dos dados passa pela atribuição de densidade ao princípio da segurança no tratamento de dados pessoais ou, como preferimos, das *medidas de seguridade*<sup>2</sup>, o qual se traduziria na capacidade de resistência do sistema informático a eventos acidentais de vazamento de dados ou a ações maliciosas ou ilícitas que comprometam a disponibilidade, a autenticidade, a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais conservados em bancos de dados ou em transmissão.

Nesse aspecto, surgem fatores diferenciadores e convergentes<sup>3</sup>: o elemento divergente reside na ausência de autonomia do direito à proteção de dados no ordenamento brasileiro, em razão da finalidade da *Lei Geral de Proteção de Dados* ser a tutela específica dos direitos de liberdade e de privacidade. De outra parte, a convergência está na importância destinada à *segurança da informação*,

1 Por via distinta, mas convergente, é o que defende Paul Bernal, sustentando que existiram quatro direitos básicos a serem respeitados na formulação de regulamentações em torno da trafegabilidade na rede: (i) o direito de navegar na internet com privacidade, (ii) o direito de monitorar quem monitora, (iii) o direito de excluir dados pessoais e (iv) o direito de proteger a identidade online (BERNAL, 2014, p.15).

2 Adiantamos, desde logo, que a escolha da expressão passa pela noção de que é impossível a garantia da *segurança absoluta* na proteção de dados por meio de sistemas informatizados. De outra parte, todos os responsáveis pelo tratamento de dados devem adotar medidas concretas de proteção dos sistemas informatizados, isto é, *medidas de seguridade*, motivo pelo qual adotamos a terminologia indicada.

3 O contraste está no desenvolvimento da proteção de dados no *velho continente* o qual germina na década de setenta e que, após, são consolidadas na *Diretiva Europeia 95/46*. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice), que ocupa *status constitucional* e prevê a proteção de dados pessoais como *direito fundamental*, inovou no cenário europeu, implicando na reelaboração técnica do instrumento jurídico responsável por conferir segurança jurídica aos tratamentos de dados pessoais.

incorporada no *Regulamento da União Europeia* no considerando trinta e nove e no artigo 5.º, alínea “f”, no sentido de que “(...) os dados pessoais deverão ser tratados de uma forma que garanta a devida segurança e confidencialidade”, o qual encontra paralelo na regulação brasileira no princípio da segurança, conceituado como a “(...) utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”. Deveras, não existiria proteção de dados pessoais sem a concreção de mecanismos de segurança, os quais se ajustariam à destinação (princípio da finalidade) do dado coletado e o nível de proteção requerido (princípio da adequação), sob pena de colocar-se em *dúvida* a própria ideia de proteção de dados.

Em razão da ausência de um contorno legislativo que aponte para a autonomia do direito à proteção de dados, será analisado, na primeira parte do artigo, a *mutação da privacidade*; seguindo-se com a construção da autodeterminação informativa, especialmente em torno da possibilidade de controle dos dados pessoais; e, logo após, a perspectiva do consentimento livre e informado como medida preventiva de segurança. Após, expõe mecanismos de segurança e confiança na proteção de dados que a *LGPD* dispõe a serem implementados pelos setores públicos e privados: a certificação e a adoção de códigos de conduta setoriais.

## 1. A MUTAÇÃO DA PRIVACIDADE: O COLORIDO DA SOCIEDADE DIGITALIZADA

O escândalo revelado pelo jornal britânico *The Guardian*<sup>4</sup> reascendeu o debate sobre a necessidade da uniformização da proteção de dados em torno de instrumentos regulatórios sólidos e que confirmam padrões mínimos de segurança e de confiabilidade na utilização de dados pelos controladores, nos limites do

---

4 A empresa *Cambridge Analytica* coletou os dados de mais de cinquenta milhões de usuários da rede social *Facebook*, os quais foram utilizados na campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos. As informações sobre o caso foram contadas ao *The Guardian* por *Christopher Wylie*, ex-funcionário da *Cambridge Analytica*. A coleta dos dados foi feita por intermédio de um aplicativo, dentro da plataforma *Facebook*, no ano de 2014, que realizava testes de personalidade com os usuários. Com as informações colhidas, a empresa traçou um perfil psicográfico comportamental de cada usuário da rede, o que permitiu que fossem fornecidas propagandas políticas adequadas para cada perfil, influenciado diretamente em seus votos. O número expressivo de dados vazados se deu pelo fato de que o aplicativo não coletava apenas os dados daquele usuário que realizava o teste, aceitando as condições de uso, mas sim, de toda a sua rede de contatos dentro da rede social. O vazamento teria ocorrido por conta de uma política flexível da rede social *Facebook* em relação ao fornecimento de informações pessoais a aplicativos de terceiros dentro da rede social. Poucos dias após divulgação do acontecido, o *Facebook* já havia perdido aproximadamente de 50 bilhões de dólares de seu valor no mercado. (CADWALLARD; GRAHAM-HARRISON, 2018) e (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

consentimento do usuário. Pensar que o incidente passou ao largo da realidade brasileira é um equívoco: o episódio de vazamento de dados atingiu cerca de 500 mil cidadãos brasileiros, participantes da rede social. O desnudamento dos efeitos do relacionamento entre tecnologia e cidadãos, põe forma ao poder simbólico do *processo de aceleração dos rumos da história*. Embora os contornos apresentem-se, ainda, indefinidos, torna presente a conclusão de que está-se diante do fenômeno da *reinvenção da privacidade*, ressignificada pelo *devir tecnológico* e o corolário da (re)construção contínua da identidade da pessoa. O tempo pauta-se em milissegundos – não mais em horas e minutos – e a dependência crescente dos modelos da sociedade do consumo e da cultura cosmopolita assenhoram-se do sujeito (RODOTÀ, 2014, p.293-294; LIMBERGER, 2016).

No entanto, convém notar que a preocupação com a tutela do direito à privacidade que é própria da contemporaneidade alcança as atuais características somente no final do século XIX (DONEDA, 2006, p.8). Perez Luño (2012, p. 1) registra que a *metamorfose* apresenta-se dupla maneira: (i) do original direito de estar só para o aspecto *de estar no âmbito social e coletivo* e (ii) desde o *direito da personalidade* ao deslocamento para a *esfera patrimonial*. Significa afirmar, portanto, que na sociedade de informação e de consumo, a intimidade se transformou em mercadoria. A intimidade de cada pessoa, dessa forma, possui valor singular, especialmente nos meios de comunicação e de publicidade, que estão dispostos a pagar para obtê-la e publicizá-la. Assim sendo, a característica tradicional do direito à intimidade se mantém como direito personalíssimo somente para os absolutamente incapazes, os quais gozam de forma plena, já que para os civilmente capazes o grau de exposição pessoal pode ser objeto de transação, renúncias e cessões, com finalidade exclusiva de exploração econômica. Diante disso, conclui-se que, no que afeta a maioria da sociedade, a intimidade reposicionou-se da dimensão de direito da personalidade para o âmbito dos direitos patrimoniais (PÉREZ LUÑO, 2012, p.121).

Os dados pessoais assumem inquestionável transcendência na sociedade contemporânea: o *tsunami digital*<sup>5</sup> repercute em organismos públicos e privados. As repercussões superam a face individual e coletiva, chegando a fomentar o debate sobre o futuro da democracia no contexto tecnológico, como alerta Rodotà, quando afirma que “*o fim da privacidade não representaria somente um risco para as liberdades individuais: ele pode efetivamente conduzir ao fim da democracia*” (2008, p.144), dado que a construção das identidades

5 A expressão é de autoria de Stefano Rodotà (2014, p. 298).

restaria conduzida, guiada, por poderes “invisivelmente” constituídos<sup>6</sup>. Por essa via, a presença da perspectiva do *panóptico eletrônico* é inegável, querendo significar que nossas vidas estariam permanentemente expostas a monitoramento ou, conforme alerta Castells, “[...] como vivemos existências compósitas, essa exposição pode nos levar a *um eu esquizofrênico*, divididos entre o que somos *off-line* e a imagem que temos de nós mesmos online, que assim internaliza a censura”<sup>7</sup>. À luz da contextualização, sustenta-se como relevante a adoção de mecanismos jurídicos que norteiem a proteção de dados e a noção de segurança nos sistemas informatizados.

A *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709/2018)* segue a tendência global de estabelecer parâmetros de legitimidade para o tratamento de dados pessoais, tanto que novas políticas vêm sendo adotadas por grandes empresas cujas plataformas de negócio situam-se na *internet*, em razão dos efeitos da inspiração protecionista-equilibrada da normatização europeia<sup>8</sup>. As regras vigentes na União Europeia, em boa medida, são seguidas pela LGPD<sup>9</sup>

- 6 Nesse sentido, Piñar Mañas, em recente artigo, pontua um fenômeno que está destinado a expandir, haja vista o incremento de dados gerados automaticamente, uma vez que “ (...) poder de los algoritmos puede configurar la identidad de la persona, una identidad controlada, diseñada y vigilada. Lo que pone en cuestión el propio derecho al libre desarrollo de la personalidad. Una identidad cuya configuración puede limitarse, en base al modo en que se reconducen e incluso definen los gustos o prioridades de las personas. Se puede perfilar con facilidad a las personas y puede limitarse el marco de su desarrollo personal en un proceso difícil de identificar y ante el que puede resultar aún más difícil resistirse, pues en definitiva el algoritmo va a adecuar procesos a nuestros gustos, por lo que no será fácil objetar las indicaciones que de ello se deriven.” (2017, p.69).
- 7 Manuel Castells (2013, p. 143-149) sustenta a possibilidade do “fim da privacidade” na *internet*, trabalhando a questão da exposição exacerbada nas redes e programas de vigilância governamentais. Adverte que o ânimo com a liberdade trazida pela *internet* foi elevada, ao ponto de tornarem distantes da memória coletiva as práticas autoritárias de vigilância no próprio ambiente de trabalho. Castells afirma que o problema gira em torno da troca de dados pelo privilégio de acesso a determinados sites. A maior parte dos indivíduos abre mão do direito à privacidade para ter condições de acesso à *internet*.
- 8 O *Facebook*, que após pedidos de desculpas de seu fundador Mark Zuckerberg, disponibilizou uma ferramenta que permite que os usuários participantes da rede social baixem um arquivo com todas as suas informações coletadas e armazenadas, a fim de que tenham um maior controle sobre os seus dados pessoais. Essa ampliação da possibilidade de controle por parte do usuário, representa um avanço do *Regulamento Europeu*, conforme salienta Enrique Pérez-Luño, filho do consagrado Catedrático da Universidade de Sevilha, na medida em que “ (...) se refuerzan también las garantías de los datos personales frente a nuevas formas de agresión a los equipos informáticos que pudieran redundar en una vulneración de los datos que les conciernen”. (ROBLED0, 2019, p.218).
- 9 A *LGPD* trabalha com o princípios reconhecidos no âmbito comunitário europeu e nos países em que há regulação de proteção de dados, entre os quais encontra-se a prevenção (artigo 6.º, inciso VIII) e a responsabilização (artigo 6.º, inciso X), sendo que este último é conceituado pelo legislador como sendo a “ (...) demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. (BRASIL, 2018).

especialmente pela necessidade de demonstração de adequação ao padrão europeu de proteção de dados. Nessa linha de raciocínio, a *responsabilidade proativa* é utilizada como mecanismo para a afirmação da lógica da prevenção. Em contraste com a orientação prevista na *Diretiva 95/46/CE* e, por exemplo, na antiga Lei de Proteção de Dados Espanhola (LOPD), que recorriam ao modelo regulação reativo e passivo, o *Regulamento Europeu* propõe o dever de atuação positiva do responsável pelo tratamento de dados, de modo que ele adote medidas técnicas e organizativas de acordo com a (i) natureza dos dados protegidos, (ii) o contexto tecnológico e (iii) o risco de violação a direitos e liberdades fundamentais. Além disso, prevê-se um modelo fluído de organização, em que as técnicas de proteção de dados devam ser atualizadas quando houver necessidade ou mutação tecnológica, introduzindo a noção de *reflexividade* no tratamento de dados, no sentido de avaliação permanente dos riscos de vulneração de sistemas informatizados.

O modelo implica tornar o responsável não somente o cumpridor de normas prefixadas, mas um agente pautado pela previdência e diligência, que visualize a possibilidade de descumprimento de normas por meio de expedientes típicos da tradição do direito anglo-saxão (REIGADA, 2016). Nesse sentido, o modelo global de proteção de dados que se desenha passa pelo equilíbrio entre a livre circulação de dados (desenvolvimento tecnológico e econômico) e a proteção da esfera privada dos cidadãos, o qual se efetiva pela adoção de medidas de proteção que atuam como forma de outorgar densidade ao princípio da segurança no tratamento dos dados pessoais<sup>10</sup>.

## 2. PROTEÇÃO DE DADOS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS DADOS

Em 1981, Vittorio Frosini publicava, na *Rivista Informatica e diritto*, notas de reflexão a respeito do que, na época, representava a *jovem dimensão*

---

10 A introdução de elementos da cultura jurídica dos países de tradição anglo-saxã, como as noções de autorregulação, desregulamentação e responsabilidade, oferecem maior flexibilidade ao procurar soluções para casos concreto e específicos e permite a adaptação rápida às futuras mudanças tecnológicas. Todavia, a escolha implica maior incerteza jurídica para os responsáveis habituados à extensa regulação característica do modelo legal continental, seguido no Brasil. Nesse sentido, Piñar Mañas salienta que não está correta a noção de “ (...) de que es suficiente el cumplimiento formal de las obligaciones que fijan la ley y el reglamento ha de quedar definitivamente superada. Ya no basta (nunca ha sido así, por lo demás) con inscribir los ficheros, adoptar el documento de seguridad, implementar las medidas de seguridad y redactar las cláusulas informativas en materia de protección de datos; obligaciones éstas, por lo demás, claramente definidas en las normas. A partir de ahora será necesario adoptar decisiones propias en función de los tratamientos de datos que se lleven cabo y de la naturaleza de éstos. Algo que va a estar mucho más al alcance de las grandes compañías y Administraciones públicas, pero no tanto de las pymes y pequeños organismos públicos” (PIÑAR MAÑAS, 2016, p.15).

da liberdade individual informática. A contextualização evidenciava as perspectivas do renomado filósofo italiano: não por menos que os efeitos do uso das calculadoras eletrônicas (ou computadores) na tutela dos dados pessoais era objeto de investigação científica naquele momento. A aprovação em janeiro daquele ano da *Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (UNIÃO EUROPEIA, Convenção 108, 1981)* pelo Conselho da Europa representou, não o passo precursor<sup>11</sup>, mas o decisivo para a construção da tutela da proteção de dados que se desenvolveu na União Europeia nas décadas que seguiram. Passou-se, na década seguinte, com a *Diretiva 95/46/CE*, à unificação da regulação comunitária e, recentemente, com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados UE 2016/679 – RGPD ou *Regulamento Europeu*, à normatização cada vez mais especializada e atenta à velocidade das comunicações informatizadas por meios eletrônicos e da necessidade de tutela jurídica eficiente<sup>12</sup>.

O direito à autodeterminação informativa, tese doutrinária de origem alemã elaborada para explicar as primeiras implicações entre dados informatizados e a respectiva proteção da pessoa, consiste em garantir ao cidadão os direitos de informação, acesso, retificação e supressão de dados pessoais, e antecede a autonomia do direito à proteção de dados prevista na Carta da União Europeia (LIMBERGER, 2007). No Brasil, a autodeterminação informativa apresenta-se como um dos fundamentos da *Lei Geral de Proteção de Dados*. Pressupõe, portanto, o controle, o conhecimento e o consentimento da utilização-destinação dada pelo responsável pelo tratamento de dados.

Nessa linha de ideias, convém observar que o tratamento dos dados pessoais se submete a *padrões de proteção*, elaborados ou certificados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Com base nessa lógica, o *Regulamento Europeu* e a *LGPD*, tendo no horizonte a ideia motriz de conferir maiores responsabilidades ao responsável pelo tratamento, coloca o *consentimento do titular dos dados* como fator determinante à

---

11 O Convênio Europeu para Proteção de Direitos Humanos – CEDH previu o direito à vida privada, no sentido de resguardar o desenvolvimento da personalidade sem influências externas. A Convenção 108, no âmbito de uma definição normativa de dado pessoal, apresenta-o como qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, definição que sobrevive e está presente na *LGPD*.

12 Convém notar a distinção entre proteção de dados e privacidade tecida por Rodotà: “La protección de datos, por el contrario, fija normas sobre las modalidades de tratamiento de datos, se concreta en poderes de intervención: la tutela es dinámica, y sigue a los datos durante su circulación” (2003, p.17).

legitimidade do processo de tutela das informações<sup>13</sup>. Não apenas isso: o *Regulamento Europeu* inova ao trazer os princípios da proteção de dados desde a concepção (*privacy by design*) e por defeito (*privacy by default*)<sup>14</sup>, identificando a proposta do novo sistema com a *autorregulação*, própria da incorporação de ferramentas do direito anglo-saxão. As empresas, as organizações e o setor público, dessa forma, deverão configurar ou programar os produtos, serviços ou processos que utilizam sistemas informatizados de maneira a estabelecer o nível mais elevado de segurança da informação (segurança desde a concepção) e adotar medidas que prestigiem a *segurança por defeito*, no momento de eventual *ciberataque*, de modo a resguardar a proteção de dados pessoais. Vale dizer, constituem-se de medidas técnicas e administrativas que deverão ser adotadas para efetivar a proteção dos dados pessoais, especialmente ações preventivas como função de dar eficácia à *responsabilidade proativa* (REIGADA, 2018).

### 3. O CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO: MEDIDA PREVENTIVA DE SEGURANÇA EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS?

O direito à proteção de dados pessoais, que representa o aspecto dinâmico-evolutivo da tutela da privacidade, confere ao sujeito o direito de escolher o que está disposto a revelar aos outros (NIGER, p.150). Dessa forma, o *consentimento do titular* é o primeiro passo para que se inicie o tratamento de dados pessoais. A *LGPD* define o consentimento como “(...) *manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com*

13 “Se sustancia habilitando a la persona física a ejercer el control sobre sus datos de carácter personal y explica la recurrente denominación del derecho fundamental a la protección de datos personales como derecho a la ‘autodeterminación informativa’”. (LOMBARTE, 2017, p. 654). Além disso, outro princípio relevante em matéria de proteção de dados é o da licitude, pelo qual o responsável pelo tratamento de dados deve comportar-se conforme as regras do Estado de Direito, de modo que não viole arbitrariamente o que deveria proteger. (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 56-58).

14 No Brasil, o respeito aos princípios está previsto no art. 46, §2.º da *LGPD*. O conceito de privacidade desde a concepção da tecnologia (desde o design) está baseado numa postura pró-ativa e não reativa da vulneração do direito à privacidade. Com relação à proteção de dados, a privacidade desde o design estaria relacionada com a diminuição dos riscos e, nesse caso, poderia ser uma manifestação do princípio da precaução, levando-se em conta a natureza, o âmbito, o contexto e os fins do tratamento. Um segundo sentido do princípio da privacidade desde o design seria a adoção de processos, procedimentos e políticas, que seriam medidas protetoras da privacidade, voltadas para avaliação dos riscos e da segurança e as avaliações de impacto na proteção de dados pessoais. A proteção de dados desde a concepção da tecnologia está prevista no parágrafo 1 do artigo 25 do Regulamento. O conceito de privacidade desde a concepção da tecnologia culmina no conceito de proteção da privacidade por defeito na tecnologia. A privacidade por defeito garante que mesmo que o usuário não tome as cautelas para proteger seus dados, o sistema da própria arquitetura de software, baseada na privacidade, garantiria a confidencialidade de toda a informação de caráter pessoal. O parágrafo 2.º do artigo 25 do regulamento afirma que o responsável aplicará medidas técnicas e de organização para que, em caso de defeito, os dados não sejam acessíveis. (CALÉS, 2016, p. 305).

o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”<sup>15</sup>. A manifestação, portanto, é ato positivo e claro. *Al fine*, o titular dos dados pessoais estará anuindo com o tratamento de dados e, *em tese*, conhecendo o quanto sua informação está segura e a extensão do risco da cessão do uso do dado pessoal (princípio da finalidade)<sup>16</sup>. Vale dizer, o aceitará, ao aderir ao contrato em que cede os dados pessoais, às formas de tutela de segurança da informação que a empresa responsável utiliza no processo de tratamento<sup>17</sup>. O consentimento deverá ser prestado de forma a abranger a integralidade do tratamento que contenha a finalidade idêntica, nas hipóteses de múltipla cessão de dados pessoais.

A perspectiva da *responsabilidade* e da *prevenção de danos* como medida de segurança pode ser verificada, de igual forma, na proibição de se reputar consentido o tratamento de dados resultante de previsões contratuais omissas ou de opções pré-validadas que autorizem o tratamento de dados pessoais, uma vez que *não é válido o consentimento prestado de forma genérica*. A LGPD, ao estabelecer regras sobre a forma pela qual é prestado o consentimento, protege todos os envolvidos, dado que confere legalidade e legitimidade ao tratamento. O controlador dos dados, por exemplo, deve demonstrar que o *consentimento do titular* foi obtido de *forma válida*, quando solicitado por autoridades administrativas e judiciais.

No âmbito da noção de autodeterminação informativa, consistente no controle dos dados pessoais pelo próprio titular, é admitida a possibilidade de revogação do consentimento, por declaração de vontade, sem provar a existência de causa justificadora ou de expor motivos para a revogação. Os efeitos da revogação operarão de forma irretroativa (*efeitos ex nunc*), de modo a não afetar a licitude dos dados que já foram tratados quando o *consentimento*

---

15 A definição legal está contida no inciso XII, artigo 5.º, da LGPD (BRASIL, 2018).

16 Questão relevante refere-se à ocorrência de *incidente de segurança* nos sistemas de dados, que pode ser entendida como a *ocorrência ou a potencial ocorrência de vazamento de dados (risco)*. O artigo 48 da LGPD impõe o dever de comunicação tanto ao titular do dado potencialmente em risco ou afetado, quanto à ANPD. Do ponto de vista comparativo, o *Regulamento Europeu* determina que, na hipótese de ocorrência de incidente de segurança, o controlador deve informar a autoridade em, no máximo, *setenta e duas horas* ou apresentar justificativa, caso isso não ocorra. No Brasil, não há prazo especificado na legislação, de modo que será a ANPD o órgão normativamente competente para fixá-lo. Um fator que não pode ser desconsiderado é que a LGPD faz referência ao fato de que as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, no *site* do responsável pelo tratamento de dados.

17 Cabe referir, quanto à forma, que o consentimento do titular de dados pode ser escrito ou oral. A forma eletrônica é admitida, de modo que não existe impedimento legal para que o consentimento ocorra por meio de vídeo ou áudio eletronicamente produzido e armazenados. Se o consentimento tiver de ser dado por via eletrônica, esse pedido tem de ser *claro e conciso*, de modo a ser apresentado sem afetar a utilização do serviço para o qual é fornecido.

do titular ainda estava vigorando. Dessa forma, o consentimento expresso é inequívoco. Não significa, entretanto, que o consentimento inequívoco será expresso<sup>18</sup>. De um lado, o consentimento do usuário representa a única condição ao acesso e à utilização de dados pessoais e, por outro lado, confere o poder ao titular de controlar a circulação na rede, a fim de determinar os limites de intervenção na sua vida privada.

A *cibersegurança* não se apresenta apenas como contingência tecnológica: o comportamento humano é fator determinante. Dessa forma, a informação do quanto os titulares de dados pessoais estão expostos a ameaças, e adoção de medidas simples de rotina que minimizam a exposição aos riscos decorrentes de *ciberameaças*, tendem a minimizar os episódios de vazamentos ou de exposições não-autorizadas. É nesse sentido que podemos inferir a importância do consentimento – e da revogação dele – quando detectado pelo cidadão a possibilidade de risco à segurança de seus dados pessoais.

#### 4. AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: MECANISMOS DE SEGURANÇA E CONFIANÇA NA PROTEÇÃO DE DADOS

Franchini (1996) e Amato (1997) destacavam, na década de noventa, o crescimento dos debates em torno das autoridades independentes, modelo de autoridade responsável pela supervisão da eficácia de regras de setores específicos, pautadas pela noção de neutralidade e imunidade às influências oriundas do poder político e do econômico. Tratava-se, no primeiro momento, da consolidação conceitual em torno dos critérios de qualificação de uma autoridade como independente; e, no segundo, da

18 Joana Mota (2018, p.4) procura demarcar a diferença entre as duas proposições em três exemplos. *Exemplo 1.* Na hipótese de contrato celebrado entre fornecedor e cliente, em que cláusula de declaração de consentimento do cliente para tratamentos específicos de dados pessoais, sendo que o pedido de consentimento está claramente distinto das demais cláusulas do contrato. Neste caso, fica claro que o consentimento é explícito e inequívoco. *Exemplo 2.* Admitindo-se hipoteticamente o contexto de ambiente laboral, em que os trabalhadores são avisados de que em determinado local da empresa serão fotografados, sendo essas fotografias publicadas na *intranet* da empresa. Se os trabalhadores, que foram informados de forma *transparente* sobre o evento, venham a se dirigir referido local da sessão de fotos, estão a consentir na captação de sua imagem, uma vez que essa autorização é auferida pela sua conduta. Nessa perspectiva, o consentimento é *inequívoco*, mas *não é expresso*. *Exemplo 3.* Como terceiro modelo de entendimento, deve-se admitir uma página de rede social que solicita que os usuários forneçam um conjunto de informações pessoais para que tenham acesso ao conteúdo. Na política de privacidade a ser consentida pelo usuário ao navegar pela página, está à disposição que ao acessar aos conteúdos ofertados, estará a consentir que seus dados sejam tratados por empresas terceiras para efeitos de *marketing*. Neste contexto, o consentimento *não é válido*, levando em consideração que a inatividade não pode consubstanciar no *consentimento inequívoco ou expresso*. Os referidos exemplos visam ilustrar que o consentimento, para ser válido, nem sempre necessita ser expresso. Haverá sempre que se proceder a análise *caso a caso* do contexto do tratamento dos dados.

especificação funcional e estrutural – administrativa, financeira e jurídica –, por meio da qual a autoridade desempenharia suas funções.

A *Diretiva 95/46/CE* preconizava o modelo de autoridade de proteção de dados totalmente independente, embora não tenha esclarecido o conteúdo da independência. O *Regulamento Europeu*, em contraste, expressamente estabeleceu as garantias de independência das autoridades de controle a serem observadas pelos países da União Europeia. Ao seu turno, no Brasil, a *Medida Provisória n.º 869*, de 27 de dezembro de 2018, recentemente transformada na Lei n.º 13.853, de 8 de julho de 2019, pelo Congresso Nacional, veio a suprir a lacuna de organização administrativa relativa ao vício formal que ensejou o veto da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD. Apesar de constituí-la, não se conferiu à autoridade brasileira as garantias estruturais e substanciais que caracterizam o modelo europeu consolidado pelo *Regulamento* em vigor. Cabe destacar, no entanto, que a autoridade brasileira é tratada como órgão central de interpretação e fiscalização do cumprimento da *LGPD* e torna-se a entidade responsável pela manutenção da *confiança* e *seriedade* do sistema brasileiro e, nesse sentido, a ausência de uma independência reforçada – com garantias institucionais firmes – tenderia a acarretar dificuldades de organização da tutela da proteção de dados no país (SCHERTEL; DONEDA, p. 45).

Está-se a afirmar, com Cláudia Lima Marques, que “(...) o direito encontra legitimidade justamente no proteger as expectativas legítimas e de confiança (*Vertrauen*) dos indivíduos” (2004, p.31). Nesse sentido, a proteção de dados, a fiabilidade e a segurança dos sistemas informáticos são essenciais para as atividades desenvolvidas em rede, de modo que o esforço das autoridades competentes deve levar em conta, por um lado, a supervisão *ex post*, no sentido da adoção de mecanismos reativos e que permitam a avaliação do risco e fomento à prevenção de danos, por diferentes instrumentos; e, de outro, dar publicidade aos incidentes comunicados, como forma de equilibrar o interesse do público e individual do cidadão em ser informado acerca das ameaças aos dados pessoais que titulariza e os eventuais danos dos prestadores de serviços digitais, no tocante à reputação e prejuízos econômicos.

A competência regulamentar e fiscalizatória dos mecanismos de segurança adotados pelos prestadores de serviços digitais deverá ser regulamentada pela ANPD, o que, a título comparativo, é desempenhado pelas autoridades independentes europeias designadas para esse propósito, no âmbito de cada país, e, no âmbito comunitário, pela Agência da União

Europeia para a Segurança das Redes e da Informação – ENISA, que fixa regras gerais a serem observadas pelos países integrantes ao bloco<sup>19</sup>.

A seguridade digital na transferência internacional de dados pessoais por meio de sistemas informatizados deve ser vista com atenção, em razão da crescente utilização do comércio eletrônico transfronteiriço e da possibilidade de não-autorização de transferências de dados para países que não possuam níveis de seguridade de dados compatíveis com o previsto na União Europeia. A ANPD, nesse sentido, exercerá função desafiadora, dada a ausência de independência total preconizada pela regulação comunitária, mas é possível encontrar na *LGPD* mecanismos alternativos aptos a garantir os padrões de segurança. Conforme dito anteriormente, a tendência verificada, no sentido de unificação das possibilidades jurídicas de proteção de dados e resguardo da segurança, reside na introdução de mecanismos de *autorregulação*<sup>20</sup> ou mecanismos que denotem uma postura ativa por parte do responsável. Nessa linha, o *Regulamento Europeu* prevê a possibilidade de adoção de selos e certificados de qualidade (art.42) e de adoção de códigos de conduta pelos responsáveis pelo tratamento (art.40)<sup>21</sup>.

A certificação aplicada à proteção dos dados pessoais, além de servir como elemento de demonstração do cumprimento do *Regulamento Europeu*, foi incorporado na *LGPD* como possibilidade de auxílio na formação da confiança do titular de dados pessoais ao utilizar diferentes produtos e serviços<sup>22</sup>. De maneira objetiva, a certificação ou a conferência de selo de qualidade significa que os responsáveis pelo tratamento podem, com a intervenção prévia de organismo especializado e independência necessária, obter determinado certificado atestando que foram submetidos a um rigoroso e metodológico processo de avaliação, conforme as normas e padrões estabelecidos em matéria de segurança na proteção de dados, e que suas práticas atendem aos requisitos estabelecidos pela legislação vigente. Portanto, a certificação vai além da demonstração de cumprimento das regras de proteção de dados, vinculando-se ao tratamento seguro de dados

---

19 Criada pelo Regulamento n.º 460/2004, apresenta como objetivo desenvolver a cultura de segurança nas redes em benefício dos cidadãos, dos consumidores, das empresas e das administrações públicas. O Regulamento que vigora atualmente é o Regulamento UE n.º 2019/881.

20 Os instrumentos citados possuem afinidade com a denominada autorregulação regulada, de modo a ser dinâmica, flexível e baseada no consenso (MOREIRA NETO, 2009).

21 A *LGPD* não escapa ao padrão identificado, apresentando disposições semelhantes e sujeitando a regularidade dos instrumentos à fiscalização da ANPD.

22 Veja-se, por exemplo, o avanço da indústria de automóveis autônomos, de dispositivos de aplicação médica interconectados com banco de dados, os sistemas de controle da automação industrial ou de redes inteligentes guiadas por inteligência artificial.

peçoais, conforme padrões técnicos de seguridade digital (SÁNCHEZ; GAYO, 2016, p.414).

Assim como preconizado pelo Regulamento n.º 2019/881, relativo à certificação da *cibersegurança* das tecnologias da informação e comunicação na União Europeia, a certificação da *cibersegurança* cumpre a função de assegurar ao titular dos dados que os produtos e serviços certificados estão de acordo com os padrões e requisitos estabelecido na rotina de certificação, com o intuito de proteger a disponibilidade, autenticidade, integridade e confidencialidade dos dados armazenados, transmitidos ou tratados. Não é possível definir requisitos de *cibersegurança* globais aplicáveis em todas as circunstâncias, em razão da ampla variedade de produtos produzidos e diferentes tecnologias, porém é possível estabelecer o nível de segurança da informação utilizado, escalonados em *nível básico*, *nível substancial* e *nível elevado*, cada qual compatível com determinados padrões de segurança e com o risco de vulnerabilidade.

O *Regulamento Europeu* define que a certificação poderá ser realizada por uma entidade independente das partes interessadas, que se manifesta se uma organização, produto, processo ou serviço, cumpre os requisitos definidos em uma norma específica ou técnica. Além disso, prevê que as empresas de certificação devem reunir vários requisitos para atuação, inclusive perícia experiência necessárias para a realização das avaliações e que desfrutem de prestígio devidamente reconhecido perante o mercado. A certificação, no âmbito europeu, tem validade de três anos, podendo ser renovada, desde que os requisitos ainda estejam presentes. (UE, 2016). No Direito brasileiro<sup>23</sup>, ainda não se tem, de forma minuciosa, regras sobre os *mecanismos de certificação em proteção de dados*. Entretanto, de forma genérica, a *LGPD* dispõe que empresas poderão buscar a certificação de que seus produtos ou serviços atendem aos requisitos de segurança de tratamento estabelecidos pela norma. A *LGPD* determina ainda, que a certificação deverá ser feita pela ANPD, podendo esta designar organismo de certificação diverso, que permanecerá sob sua fiscalização (BRASIL, 2018).

As soluções relacionadas à certificação em matéria de proteção de dados caracterizam-se pela flexibilidade, em razão da busca contínua por

---

23 Mesmo antes da vigência do RGPD – UE 2016/679, a Argentina havia recebido da União Europeia certificação quanto ao nível de segurança no tratamento das informações. O país foi o precursor na América do Sul na edição de uma lei geral de proteção de dados, recebendo o “selo europeu de qualidade”, em razão de sua amplitude. A Lei nº 25.326/00 – AR, promulgada no mês de outubro do ano 2000, estabelece direitos e deveres, cria os órgãos de supervisão de proteção de dados e estabelece sanções em caso de descumprimento.

adequação dos sistemas às novas vulnerabilidades, e a rapidez com que os sistemas de proteção ficam desatualizados. Desse modo, percebe-se que a certificação proporciona as seguintes vantagens no que concerne à proteção de dados: (i) demonstração do cumprimento da *LGPD*; (ii) transparência nos processos de tratamento; (iii) aumento da competitividade entre organizações que realizam o tratamento de informações pessoais; e (iv) incremento da confiança individual e da reputação da organização pública ou privada.

Além da certificação, os códigos de conduta também servem para demonstrar o cumprimento das regras constantes nas legislações de proteção de dados. O *Regulamento Europeu* e a *LGPD* trazem disposições para incentivar que agentes de tratamento de dados editem seus próprios códigos ou adotem códigos de determinados setores do mercado, adequando-os à realidade de atuação e às necessidades específicas do setor. Na verdade, o código de conduta será um manual a ser seguido pela organização para fins de adequação dos padrões de segurança e tratamento de dados, especialmente no que concerne às medidas e procedimentos de segurança a serem adotados no caso de vazamento de dados ou incidentes informáticos. Para que determinado código de conduta não seja uma simples declaração de intenções, existem procedimentos de supervisão e controle de seu cumprimento efetivo. Essa supervisão será feita pela ANPD ou por um ente habilitado por ela para exercer tal função. Gómez (2016, p. 405) questiona se os códigos de conduta podem ser caracterizados como uma *autorregulação* ou *autorregulação regulada*, e soluciona a questão explicando que os códigos de conduta são aprovados e fiscalizados por um órgão do poder público, não podendo, desta maneira, serem considerados autorregulação em sentido estrito, mas, sim, como uma manifestação de *corregulação*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção de dados pessoais apresenta-se como consequência do desenvolvimento e especificação do direito à vida privada (privacidade), de modo a permitir que o titular de dados desempenhe a autodeterminação informativa, consistente na faculdade de controlar o uso dos dados pessoais que titulariza. O consentimento para utilização de dados pessoais desempenha função importante no processo de tratamento de dados pessoais, por conferir legitimidade à utilização das informações por organizações públicas e privadas. Mas, para além disso, a revogação do consentimento é outro mecanismo de destaque, este que pode ser promovido, sem a apresentação de justificativas pelo titular de dados.

A relevância da temática do consentimento assume relevância no debate acerca da segurança das redes e dos sistemas informatizados dos responsáveis pelo tratamento de dados. A *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709/2018)* propõe o resguardo da segurança e da confidencialidade dos dados pessoais, de modo a tornar obrigatória a utilização de medidas contendoras, técnicas e administrativas, de incidentes de vazamento. Nesse sentido, preconizou a observância dos princípios da proteção de dados desde a concepção (*privacy by design*) e por defeito (*privacy by default*), identificando a proposta do novo sistema com a autorregulação, própria da incorporação de ferramentas do direito anglo-saxão. Vale dizer, adotou, aos moldes do *Regulamento Europeu* a noção de segurança dos dados desde a concepção do produto ou serviço e, além disso, a busca de contenção dos danos em eventual falha da segurança da aplicação.

A perspectiva global da proteção de dados indica a aposta das regulamentações em mecanismos de *responsabilização proativa*, no sentido de romper com a lógica das empresas que *meramente cumprem normas de segurança*, para a visão antecipatória dos riscos e vulnerabilidades com adoção de medidas preventivas.

Embora não seja possível definir requisitos de *cibersegurança* globais aplicáveis em todas as circunstâncias, em razão da ampla variedade de produtos produzidos e diferentes tecnologias, a adoção de certificados ou selos de qualidade de proteção de dados torna possível o controle dos padrões de segurança, escalonados em *nível básico, nível substancial e nível elevado*, categorizados conforme o risco de vulnerabilidade. Trata-se de uma possibilidade que a *LGPD* permite às organizações públicas e privadas, ainda pouco utilizada, mas que garante flexibilidade dos sistemas informáticos às mutações tecnológicas, no tocante à adequação a padrões de segurança. Os códigos de conduta assumem função complementar, nessa linha de raciocínio, na medida em que permitem a previsão objetiva dos procedimentos a serem adotados no tratamento e das medidas emergenciais na hipótese de *ciberincidentes*.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA O GLOBO. *Facebook perde quase US\$ 50 bilhões em dois dias*. [S.L]. 20 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5398017/facebook-perde-quase-us-50-bilhoes-em-dois-dias>>. Acesso em 02 jun. 2019.

AMATO, Giuliano. Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 3, p.645-664, jul./set., 1997.

ARGENTINA. *Lei n.º 25.326, de 4 de outubro de 2000*. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf)>. Acesso: 24 jun. 2019.

BERNAL, Paul. *Internet privacy rights: rights to protect autonomy*. Cambridge: Cambridge University, 2014.

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso: 24 jun. 2019.

CADWALLARD, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. The Guardian. [S.L.]. 27 de mar. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em 02 jun. 2019.

CALÉS, Rosario Duaso. Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO, Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016. p.299-325.

CASTELLS, Manoel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOLHA DE S. PAULO. *Vazamento de dados do Facebook atinge 443.117 usuários brasileiros*. São Paulo. 5 abr. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/04/vazamento-de-dados-do-facebook-atinge-443117-usuarios-brasileiros.shtml>>. Acesso em 02 jun. 2019.

FRANCHINI, Claudio. Mito e realtà delle autorità indipendenti. *Impresa e Stato*, n. 35, p. 29-35, 1996.

FROSINI, Vittorio. La protezione della riservatezza nella società informatica. *Rivista Informatica e diritto*, v.7, n. 1, p. 5-14, 1981.

GÓMEZ, Alberto Díaz-Romeral. Los códigos de conducta en el reglamento general de protección de datos. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO,

Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016. p.393-410

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOMBARTE, Artemi Rallo. De la “libertad informática” a la constitucionalización. De nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*, n. 100, p. 639-669, septiembre-diciembre, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Crisis y regulación de mercados financieros. la autorregulación regulada: ¿una respuesta posible? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 180, págs. 9-19, septiembre-diciembre, 2009.

MOTA, Joana. O consentimento no regulamento geral sobre proteção de dados. *Revista InfórBanca*, Lisboa, n.112, p.4-10, fev., 2018.

NIGER, Sérgio. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. Padova: CEDAM, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedade tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Sociedad, innovación y privacidad. Información Comercial Española, ICE: *Revista de economía*, Madrid, n. 897, p.67-76, jul./ago, 2017.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. El objeto del reglamento. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO, Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016. p.13-22.

REIGADA, Antonio Troncoso. Autoridades de control independientes. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO, Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016. p.465-516.

REIGADA, Antonio Troncoso. *Del principio de seguridad de los datos al derecho a la seguridad digital*. Economía industrial, Madrid, [s.v.], n. 410, p.127-151, 2018.

ROBLEDÓ, Enrique Pérez-Luño. *La nueva normativa europea para la protección de los datos personales*. Derechos y libertades, Madrid, n. 40, p. 213-238, enero, 2019.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

RODOTÀ, Stefano. *Democracia y protección de datos. Cuadernos de Derecho Público*, Bogotá, n. 19-20, p.15-26, mayo-diciembre, 2003.

SÁNCHEZ, Carlos Manuel Fernández; GAYO, Miguel Recio. Certificación en protección de datos personales. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO, Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016. p.417-430.

SCHERTEL MENDES, Laura; DONEDA, Danilo. Reflexões gerais sobre a nova lei de proteção de dados. *Revista do Direito do Consumidor*, Brasília, v.120, p.469-483, nov./dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)> Acesso em 24 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* Disponível em: Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>>. Acesso em 24 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 17 de abril de 2019. Disponível em: <<https://eur-lex>.

europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0881&qid=1561376799525&from=PT#d1e4535-15-1>. Acesso em 24 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa*, de 27 de abril de 2016. Disponível: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em 24 jun. 2019.

RECEBIDO EM: 12/04/2020

APROVADO EM: 21/07/2021

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO  
E MEDIAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS:  
ABORDAGEM A PARTIR DE AMARTYA SEN**

***PUBLIC POLICIES FOR CONCILIATION AND MEDIATION  
FOR DISPUTE SETTLEMENT: APPROACH FROM  
AMARTYA SEN***

*Neuri Antônio Boscatto*

*Mestre em Direito pela Faculdade IMED. Pós Graduação em Direito do Trabalho e  
Processo Trabalhista. MBA em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós Graduação  
em Direito de Trânsito. Pós Graduação Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.  
Conciliador Criminal, Conciliador Judicial, Mediador Cível Judicial, Mediador  
Judicial de Família, Mediador Judicial Empresarial.*

*Neuro Jose Zambam*

*Estágio de Pós-Doutorado na Università Mediterranea di Reggio Calabria -  
IT. Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - BR.  
Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Mestrado em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos Docente do  
Programa de Pós-Graduação e de graduação em Direito da IMED.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Análise da lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará. 2 O sistema do acesso ao judiciário no Brasil e o acúmulo de processos. 3 proposta autocompositiva para a solução de conflitos. 3.1 Conciliação. 3.2 Mediação. 4 Amartya Sen: liberdade de escolha e ampliação das capacidades (*capabilities*). 5 Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O problema que orienta esta investigação é saber como a autocomposição é uma ferramenta eficaz e sustentável para que os atores envolvidos em conflitos judiciais tenham a possibilidade de dirimi-los com maior celeridade e assegurar melhores condições de justiça. Esta política pública contemplada na Lei 13.105/2015, Arts. 166 a 175, prevê a ampliação do acesso ao Judiciário e maior agilidade na efetivação das soluções. O objetivo é demonstrar a eficácia desse mecanismo visando ao bem-estar dos cidadãos por meio da conciliação e mediação pré-processual. Utiliza-se como referencial de análise a concepção de justiça de Amartya Sen, especificamente, a liberdade e as capacidades (*capabilities*).

**PALAVRAS-CHAVE:** Autocomposição. Capacitações (*Capabilities*). Democracia. Liberdade. Amartya Sen.

**ABSTRACT:** The problem that guides this investigation is to know how self-composition is an effective and sustainable tool in order to actors involved in a judicial conflict have the possibility to settle them more quickly, and ensure better conditions of justice. This public policy is contemplated by the law 13.105/2015, articles 166 to 175, which provides an expansion of access to the Judiciary and greater agility to implementing solutions. The goal is to demonstrate the effectiveness of this mechanism for the well-being of citizens through pre-procedural conciliation and mediation. Amartya Sen's conception of justice is used as a reference for analysis, specifically, freedom and capabilities.

**KEYWORDS:** Autocomposition. Capabilities. Democracy. Freedom. Amartya Sen.

## 1. INTRODUÇÃO

As condições para o exercício da liberdade constituem a melhor maneira de as pessoas cuidarem de si e contribuírem significativamente para a realização individual e o bem-estar de cada cidadão, pois as decisões são mais maduras, conscientes e com boa repercussão. A sociedade, por sua vez, tem o dever de proporcionar que os indivíduos tenham oportunidade para conduzir suas vidas, fazer as escolhas essenciais e ampliar as suas capacitações (*capabilities*), por meio de políticas públicas eficazes. A abordagem de Sen (2000) está ancorada na importância da pessoa e na necessidade de todos terem as condições para o desenvolvimento das suas capacitações (*capabilities*). Uma política pública deve desempenhar um papel importante na vida das pessoas, considerando a necessária superação das situações que impedem o seu desenvolvimento e as potencialidades individuais e sociais.

Numa sociedade democrática, o cidadão deve ter a liberdade para fazer as suas escolhas, e o Poder Público precisa contribuir para a busca de soluções para as- suas demandas e necessidades, especificamente a diminuição das graves desigualdades. O estímulo às capacidades individuais de cada cidadão precisa ser desenvolvido. A ampliação das capacitações (*capabilities*) é uma forma de liberdade essencial para que uma pessoa tenha as condições de se posicionar em sua vida social. Por exemplo, não sentir vergonha da sua concepção de mundo.

O acesso à estrutura judiciária para a solução de conflitos prementes é uma dimensão essencial para o desenvolvimento humano e social. No Brasil, há um excessivo congestionamento de processos judiciais. Essa problemática foi sintetizada pelo CNJ (2015), quando afirmou que, devido à morosidade na busca de soluções dos litígios, muitas demandas culminam com a morte das partes antes mesmo de receberem a solução. Isso evidencia, de certa forma, uma crise na efetividade do Poder Judiciário brasileiro, que trabalha no tempo passado, em situações processuais, buscando todos os esforços legais para voltar ao “*status quo ante*”.

Medidas diversas e com métodos alternativos de autocomposição para a solução de conflitos devem ser apresentadas almejando maior celeridade processual, porque funcionando de forma mais dinâmica e célere dará oportunidade para as partes envolvidas verem o resultado do seu litígio, bem como uma via alternativa de acesso ao Judiciário.

Este artigo tem como objetivo geral fundamentar a necessidade das políticas públicas para a solução de conflitos, conciliação e mediação pré-

processual, a partir da concepção de justiça em Amartya Sen. Os objetivos específicos são: a) demonstrar um meio alternativo que proporcione condições de acesso à justiça com dignidade para todos; b) demonstrar como esta política pública de conciliação e mediação pode ser aplicada e auxiliar para a celeridade processual proporcionando solução mais rápida e eficaz para os problemas; c) analisar a relação da mediação com a concepção de justiça de Amartya Sen, especificamente, a liberdade e as capacitações (*capabilities*).

Nesse sentido, inicialmente será abordada a crise no Sistema Judiciário Brasileiro frente ao acúmulo de processos judicializados decorrentes da crescente complexidade social que gera um aumento das demandas judiciais. Observa-se um descompasso na prestação jurisdicional que alonga os resultados esperados pela sociedade devido à incapacidade, pelo Estado, de promover respostas céleres aos litígios. Na sequência, será apresentado o método autocompositivo de solução de conflitos, priorizando a mediação e a conciliação. Finalmente, examinar-se-á a eficácia da Política Pública de solução de conflitos por meio da conciliação e mediação pré-processual, a partir de Amartya Sen, autor com amplo reconhecimento internacional. Como considerações finais, afirma-se que a crise de morosidade do Poder Judiciário tem no sistema de mediação um instrumento eficaz de cooperação que envolve a sociedade e o Judiciário para que o cidadão amplie suas capacitações (*capabilities*) e, com condições de escolha livres, construa melhores soluções para conduzir sua vida.

O método de abordagem será o hipotético-dedutivo visando afirmar a mediação como um eixo fundamental para a melhoria substantiva do acesso à justiça, tornando-o mais célere, com decisões mais justas. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, contemplando resoluções do CNJ, leis vigentes no Brasil, bem como revistas jurídicas e exposição de dados. O referencial de análise é a concepção de justiça de Amartya Sen, especificamente, a liberdade e as capacitações (*capabilities*).

## **2. O SISTEMA DO ACESSO AO JUDICIÁRIO NO BRASIL E O ACÚMULO DE PROCESSOS**

Os conflitos gerados no cotidiano de cada indivíduo e nas suas relações são instigados de forma notória a encontrar solução junto ao Judiciário. Busca-se, na figura do juiz, que representa o Estado, e no Poder Judiciário em geral, um entendedor que consiga resolver a solicitação e que compreenda a situação vivenciada pelas partes no momento. Esse entendimento encontra, em muitos casos, diversas barreiras na incapacidade

do sistema de responder com celeridade aos litígios, enfraquecendo a instituição estatal e, por conseguinte, exigindo dela a busca por novos mecanismos e recursos para alargar as lacunas da jurisdição. A convivência humana é recheada de conflitos, conforme alerta Sen (2018, p. 15): “A nossa vida está cercada por escolhas sociais de vários tipos”. Fazer justiça, portanto, é difícil e exige responsabilidade e condições de escolha.

O conflito é algo inerente ao ser humano. A busca de um equilíbrio e uma vida boa faz com que ante determinados casos se mova a máquina do Judiciário para fazer valer direitos ou dirimir tensões mais graves. Sabe-se que, em muitas situações, essa tentativa é frustrada pela longa demora na solução<sup>1</sup>. Há, no Brasil, uma cultura pela busca por sentenças, o que, sob certa perspectiva, é boa, mas ruim em outra, como relata Watanabe (2011): esta “cultura da sentença” traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores”. As partes aguardam agonizantes para ter seu direito discutido e, nesse contexto, não se torna eficiente ou eficaz o resultado. Isso se dá devido ao grande acúmulo de processos que vêm gerando uma crise no Sistema Judiciário Brasileiro, o qual vem sendo alvo de vários debates, que apontam para “crises que necessitam de socorro imediato quanto ao tratamento de conflitos sociais” (SPENGLER, 2010, p. 102).

De acordo com Nalini (2008, p. 210), “o pecado maior da justiça brasileira, repita-se quantas vezes se mostrar necessário, é a lentidão. Morosidade incompatível com o ritmo deste planeta”. Na visão do autor, o Judiciário Brasileiro trabalha como no tempo passado em situações processuais, buscando todos os esforços legais para voltar ao “status quo ante”, (NALINI, 2008, p. 211). Pela jurisdição, é que o Estado atua como um terceiro para a resolução de conflitos. Dessa forma, “[...] a jurisdição e suas crises, são consequências da crise estatal” (SPENGLER, 2010, p. 102).

A ideia da necessidade imediata da criação de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos é evidenciada por esse contexto. A dinâmica atual das sociedades complexas, globalizadas e, não raramente, com extensos níveis de desigualdades clama por novas formas de solução das suas necessidades, dentre as quais as decisões judiciais. Como exemplo, entre outros, cita-se a conciliação e a mediação, que são formas atualizadas e eficazes para a solução de conflitos. O sistema judicial com operadores

1 WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHIA, M. A.; PELUSO, A. C. (Coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 03-10.

bem orientados pode incluir essas estratégias na sua rotina, fomentando decisões judiciais mais equitativas.

De fato, “a solução judicial dos conflitos é exageradamente lenta” (NALINI, 2008, p. 174). Nota-se a diferença entre o compasso jurídico e a dinâmica existente no interior da sociedade, o que evidencia a necessidade de estratégias e métodos alternativos e atualizados. É nesse contexto que o esclarecimento de Spengler; Spengler Neto (2012, p. 63-64) torna-se decisivo:

[...] diante da ineficiência e insuficiência do aparato estatal, criam-se mecanismos alternativos para a solução de conflitos. A atual busca dos meios alternativos para solução de conflitos considera que o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos é a autocomposição, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz.

Nesse diapasão é que a conciliação e a mediação, por meio dos métodos autocompositivos, buscam um entendimento para que as partes envolvidas no conflito encontrem a melhor solução para a causa, agindo como uma política pública e contemplando estratégias alternativas de solução de conflitos (RICHA, 2011, p. 234). A construção de outros referenciais, não dependentes da rigidez processual tradicional ou de predeterminações inócuas, representa o poder das partes de atuarem como sujeitos e com condições de reconstruir relações, por vezes mais justas e humanizadas, se comparadas à dependência unilateral de um julgador, por mais esclarecido que possa ser.

O cidadão tem a necessidade imediata de celeridade para encontrar soluções dos seus litígios, almejando-se uma jurisdição mais eficiente, eficaz, quantitativamente e qualitativamente, fazendo com que seja repensada a maneira de tratar os conflitos frente ao Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2004, p. 1). A introdução destas novas possibilidades pelo Novo Código de Processo Civil, amparadas pela Resolução 125/2010 do CNJ, torna concreto um mecanismo de participação e exercício da autonomia cidadã. Ou seja, a condição de sujeito de direitos preconizada na Constituição Federal de 1988 é efetivamente demonstrada.

A proposta de conciliação e mediação, no modelo autocompositivo, trazido pela Lei 13.140/2015 e pelos artigos 166 a 175 do Novo Código de Processo Civil (NCPC), representa uma maneira de dar eficiência e celeridade à crise existente hoje no Poder Judiciário, com a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos e a consequente pacificação social. Como consequências reflexas apresentam-se a diminuição do número

de processos e a redução da morosidade jurisdicional, “motivo pelo qual, a saída para a crise da justiça envolve a adoção e o estudo de mecanismos autocompositivos de solução de conflitos” (RICHA, 2011, p. 233).

Os métodos consensuais de solução de conflitos, em processo de adoção acelerada, contribuem efetivamente para a solução das questões levadas ao Judiciário. Essa ação retrata como é possível a garantia da tutela dos direitos, a solução parcial da crise mencionada e, especialmente, a pacificação social.

O dinamismo dessa estratégia torna-se mais eficiente e eficaz na medida em que ocorre a ampliação do exercício da liberdade. As pessoas envolvidas em conflitos ou litígios judiciais precisam ter as condições para decidir e, antes disso, a opção para poder aceitar o diálogo com a parte oposta. Sen (2000, p. 18) assevera a necessidade de remoção “das principais fontes de privação da liberdade”. A pobreza, o analfabetismo e as tiranias são graves empecilhos para as condições de justiça. As políticas públicas visando à busca de conciliação por meio do diálogo, tolerância e diálogos esclarecidos podem ser um referencial seguro também em sociedades desiguais e complexas como a brasileira.

Um exemplo que pode ser citado é a mediação familiar por meio pré-processual, criada pela política pública autocompositiva. Trata-se de um acesso rápido em que a parte interessada busca o Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) para ingressar com um pré-processo e demanda um convite para a outra parte que tem o interesse em ajustar, tanto guarda, visitas e ou alimentos. Nessa situação, é dada vista ao Ministério Público ao final das sessões para que passe seu parecer de aprovação ou necessidade de ajuste no acordo, uma vez que envolve direitos de menores (filhos).

Essa forma de ajustar a continuidade da relação em casais que romperam o vínculo da sociedade conjugal visa sempre e em primeiro lugar a melhora na comunicação e o estabelecimento de uma nova forma de convivência contínua com o filho. E, em segundo lugar, a possibilidade dos atores expressarem a sua capacidade de decisão com a liberdade do exercício de seus direitos, almejando o auxílio do Poder Judiciário, por meio da autocomposição.

### **3. PROPOSTA AUTOCOMPOSITIVA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu origem à previsão sobre a matéria de conciliação e mediação judicial, com

regras para a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

O Código de Processo Civil (CPC – Lei 13.105/2015), em sua seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais – define as regras para criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos e para a função de mediador e conciliador judicial. Prevê capacitação, realizada por meio de cursos oferecidos por entidades credenciadas, conforme parâmetro circular definido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com o Ministério da Justiça. E, no artigo 174, prevê a criação de câmaras de conciliação e mediação com relação a matérias de âmbito administrativo<sup>2</sup>.

A demanda pré-processual, como o nome mesmo sugere, ainda não é um processo, mas este instrumento segue a aplicação das regras e dos princípios da conciliação e mediação regradados pelo CPC.

A autocomposição caracteriza-se pela resolução de conflitos em que os atores isoladamente ou em conjunto buscam uma solução amigável para a questão, contando sempre com a vontade dos participantes para alcançarem uma solução. Essa é uma ação primordialmente pedagógica, porque permite a interação entre os envolvidos e um processo de crescimento e evolução da relação entre as pessoas. Da mesma forma, é uma ação política que busca a expressão do cidadão na condição de sujeito de direitos e o exercício concreto da sua capacidade de decisão visando as melhores condições de justiça.

Assim, com o advento da publicação da Lei 13.140 de 25 de junho de 2015, bem como do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), projeta-se um novo olhar para o tratamento de conflitos, com métodos específicos buscando uma maior celeridade ao Judiciário. Abre-se um novo caminho para a resolução de conflitos, com a autocomposição e a utilização dos métodos de conciliação e mediação que não traz o poder de coerção advindo da presença do Juiz, com aplicação de sentença, e sim com a atuação de um terceiro, neutro ao conflito e imparcial. E, na possibilidade de haver um acordo, ele será reduzido a termo e poderá ser encaminhado ao Juiz para homologação, com posterior arquivamento do processo, seguindo o rito do parágrafo único do artigo 28 da Lei 13.140/2005. (BRASIL, 2015).

---

2 Maiores informações ver Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

Seguindo essa dinâmica, que introduz a figura de um terceiro imparcial, a autocomposição é um processo no qual as próprias partes envolvidas no conflito buscam um acordo possível de ser alcançado, olhando sempre para o futuro da relação entre as partes. Afirma-se a necessidade das condições concretas e a disposição interior para fazer as escolhas<sup>3</sup>. Esta metodologia imprime uma identidade própria aos membros, como esclarece Warat (2000, p. 58):

O processo de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente. [...]. O mediador estimula cada membro do conflito para que encontrem junto, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a andar pela vida com outras disposições.

Assim, o processo autocompositivo, no decorrer do tempo, vem se acomodando frente às negociações do Judiciário, através da conciliação e mediação, tanto pela via processual ou pré-processual. Esta é uma constatação que contribui com a sua evolução, assim como para o aprimoramento das decisões. Conciliação e mediação são estratégias, conceitos e métodos com forte capacidade de envolvimento pessoal, valorização da boa vontade das partes e melhoria das condições de relacionamento entre todos.

### 3.1. Conciliação

No procedimento da conciliação, o papel do conciliador consiste em tentar fazer com que as partes melhorem a comunicação e evitem um possível ingresso na Justiça (quando pré-processual) ou ainda desistam da jurisdição (quando processual), buscando um acordo para ambos, sem a necessidade de dar continuidade à demanda judicial apresentada. O conciliador, que é um terceiro imparcial, facilitará este possível acordo com técnica autocompositiva, através da escuta ativa. Ele intervém com o objetivo de auxiliar a busca por um acordo, expondo as vantagens e desvantagens de conciliar, e propõe soluções alternativas, auxiliando na formação do acordo, com sugestões para a resolução (TAVARES, 2002).

---

3 Sen (2000, p. 20) retrata como estas relações são normais no cotidiano da existência humana: “A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita de justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis, mas distantes; essas trocas fazem parte da maneira como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto)”.

Sendo a conciliação aplicada de forma pré-processual, a conciliação oportuna, às partes envolvidas em conflitos, buscar uma forma de acessar o Judiciário para resolverem seus litígios de maneira menos complicada. Todos os CEJUSCs instalados na maioria das Comarcas dos Estados estão aptos a receber estas demandas pré-processuais.

Bacellar (2003) alerta que a conciliação se adapta para resolver questões circunstanciais. A voluntariedade das partes e a questão de interesse em resolver o conflito são características alternativas de solução de conflito (BACELLAR, 2003, p. 231), usada quando não há laços para continuidade da relação entre os atores.

### 3.2. Mediação

A mediação tem objetivos e metas definidos por técnicas para que os participantes reflitam sobre suas próprias palavras expressadas no conflito existente, buscando uma maneira positiva, para que, a partir de ferramentas adequadas e uma maneira autocompositiva, os atores do conflito consigam buscar alternativas para a questão escolhendo a melhor solução. (BRASIL, 2009, p. 41).

Utiliza-se a mediação para situações de múltiplos vínculos, sejam de conflitos familiares, vizinhança, amizade, decorrentes de relações comerciais e trabalhistas. Da mesma maneira que a conciliação, pode-se buscar a mediação nos CEJUSCs de forma pré-processual, seja ela com abordagem civil ou familiar. Ela tem a mesma característica de facilitar o acesso da sociedade por meio de métodos autocompositivos, em que as partes resolvem seus conflitos, com o auxílio de um mediador. Nessa dinâmica, utilizam-se técnicas específicas para auxiliar as partes em conflito a entender as origens dele e, em conjunto, construir uma composição que leve a um entendimento máximo de satisfação possível frente ao acordo, com maior ganho individual, coletivo e duradouro. A mediação se aplica quando há continuidade da relação entre os atores do conflito.

A mediação consiste, portanto, na forma de aprimoramento da comunicação entre as partes – emissor, canal pelo qual a mensagem se transmite ao receptor. Muitas vezes ocorrem falhas nos elementos transmitidos entre as partes e, em alguns casos, pela falha ou falta de comunicação se deixa de resolver um conflito. Esta é uma oportunidade ímpar que não pode ser desperdiçada. Os mediadores precisam acreditar no mecanismo e estar bem preparados para tal.

É imperioso reconhecer que a proposta autocompositiva para a solução de conflitos almeja uma experiência por parte dos conciliadores e mediadores. No Brasil, há conciliadores e mediadores experientes e com boa capacitação oferecida pelo CNJ, que, por atuarem com êxito há anos, são reputados e tecnicamente aptos, contando com a confiança das partes e de seus advogados. Assim, a função do mediador é usar “estratégias (como a formulação de perguntas) para favorecer o diálogo, sendo sua função aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas para que elas possam decidir o que é melhor para si” (TARTUCE, 2018, p. 207). E, além disso, construir regras de comunicação e dinâmicas a fim de que os atores realizem o diálogo de forma eficaz e sem “ruídos”, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro. É necessário que ambas as partes cedam, para a busca de preservação nas relações futuras, baseada no princípio da confiança que deve ser estabelecido na mediação (SPENGLER, 2010, p. 331).

O mediador ajudará as partes na autodecisão de transformação diante do conflito apresentado pelos mediados ou atores, em soluções possíveis de serem alcançadas, seja na mediação processual ou pré-processual, uma vez que ambas possuem a mesma finalidade. A mediação “abre uma porta” transformadora do conflito, porque busca a solução pelas próprias partes e não por um terceiro, que é apenas o auxiliar na busca da solução (WARAT, 2004, p. 332).

A conciliação e a mediação é um espaço importante e decisivo para a Justiça e retrata a concretização por parte do Estado, visando que os atores exerçam a sua liberdade de forma efetiva e cidadã. A ampliação das capacitações (*capabilities*), conforme orienta Sen, é uma forma de liberdade de escolha, ou seja, a forma autocompositiva para a solução de conflitos proporcionará uma celeridade nos litígios envolvendo diretamente as partes e fomentando as condições de escolha com liberdade neste espaço privilegiado<sup>4</sup>.

#### **4. AMARTYA SEN: LIBERDADE DE ESCOLHA E AMPLIAÇÃO DAS CAPACITAÇÕES (CAPABILITIES)**

A injustiça é uma das maiores ameaças para a estabilidade social e as condições de convivência humana. O acesso ao Judiciário está nesse contexto de demonstração da necessidade de o Estado oferecer mecanismos adequados para a solução de conflitos, ou seja, promover a justiça. Sen

---

4 Para uma compreensão adequada da abordagem das capacitações (*capabilities*) sugere-se: SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

oferece o esclarecimento para essa compreensão e necessidade de remover a injustiça, quando afirma:

Objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções sobre a natureza da justiça perfeita. Isso se diferencia claramente das teorias da justiça predominantes na filosofia moral e política contemporânea. (SEN, 2011, p. 11).

A promoção da justiça conjuga uma base racional de compreensão associada às formas concretas para promover a justiça, avaliando o modo como as pessoas vivem. A promoção da inclusão social é essencial nesse contexto. A conciliação e a mediação respondem a essa demanda porque tornam visível esse processo, assim como seus resultados concretizam a justiça.

A abordagem das capacitações (*capabilities*) – condições concretas de exercício da liberdade – é uma exposição mais ampla e inclusiva do cidadão numa sociedade democrática. A alternativa de Sen condiz com os contextos da atualidade com mecanismos e decisões mais justas, conforme esclarece:

[...] a abordagem das capacidades diferencia-se da avaliação utilitarista (e, mais genericamente, da avaliação “welfarista”) por abrir espaço para uma variedade de ações e estados considerados importantes por si mesmos (não somente porque podem produzir utilidade, nem apenas na proporção que o produzem). Nesse sentido, a perspectiva das capacidades fornece um reconhecimento mais completo da variedade de maneiras sob as quais as vidas podem ser enriquecidas ou empobrecidas. Também se diferencia daquelas abordagens que baseiam sua avaliação em objetos que não são, em nenhum sentido, funcionamentos e capacidades pessoais, p. ex., quando se julga o bem-estar pela renda real, riqueza, opulência, recursos, liberdades formais, ou bens primários. (SEN, 2001, p. 83).

As capacitações (*capabilities*) podem ser expressas nas condições para a liberdade de escolha da melhor opção para a vida de uma pessoa, seja no âmbito individual, seja social. As opções precisam contribuir para a melhoria da liberdade. Essa é uma ação não forçada. Com igual dinamismo, o exercício da conciliação e da mediação é composto de recursos que fomentam a livre escolha das partes. O exemplo do jejum (SEN, 2000, p. 95), em que a pessoa precisa ter comida para poder decidir fazê-lo,

demonstra essa forte relação entre ideal de vida e condições para a tomada de decisões justas.

Nesse exemplo, uma pessoa pode escolher não comer, diferente, porém, daquela que está condicionada a passar fome, para quem essa escolha não é uma faculdade. Ou seja, para decidir, é preciso ter as condições. Comparativamente, a necessidade de uma forma mais prática para ter acesso à justiça, de acordo com o direito constitucional de todo o cidadão (garantido na Constituição de 1988, Lei de Mediação, Resolução 125/2010 e no CPC), busca uma estratégia célere de acesso ao Judiciário. É o que ocorre quando os atores, de forma autocompositiva, participam de sessões de conciliação ou mediação, nas quais, com aplicação de técnicas específicas, o mediador aproxima as partes e, de forma imparcial, a busca um possível acordo.

Esse método surgiu com a meta de oportunizar o acesso a todos aqueles que têm necessidade de buscar seus direitos, contemplando custas diferenciadas de acesso. Trata-se de uma forma de amenizar o grande volume de processos que atualmente se encontra no Poder Judiciário. O abarrotamento dos cartórios é visível na insuficiente estrutura humana e material para dar andamento às demandas que lhe são apresentadas diariamente<sup>5</sup>. Como se observa na publicação do CNJ, na consulta pública de metas para 2020, em 2019 foram distribuídos 6,4 milhões de processos na Justiça Estadual e 1.304.086 na Federal. Observa-se que os números de processos são altos. Nesse sentido, a fim de reduzir a demanda de processos, a meta<sup>6</sup> 03 do CNJ é incentivar os meios autocompositivos como conciliação e mediação.

Essa meta deixa clara a importância de se estabelecer formas alternativas de solução, como o método autocompositivo, buscando ser o mais célere e eficiente possível.

Sen possui uma preocupação singular com a perspectiva de liberdade e com a qualidade de vida que compreende as condições de escolha com liberdade para os envolvidos. A ampliação das capacitações (*capabilities*) de cada indivíduo está diretamente relacionada com a respectiva da qualidade

---

5 Matéria completa sobre a divulgação da Justiça em números, disponível em: [https://www.amb.com.br/cnj-divulga-dados-do-relatorio-justica-em-numeros-019/?doing\\_wp\\_cron=1585774773.4765689373016357421875](https://www.amb.com.br/cnj-divulga-dados-do-relatorio-justica-em-numeros-019/?doing_wp_cron=1585774773.4765689373016357421875).

6 Meta 3: estimular a conciliação. Meta direcionada aos segmentos de Justiça Estadual, Federal e do Trabalho. Busca incentivar as formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, possibilitando às partes a solução pacífica, autocompositiva e célere dos litígios. (BRASIL, 2020).

de vida. Essa é uma prerrogativa que pode ser ampliada com políticas públicas eficazes e com efetividade junto à sociedade. (Cf. SEN, 2011, p. 423).

Com a criação desta Política Pública autocompositiva, o Estado cumpre seu dever de oferecer o acesso à justiça, que é um direito social básico, previsto no artigo 5<sup>a</sup>, XXXV da Constituição Federal de 1988, também conhecido como princípio do direito de ação junto ao Direito Processual Público. Seja na forma processual ou pré-processual, por serem aplicados com técnicas eficientes, garantem uma terceira oportunidade que o Estado oferece à sociedade com uma isonomia substancial ao cidadão para que possa desenvolver sua capacidade de escolha frente a cada situação de vida que lhe é apresentada.

Esse método pode não solucionar completamente a situação posta, mas contribui para que as pessoas sejam integradas e suas soluções sejam equânimes, transformando o paradigma do conflito em consenso, por meio do acesso ao Judiciário, que é um direito consagrado a todos pela Constituição de 1988. Segundo a concepção de Sen (2000, p. 46), para quem “liberdade individual é essencialmente um produto social”, as condições para o seu exercício inscrevem-se nessa dinâmica.

As capacitações (*capabilities*) devem ser ampliadas de forma a não privar a liberdade social, econômica ou política, mas apresentar oportunidade de discussão pública de forma democrática e, desse modo, reduzir as desigualdades. Esse dinamismo democrático possibilita a conjugação de princípios constitucionais, vontade das partes e poder de decisão individual. Para Sen (2000, p. 186), “Não só a força da discussão pública é um dos correlatos da democracia, com um grande alcance, como também seu cultivo pode fazer com que a própria democracia funcione melhor”. A responsabilidade na efetivação de novas formas de acesso e decisão na esfera judicial alcança as políticas públicas em geral, fomentando novos modelos de desenvolvimento individual e social. Uma nova cultura de tratamento dos conflitos tem condições de ser gerada e estruturada.

A liberdade, segundo Sen, é a característica mais importante da identidade da pessoa na condição de agente<sup>7</sup> que se responsabiliza por uma sociedade equilibrada e nela atua no decorrer de sua vida social, influenciando as mudanças, exercendo o direito de cidadão com liberdade

7 A condição de agente é uma característica peculiar na identidade e no agir do ser humano como membro de uma sociedade e responsável pelos seus destinos, o que o qualifica como impulsionador do processo de organização e de desenvolvimento do ambiente onde se encontra. (...) (ZAMBAM, 2012, p. 66).

e responsabilidade. Isso porque “[...] as liberdades substantivas que desfrutamos para exercer nossas responsabilidades são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais”. (SEN, 2000, p. 322). A liberdade é necessária para a devida aplicação da justiça, e a organização de uma sociedade precisa estar comprometida com esse objetivo. Ou seja, as condições para a liberdade devem ser implementadas pelo Estado e por meio de aplicação de Políticas Públicas que promovam a justiça social buscando a diminuição da desigualdade social. A utilização de ferramentas de participação é essencial, assim como outras políticas e instrumentos para a otimização da justiça.

Segundo Sen (2010), o desenvolvimento está conectado com esse dinamismo. Melhores condições de vida facilitam e potencializam o exercício concreto da liberdade. Logo, “Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida” (SEN, 2000, p. 17). A conciliação e a mediação estão conectadas com esse amplo espectro de relações que as pessoas estabelecem e com as políticas em tela.

Nessa conexão, a participação em forma de oportunidade de decisão sobre a solução de um conflito judicial é a concretização da ampliação das capacitações (*capabilities*). Reafirmando, elas devem representar a liberdade oportunizando para que cada pessoa possa fazer suas escolhas de forma autônoma, visando melhorar as condições de justiça em nível de grupo com repercussões na integração social após a conciliação.

A liberdade de escolha que garante os direitos dos cidadãos pode ser oferecida e aprimorada por meio da aplicação dos métodos autocompositivos. Tais métodos disponibilizam desde a possibilidade de um pré-processo até uma demanda judicial, na qual estará à disposição dos atores a conciliação e a mediação como uma forma de solução de conflitos eficiente e eficaz, possibilitando amenizar a injustiça e favorecer uma forma mais democrática de se resolver conflitos sociais. Valorizando a vida e a liberdade de escolha de cada cidadão, uma sociedade contribui para ampliar os espaços de diminuição das desigualdades e da promoção do desenvolvimento integral, seja em pequenas ações ou em projetos de grande repercussão. Atesta Sen (2000, p. 19): “a importância de considerar a liberdade o principal fim do desenvolvimento pode ser ilustrado com alguns exemplos simples”. O tema desta abordagem pode ser reconhecido como associado a tais ações.

A resposta do conjunto da sociedade à proposição da conciliação e da mediação é por meio da busca pelo esclarecimento, seja jurídico, seja das condições de sua efetivação, da mesma forma que são decisivos o reconhecimento e a adesão para que este instrumento possa frutificar. Nesse sentido, cabe recordar com Sen (2011, p. 428): “Afirma-se como frequência que não só se deve fazer justiça, mas também ‘mostra que se faz justiça’”. A experimentação da forma de solução de conflitos autocompositivos demonstra a sua importância para a justiça.

A natureza deste processo de dinamismo processual e cooperação, em primeiro plano, das partes envolvidas é possível em sociedades democráticas regidas por princípios, legislação e convicções que integram a tradição das democracias e obtém a concordância da população de forma expressiva.

A liberdade orientada para o processo consiste em uma maneira alternativa de pensar no exercício dos direitos de cada cidadão, em que o direito se condiciona à ocorrência de fazer ou não determinada coisa em certas circunstâncias. A liberdade de buscar o que é melhor para a vida individual e não em contrariedade com a social constitui a maneira de atuar com os métodos autocompositivos. Tem-se acesso à justiça, seja ela na forma processual ou pré-processual, conforme destacado, de uma maneira célere de esclarecer litígios sociais de uma forma democrática, livre e participativa.

A democracia imprimiu no mundo um ritmo de superação das injustiças amplamente reconhecido, especialmente para garantir justiça, a evolução dos recursos, estratégias e mecanismos acompanha as demandas sociais, normalmente de forma satisfatória. Injusta é a sociedade que negligencia a democracia, e justa é a sociedade que se preocupa com a realização das pessoas, garantindo as condições para o exercício da liberdade substantiva, ou seja, a capacidade de atuação da sociedade como cidadão na efetivação da ordem democrática. E a mediação e a conciliação são fundamentais nesse processo, principalmente pela celeridade e diminuição dos litígios.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas alternativas para solução de conflitos garantidas junto aos CEJUSCs dos Tribunais do Brasil, por meio pré-processual, são um caminho eficaz para uma melhor efetividade na solução do litígio entre as partes, em especial a negociação direta, pela via da autocomposição e garantia de direitos constitucionais. Ainda que extrajudicial, deve ser

recebida como uma possibilidade célere de oferecer as condições para a liberdade de escolha na vida de cada cidadão, ou seja, uma forma privilegiada de ampliação das capacitações (*capabilities*), rompendo com concepções ou culturas autointeressadas ou dominadas por interesses institucionais e profissionais corporativos, individualistas e antiquados. As políticas públicas que facilitam o acesso ao Judiciário promovem o exercício da liberdade, a equidade social e o poder de escolha dos cidadãos, de maneira justa e equilibrada, deixando os mais desiguais iguais, e as decisões mais justas.

O poder de escolha no âmbito das decisões processuais é um ato de responsabilidade que clama pela liberdade responsável, desprendimento das partes e preparação ético-profissional abalizada pelos mediadores. Sen (2018, p. 245) sublinha esse dever moral, político e jurídico, quando afirma: “Um método para comparações interpessoais é tentar pôr-se na posição da outra pessoa”. Esse é um exercício de sabedoria, prudência tolerância e, com destaque, de exercício concreto da liberdade.

Afirma-se que o método de autocomposição, por meio das estratégias de mediação e conciliação, contribui eficazmente para a superação da morosidade do Judiciário Brasileiro, pois estas ferramentas (mediação e conciliação) são formas auxiliares e complementares para resolução de conflitos. O Poder Judiciário será cada vez mais célere, mais justo e capaz de ampliar as condições de justiça quanto mais assumir essa metodologia como rotineira e integrante de suas ações a fim de facilitar e qualificar as decisões ou solucionar conflitos antes da fase processual,

A democracia é um valor universal e um sistema de organização social e de governo sustentada por valores e instituições que precisam chegar ao cotidiano das pessoas. A mediação e a conciliação são demonstração de como este sistema pode funcionar para todos e chegar aos lugares mais longínquos, com ampla repercussão na organização de uma sociedade justa.

Reafirma-se que a mediação e a conciliação são possíveis nas democracias pelas razões mencionadas. Amartya Sen, com sua ampla abordagem sobre o tema das capacitações (*capabilities*), oferece uma compreensão e uma estratégia de concretização das condições de justiça no âmbito das decisões processuais por meio da decisão livre e autônoma das partes. A cooperação, solidariedade e tolerância passam de um ideal sublime para uma sublime decisão que agrega, concerta e reconcilia. As partes, ao invés de ampliarem o conflito, o que prejudica o futuro de gerações, podem construir novas relações reconciliadas que amenizam erros do passado e podem iluminar o futuro promissor.

Logo, injusta é uma sociedade negligente; e justa é uma sociedade que tem preocupação social com o seu povo, oportunizando condições concretas de conciliação.

A abertura de espaços que promovam a pacificação social com maior celeridade e acesso rápido e eficaz à sociedade contribui para um modelo de gestão pública aplicada a partir das políticas públicas de autocomposição, seja no estágio processual, seja no pré-processual. Assim, leva a democracia para perto dos cidadãos por meio da ampliação das capacitações (*capabilities*), ou seja, com condições da participação de atores-cidadãos capazes de transformar a realidade que é apresentada atualmente pelo Judiciário.

A resposta à problemática apresentada desde o início desta exposição requer uma aplicação eficiente da política pública de autocomposição, mediação e conciliação, que deve cumprir a função de aproximar as partes em litígio para, em conjunto com mediadores e conciliadores, melhorar a comunicação, aflorando a realidade de cada caso apresentado. Felizmente, esta é uma metodologia que cresce no Brasil e, com isso, o Estado pode atender às demandas de uma maneira mais célere, eficiente e eficaz.

A ampliação da política pública de autocomposição, utilizada pelas ferramentas de mediação e conciliação, auxilia o Estado no cumprimento do seu dever de promover o acesso à justiça com dignidade, como prevê a Constituição Brasileira de 1988. Oferecer aos membros da sociedade condições de decisão e celeridade processual amplia as capacitações (*capabilities*), promove e renova a democracia, visando estar ao alcance de todos, conforme preconiza Sen.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: *a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal. Senado Federal, 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Brasília, 1988. Acesso em: 03 ago. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o

§ 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 26 jun. de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Conciliação e Mediação. Brasília: *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>. Brasília, DF, 27 nov. 2015. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *A conciliação é a melhor alternativa para o judiciário, diz ministro do STJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>. Brasília, DF, 27 de nov. 2015. Acesso em: 27 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>. Brasília, DF, 09 jun. 2015. Acesso em: 30 dez. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Consulta pública do CNJ confirma apoio às metas do Judiciário para 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/consulta-publica-do-cnj-confirma-apoio-as-metas-do-judiciario-para-2020/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. *Manual de Mediação Judicial*. Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>. Brasília, DF, 2009. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 de mar de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Brasília, DF, 16 de mar. 2015. Acesso em: 03 ago. 2015.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/esa/noticias/esa-30-anos-livro-ldquonovo-cpc-anotadordquo-esta-disponivel-para-download-gratuito/19173>. Acesso em: 23 out. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MESQUITA, Andréa. CNJ, Agência de Notícias. *A conciliação é a melhor alternativa para o Judiciário, diz o ministro do STJ*. Disponível em: <http://www.>

cnj.jus.br/noticias/cnj/81052-a-conciliacao-e-a-melhor-alternativa-para-o-judiciario-diz-ministro-do-stj. Acesso em: 29 nov. 2015.

SALES, Lilia Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NALINI, José Roberto. *A rebelião da Toga*. Campinas: Millennium, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito, PpgDir UFRGS, Porto Alegre, v. II, n. IV, 2004*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Theobaldo Neto, organizadores; *Mediação enquanto Política Pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion, *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1672-Medio-nos-Conflitos-Civis-Fernanda-Tartuce-2018.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação e prática restaurativa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: *RICHA, M. A.; PELUSO, A. C. (coord.)*. Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: ofício do mediador. MEZZAROBBA, Orides; DAL RI, Arno Junior; ROVER, Aires José;

MONTEIRO, Claudia Servilha (coord.). Florianópolis, *Fundação Boiteux*, 2004.

RICHA, Morgana de Almeida et.al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão das capacitações. *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 28, p. 313-333, 1993.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Nuno Castelo-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: *Companhia das Letras*, 2011.

SEN, Amartya. Glória incerta. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: *Companhia das letras*, 2015.

SEN, Amartya. *Escolha social e bem-estar social*. Tradução de Ana Nereu Reis. Coimbra: Almedina, 2018.

ZAMBAM, Neuro José. Amartya Sen: *liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável*. Passo Fundo: IMED, 2012.

