

Thiago Bottino
organizador

Ana Clara Fontes Abrahão Ribeiro
Angelo de Carvalho Gomes
Beatriz Villa Leão Ferreira
Bernardo Andreiuolo Tagliabue
Bianca Oliveira Gonçalves Gomes
Bruna Babo Araujo de Matos
Daniel Jose Almeida Esperato
Egmon Henrique de Oliveira Costa
Fábio Amorim da Rocha Filho
Fernanda Abreu de Oliveira
Guilherme Soares Rodrigues da Silva
Helena Szczupak
Igor Martins dos Santos
Isa Mota Rangel
Isabella Markendorf Marins

Júlia Maurício Castro
Juliana de Oliveira Delfino
Jullia Silva Correia
Laura Fonseca Leite da Silva
Mariana Novotny Muniz
Matheus Rezende de Carvalho
Maya Goldfajn
Miguel Ceccato Machado
Nina Varela Minas
Pedro Henrique Ribeiro de Freitas
Rodrigo Bellotti Azevedo
Tatiana Lima Murta
Victoria Henriques de Araújo
Vinicius Casaca

ANUÁRIO DE PUBLICAÇÕES DA GRADUAÇÃO

2020

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direito-rio

Thiago Bottino
organizador

Ana Clara Fontes Abrahão Ribeiro
Angelo de Carvalho Gomes
Beatriz Villa Leão Ferreira
Bernardo Andreiuolo Tagliabue
Bianca Oliveira Gonçalves Gomes
Bruna Babo Araujo de Matos
Daniel Jose Almeida Esperato
Egmon Henrique de Oliveira Costa
Fábio Amorim da Rocha Filho
Fernanda Abreu de Oliveira
Guilherme Soares Rodrigues da Silva
Helena Szczupak
Igor Martins dos Santos
Isa Mota Rangel
Isabella Markendorf Marins

Júlia Maurício Castro
Juliana de Oliveira Delfino
Jullia Silva Correia
Laura Fonseca Leite da Silva
Mariana Novotny Muniz
Matheus Rezende de Carvalho
Maya Goldfajn
Miguel Ceccato Machado
Nina Varela Minas
Pedro Henrique Ribeiro de Freitas
Rodrigo Bellotti Azevedo
Tatiana Lima Murta
Victoria Henriques de Araújo
Vinicius Casaca

ANUÁRIO DE PUBLICAÇÕES DA GRADUAÇÃO

2020

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição edição em 2022.

Periodicidade: Anual

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Ludmilla Totinick, Christian Dannel e Victor Almeida
Capa e diagramação: S2 Books
Revisão: Rowena Esteves e Letícia Zumaeta

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Anuário de publicações da graduação 2020 [recurso eletrônico]/
Thiago Bottino (org.). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.
1 recurso online (280 p.): PDF

Dados eletrônicos.
ISBN: 978-65-86060-38-6

1. Direito – Anuários. I. Amaral, Thiago Bottino do. II. Escola de
Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 340

Elaborada por Rafaela Ramos de Moraes – CRB-7/6625

CONTEÚDO

Apresentação	7
Regulação Tributária da Economia Digital: A legislação tributária brasileira está apta a regular as plataformas digitais?	11
Análise Econômica do Direito no Brasil: O Histórico, a Importância e as Obras	35
As várias faces da liberdade de expressão: moderação de conteúdo online, o ideal de liberdade de expressão do judiciário e a prática	49
Justiça Penal Consensual.	75
Mecanismos de Participação das Agências Reguladoras Federais: O Caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	81
Consequencialismo e Decisão Jurídica: Limites Estruturais e Constitucionais das Recentes Alterações na Lindb – o Caso do Artigo 21	105
Comportamento Judicial e Arenas de Decisão: Comparando Decisões Monocráticas e Colegiadas dos Ministros do STF em <i>Habeas Corpus</i> (Parte II)	125
A Culpa da Vítima na Responsabilidade Civil	135
Artigo 22 da LINDB: Constitucionalidade e Segurança Jurídica	145
Consequencialismo e Decisão Jurídica: Limites Estruturais e Constitucionais das Recentes Alterações na LINDB – O Caso do Art. 23.	163
Participação de Atores não Estatais nos Treaty Bodies da ONU	177
As Ouvidorias das Agências Reguladoras Federais: Limites e Possibilidades de sua Atuação	187
Consequencialismo e Decisão Jurídica: Limites Estruturais e Constitucionais das Recentes Alterações da LINDB – O Caso do Artigo 20.	205
O Caso do Mandado de Segurança n. 27.931: Uma Judicialização Individualizada e Descentralizada da Política.	225
Telemedicina: Implementação nos Estados Unidos e Dificuldades Regulatórias para sua Adoção no Brasil.	237
O Desenvolvimento do Amicus Curiae na Arbitragem Internacional de Investimentos.	263

APRESENTAÇÃO

OS VERDADEIROS BURROS E OS FALSOS LOUCOS

O mais esperto dos homens é aquele que, pelo menos no meu parecer, espontaneamente, uma vez por mês, no mínimo, se chama a si mesmo asno..., coisa que hoje em dia constitui uma raridade inaudita. Outrora dizia-se do burro, pelo menos uma vez por ano, que ele o era, de facto; mas hoje... nada disso. E a tal ponto tudo hoje está mudado que, valha-me Deus!, não há maneira certa de distinguirmos o homem de talento do imbecil. Coisa que, naturalmente, obedece a um propósito.

Acabo de me lembrar, a propósito, de uma anedota espanhola. Coisa de dois séculos e meio passados dizia-se em Espanha, quando os Franceses construíram o primeiro manicómio: "Fecharam num lugar à parte todos os seus doidos para nos fazerem acreditar que têm juízo". Os Espanhóis têm razão: quando fechamos os outros num manicómio, pretendemos demonstrar que estamos em nosso perfeito juízo. "X endoideceu...; portanto nós temos o nosso juízo no seu lugar". Não; há tempos já que a conclusão não é lícita.

Fiódor Dostoiévski, in Diário de um escritor

PESQUISAR NO CAMPO DO DIREITO significa invadir o direito com a pesquisa. A invasão da pesquisa no campo do direito reveste-se de dificuldades quanto à inteligibilidade do que se pode extrair do estado da arte do direito e às aproximações e aos afastamentos possíveis que as múltiplas análises permitem. Os dois caminhos, o que se extrai e o que/como se analisa, sugerem uma apropriação dos domínios do direito numa perspectiva substantiva.

O curso de graduação da FGV Direito Rio incentiva a prática da investigação com vistas à apropriação do direito enquanto realidade a ser permanentemente enfrentada, à produção de conhecimentos em benefício do desenvolvimento de instituições e interferências teóricas e práticas na vida social.

A FGV Direito Rio em prol da concretização de sua missão institucional tem investido em diferentes práticas de pesquisa. O presente anuário reflete esse compromisso institucional, bem como a excelência e a

qualidade da criação por parte de alunos e professores comprometidos com a investigação científica.

Desde o início da graduação em Direito os alunos são contemplados com a participação em atividades de iniciação científica e atividades complementares obrigatórias de pesquisa que desafiam o desenvolvimento de habilidades de investigação atravessadas por conhecimentos empíricos do Direito em suas diversas manifestações e sob diferentes olhares problematizadores.

O currículo do curso de graduação possui atividades de pesquisa obrigatórias, as Oficinas de Pesquisa. Por meio da supervisão de um professor pesquisador e a orientação de assistentes acadêmicos, as Oficinas de Pesquisa desenvolvem habilidades de pesquisa em grupo e aproximam os alunos da graduação dos temas investigados pelos Centros de Pesquisas da FGV Direito Rio. Ao longo de dois semestres letivos, divididos em pequenos grupos, os alunos de 3º e 4º período elaboram um projeto de pesquisa e um artigo científico. Os resultados da pesquisa propriamente dita são apresentados a uma banca avaliadora composta por pesquisadores e/ou professores de outras instituições de ensino jurídico em um evento denominado Jornada Jurídica.

O Programa de Iniciação Científica da FGV Direito Rio com o objetivo de revelar discentes com perfil acadêmico e científico alavanca a formação de pesquisadores de excelência em diferentes áreas e temas do Direito sob a ótica interdisciplinar do conhecimento. A iniciação científica se destina aos alunos interessados na formação em pesquisa e é fomentado por bolsas oferecidas pela própria instituição e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

As produções textuais de ambas as atividades discentes de pesquisa são apresentadas neste *Anuário de publicações da graduação* e tomam o Direito a partir de contribuições teóricas de áreas da Economia, da Justiça, da Tecnologia e do Meio ambiente, constituindo-se em tema fundante para a formação integral do bacharel.

A ampliação do olhar sobre o Direito, do desenvolvimento estético de intervenções na realidade e da postura ética na proposição de reformas em institutos e instituições, as práticas da pesquisa transformam sentidos, promovem tomadas de consciência e desencadeiam formações culturais diferenciadas no campo investigado.

Seguindo os princípios de visibilidade, de cooperação, de publicidade e de inovação, e também considerando o repertório conquistados pelas pesquisas realizadas, o *Anuário de publicações da graduação* abraça a produção dos alunos para oferecer à comunidade acadêmica os resultados de um projeto inovador na formação em Direito.

A LIBERDADE DE ESCOLHA

Realmente, se um dia de facto se descobrisse uma fórmula para todos os nossos desejos e caprichos – isto é, uma explicação do que é que eles dependem, por que leis se regem, como se desenvolvem, a que é que eles ambicionam num caso e noutro e por aí fora, isto é uma fórmula matemática exata – então, muito provavelmente, o homem deixaria imediatamente de sentir desejo.

Pois quem aceitaria escolher por regras? Além disso, o ser humano seria imediatamente transformado numa peça de um órgão ou algo do género; o que é um homem sem desejos, sem liberdade de desejo e de escolha, senão uma peça num órgão?

Fiódor Dostoiévski, in Cadernos do subterrâneo

REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA DA ECONOMIA DIGITAL: A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA ESTÁ APTA A REGULAR AS PLATAFORMAS DIGITAIS?

Aluna: Ana Clara Fontes Abrahão Ribeiro¹

Orientador: Gustavo Fossati²

Área de concentração: Direito Tributário

Sumário: 1. Legislação existente; 1.1 Federal; 1.2 Estadual; 1.3 Municipal; 2. Reformas e inovações; 2.1 Brasil; 2.2 Reino Unido; 2.3 França; 2.4 União Europeia; 3. Conclusão; 4. Referências

Resumo

A presente pesquisa trata da regulação tributária das plataformas digitais, realizando um comparativo entre os modelos de *Digital Services Taxes* aderidos pelo Reino Unido, pela França e pela União Europeia, e o Imposto Sobre Bens e Serviços que se pretende implementar no Brasil com a reforma tributária. O objetivo é aferir em que medida o IBS brasileiro se aproxima das leis estrangeiras analisadas e em que medida o país deveria adaptar sua proposta a elas. Para tal, foi realizado uma pesquisa online, e os dados utilizados acerca dos impostos foram extraídos das páginas virtuais oficiais de seus respectivos governos. Com isso, foi possível perceber que mesmo havendo uma problemática comum em relação à tributação da economia digital, a iniciativa nacional ainda se encontra aquém dos projetos adotados pelas nações do exterior.

Palavras-chave

IVA, *Digital Services Tax*, plataformas digitais.

Abstract

This article is about the tax regulation of digital platforms, making a comparison between the models of Digital Service Taxes adhered by United

1 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

2 Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha, 2013, com bolsa de estudos concedida pela CAPES. Aprovado com nota máxima *summa cum laude*. Lâurea acadêmica de doutorado recebida em 2013. Mestre em Direito pela PUC/RS. Professor pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Advogado corporativo, com ênfase em Direito Tributário.

Kingdom, France and the European Union, and the Tax on Goods and Services that is intended to be implemented in Brazil with the tax reform. The objective is to assess whether and to what extent the Brazilian IBS approaches the foreign laws analyzed, and if and to what extent the country should adapt its proposal to them. To do this, a research was carried out online, and the data used about taxes were extracted from the official virtual pages of their respective governments. Thereby, it was possible to realize that although there is a common problem in relation to the taxation of the digital economy, the national initiative still falls short of the projects adopted by nations abroad.

Keywords

VAT, Digital Services Tax, digital platforms.

1. LEGISLAÇÃO EXISTENTE

Ao realizar uma pesquisa aprofundada na legislação do sistema tributário nacional, foi possível constatar que já existem atos normativos acerca do tema da regulação tributária das plataformas digitais no âmbito dos entes federativos.

1.1 Federal

Há uma instrução normativa abarcando na base de cálculo do PIS/Pasep, da Cofins, dos serviços de informática relacionados ao desenvolvimento de softwares ou dos valores pagos pela utilização de programas de computador para armazenamento e exibição de documentos e vídeos na internet. Essa mesma instrução normativa fala da Repes, um Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação, na qual pessoas jurídicas beneficiárias se enquadram como contribuintes dos tributos mencionados anteriormente.

Por fim, há uma solução de consulta que afirma que não se pode descontar crédito da Cofins ou do **PIS/Pasep**, a título de insumo, em relação ao serviço de pagamento online, e outra que afirma que não sofrem incidência deles o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior, a título de royalties, por simples licença ou uso de marca (comercialização de softwares).

Além disso, há soluções de consulta sobre a incidência do IRRF (15%) e Cide (10%) sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de *Software as a Service* (SaaS), afirmando-a, e também no que diz respeito a remessas ao exterior para empresa estrangeira a título de remuneração contratual de licenciamento de uso de programa de computador.

Vale mencionar que uma solução de consulta admite que aquisições no exterior de autorizações de acesso e de uso de programas ou aplicativos disponibilizados em computação em nuvem (*cloud computing*), também conhecidos como SaaS, devem ser objeto de registro no *Siscoserv*, sendo, portanto, intangíveis.

Podemos organizar as informações legislativas do âmbito encontradas mediante a utilização da tabela a seguir:

Tabela 1.

Ano	Tipo	Ato	Tema	Tributo
2019	Instrução Normativa	RFB Nº 1911	Repes	PIS/Pasep - Cofins - PIS/Cofins ³
2019	Solução de Consulta	Cosit Nº 63	Serviços e pagamentos online	PIS/ Pasep - Cofins ⁴
2018	Solução de Consulta	Cosit Nº 29	Plataforma digital	IRRF - CSLL - PIS/Pasep - Cofins ⁵
2018	Portaria Conjunta	RFB / SCS Nº 2000	NBS 2.0	⁶
2017	Solução de Consulta	Cosit Nº 499	Programas de computador - nuvem	SISCOSERV ⁷
2017	Solução de Consulta	Cosit Nº 381	Comercialização de software	IRRF - PIS/Pasep - Cofins ⁸
2017	Solução de Consulta	Cosit Nº 191	SaaS	IRRF - Cide ⁹
2014	Solução de Divergência	Coana Nº 1	Classificação de mercadoria	¹⁰
2017	Solução de Consulta	Disit/SRRF06 Nº 52	Programa de computador	IRRF - Cide - II ¹¹

3 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=104314>.

4 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=99174>.

5 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=91140>.

6 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97484>.

7 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=87149>.

8 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=86079>.

9 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81598>.

10 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=56266>.

11 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=80841>.

1.2. Estadual

Já na esfera estadual, em todos os estados, pudemos observar diversos decretos, convênios, leis, pareceres, portarias, acórdãos, soluções de consultas e regulamentos de ICMS sobre plataformas digitais e aplicativos. Porém, em sua maioria, são dispositivos bem específicos, que não se aprofundam de fato na matéria da regulação das grandes empresas de tecnologia que criam seu valor em território nacional, e que ainda não são tributadas aqui pois têm sede em outros territórios.

Ao fazermos um recorte dos principais estados brasileiros (SP, RJ, MG, PR, RS, SC), podemos organizar as informações legislativas encontradas mediante a utilização da ta

Tabela 2.

Estado	Tema	Ato	Número	Ano
SP	Aplicativo	Resposta de consulta	20827	2019 ¹²
SP	Aplicativo	Resposta de consulta	18873	2018 ¹³
SC	Aplicativo	Solução de consulta	27	2006 ¹⁴
SC	Aplicativo	Solução de consulta	6	2001 ¹⁵
SC	Aplicativo	Solução de consulta	7	2001 ¹⁶
RJ	Aplicativo	Lei	8470	2019 ¹⁷
SP	Aplicativo	Decreto	62761	2017 ¹⁸
SP	Aplicativo	Decreto	61791	2016 ¹⁹
SP	Aplicativo	Decreto	55437	2010 ²⁰
SP	Aplicativo	Lei	12294	2006 ²¹
SP	Aplicativo	Decreto	45490	2000 ²²

12 Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20827_2019.aspx.

13 Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC18873_2018.aspx.

14 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=UUp6SDMzJUSjY-4Vks3VGZ6bFhJYitla3ZFSGNON01JMTYxaVR4Q2pxVTO=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2a-GY3VWNnNUJWUT09>.

15 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=cGhDMjBqa3J3ak-F5ZmxNZnhkN3RLRUZnL0pPYIRaVldLRHUYOXRRQjcyUTO=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2a-GY3VWNnNUJWUT09>.

16 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=cGhDMjBqa3J3ak-F5ZmxNZnhkN3RLRUZnL0pPYIRaVldLRHUYOXRRQjcyUTO=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2a-GY3VWNnNUJWUT09>.

17 Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/PageLeisOrdinarias?OpenPage>.

18 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=182712>.

19 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=176947>.

20 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=158993>.

21 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=61545>.

22 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=5072>.

Estado	Tema	Ato	Número	Ano
SP	Aplicativo	Lei	10619	2000 ²³
SP	Aplicativo	Decreto	44280	1999 ²⁴
SP	Aplicativo	Decreto	41193	1996 ²⁵
SP	Aplicativo	Decreto	40191	1995 ²⁶
SP	Aplicativo	Decreto	33118	1991 ²⁷
SP	Aplicativo	Lei	6374	1989 ²⁸
MG	Aplicativo	Decreto	47646	2019 ²⁹
MG	Aplicativo	Decreto	47562	2018 ³⁰
MG	Aplicativo	Decreto	47387	2018 ³¹
MG	Aplicativo	Decreto	47332	2017 ³²
MG	Aplicativo	Decreto	46965	2016 ³³
MG	Aplicativo	Decreto	5477	2014 ³⁴
MG	Aplicativo	Decreto	46400	2013 ³⁵
MG	Aplicativo	Decreto	21016	2013 ³⁶
MG	Aplicativo	Decreto	45990	2012 ³⁷
MG	Aplicativo	Lei	199999	2011 ³⁸
MG	Aplicativo	Decreto	44938	2008 ³⁹

23 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=4282>.

24 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=8258>.

25 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=10047>.

26 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=11326>.

27 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=20986>.

28 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=25030>.

29 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47646&comp=&ano=2019>.

30 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47562&comp=&ano=2018>.

31 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47387&comp=&ano=2018>.

32 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47332&comp=&ano=2017>.

33 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46965&comp=&ano=2016>.

34 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=RAL&num=5477&comp=&ano=2014>.

35 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46400&comp=&ano=2013>.

36 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21016&comp=&ano=2013>.

37 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45990&comp=&ano=2012>.

38 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19999&comp=&ano=2011>.

39 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44938&comp=&ano=2008>.

Estado	Tema	Ato	Número	Ano
MG	Aplicativo	Decreto	44754	2008 ⁴⁰
MG	Aplicativo	Decreto	43785	2004 ⁴¹
MG	Aplicativo	Decreto	43779	2004 ⁴²
MG	Aplicativo	Lei	14669	2003 ⁴³
MG	Aplicativo	Decreto	43367	2003 ⁴⁴
MG	Aplicativo	Decreto	43195	2003 ⁴⁵
MG	Aplicativo	Decreto	43080	2002 ⁴⁶
MG	Aplicativo	Decreto	42958	2002 ⁴⁷
MG	Aplicativo	Decreto	42604	2002 ⁴⁸
MG	Aplicativo	Decreto	42543	2002 ⁴⁹
MG	Aplicativo	Decreto	42442	2002 ⁵⁰
MG	Aplicativo	Decreto	42441	2002 ⁵¹
MG	Aplicativo	Decreto	42412	2002 ⁵²
MG	Aplicativo	Decreto	42273	2002 ⁵³
MG	Aplicativo	Decreto	41984	2001 ⁵⁴

40 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44754&comp=&ano=2008>.

41 <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43785&comp=&ano=2004>.

42 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43779&comp=&ano=2004>.

43 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14699&comp=&ano=2003>.

44 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43367&comp=&ano=2003>.

45 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43195&comp=&ano=2003>.

46 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43080&comp=&ano=2002>.

47 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42958&comp=&ano=2002>.

48 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42604&comp=&ano=2002>.

49 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42543&comp=&ano=2002>.

50 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42442&comp=&ano=2002>.

51 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42441&comp=&ano=2002>.

52 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42412&comp=&ano=2002>.

53 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=42273&comp=&ano=2002>.

54 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=41984&comp=&ano=2001>.

Estado	Tema	Ato	Número	Ano
MG	Aplicativo	Decreto	41588	2001 ⁵⁵
MG	Aplicativo	Decreto	39529	1998 ⁵⁶
MG	Aplicativo	Decreto	38886	1997 ⁵⁷
MG	Aplicativo	Decreto	36569	1994 ⁵⁸
MG	Aplicativo	Lei	6763	1975 ⁵⁹
PR	Plataforma	Decreto	7339	2017 ⁶⁰
PR	Plataforma	Decreto	7871	2017 ⁶¹
RS	Aplicativo	Decreto	53953	2018 ⁶²
RS	Aplicativo	Decreto	53.200	2016 ⁶³
RS	Aplicativo	Decreto	53.121	2016 ⁶⁴
RS	Aplicativo	Decreto	52.904	2016 ⁶⁵
RS	Aplicativo	Decreto	51.133	2014 ⁶⁶
RS	Aplicativo	Decreto	53200	2016 ⁶⁷
RS	Aplicativo	Decreto	53121	2016 ⁶⁸
RS	Aplicativo	Decreto	53082	2016 ⁶⁹
RS	Aplicativo	Decreto	52904	2016 ⁷⁰

55 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=41588&comp=&ano=2001>.

56 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=39529&comp=&ano=1998>.

57 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=38886&comp=&ano=1997>.

58 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=36569&comp=&ano=1994>.

59 Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=6763&comp=&ano=1975>.

60 Disponível em: <https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/102201707339.pdf>.

61 Disponível em: <https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/106201707871.pdf>.

62 Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=&Hid_TodasNormas=64487&hTexto=&Hid_IDNorma=64487.

63 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=328869>.

64 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=325574>.

65 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=316266>.

66 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=264684>.

67 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=263453&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

68 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=263021&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

69 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=252024&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

70 <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=261788&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

Estado	Tema	Ato	Número	Ano
RS	Aplicativo	Decreto	51133	2014 ⁷¹
RS	Aplicativo	Decreto	46520	2009 ⁷²
RS	Aplicativo	Decreto	46429	2009 ⁷³
RS	Aplicativo	Decreto	42057	2002 ⁷⁴
RS	Aplicativo	Decreto	39932	2000 ⁷⁵
RS	Aplicativo	Decreto	38266	1998 ⁷⁶
RS	Aplicativo	Decreto	37699	1997 ⁷⁷
RS	Aplicativo	Decreto	8820	1989 ⁷⁸
SC	Aplicativo	Lei	17736	2019 ⁷⁹
SC	Aplicativo	Decreto	184	2019 ⁸⁰
SC	Aplicativo	Decreto	1316	2012 ⁸¹
SC	Aplicativo	Lei	10297	1996 ⁸²
PR	Aplicativo	Decreto	3883	2020 ⁸³

71 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=227632&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

72 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=163442&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

73 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=162616&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

74 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=110157&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

75 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109911&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

76 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109758&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

77 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109362&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

78 Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109360&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=aplicativo>.

79 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=ai9Wam5CMzVGNzFwdm9OQ2huL2RSUWZ3dHBOajVkvV2SazNwNHkvZmdJRT0=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2aGY3VWnNNUJWUT09>.

80 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=WEpKd0FyemlOK1Rq-dzNJVzLTtOszZwdlErVXBRd0dhSGY4Vm5mTWVtYz0=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2aGY3VWnNNUJWUT09>.

81 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=UHUwSzF3VDlleD-JYUUE3akdISkIQZ29BRVJ1ZIBUazJ3UHBhMDNCdW14ST0=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2aGY3VWnNNUJWUT09>.

82 Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/consulta/detalhe?x=TmwyZ3o1b3U0c-FozbGxJNTVmSIFDODBPtWhjakhhR0lwTVJhREFPSUIrUT0=&y=a1NpYINEeUFGVkJZ2aGY3VWnNNUJWUT09>.

83 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=389115>.

1.3. Municipal

Finalmente, quando olhamos o âmbito municipal, foi possível encontrar decretos e leis complementares aos Códigos Tributários dessas respectivas localidades que abordavam o transporte individual privado de passageiros, realizado via plataformas digitais (aplicativos como Uber e 99). As cidades de Belém, Belo Horizonte, Curitiba, Goiânia, Manaus, Natal, Palmas, Porto Alegre, Porto Velho, Recife, Rio Branco, Salvador, São Paulo e Vitória, além do Distrito Federal, adotaram novas legislações para regular quem poderia realizar o serviço, de que maneira ele deveria ser realizado, as sanções caso os dispositivos não fossem cumpridos e o tributo incidente.

É válido citar que a cidade de São Paulo também regulou o transporte por patinetes elétricos e bicicletas via aplicativo. Além disso, algumas cidades como Salvador, Goiânia e o Distrito Federal colocaram serviços de tecnologia e informática no rol de atividades abarcadas pelo ISS. Outras ainda foram além, criando legislações específicas para regular e incentivar parques de tecnologia, softwares e startups a se aloquem no município, como é o caso de Curitiba, Florianópolis, Goiânia e Natal.

Ao fazermos um recorte das principais capitais do Brasil (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Florianópolis e Curitiba), podemos organizar as informações legislativas encontradas mediante a utilização das tabelas a seguir:

Tabela 3.

Capital	Ato	Número	Ano	Tema	Contribuinte
São Paulo	Decreto	56.981	2016	Transporte individual remunerado privado de passageiros por aplicativo	Motoristas que prestam o serviço ⁸⁴
São Paulo	Decreto	57.889	2017	Compartilhamento de bicicletas por aplicativo	Empresas que oferecem o serviço ⁸⁵
São Paulo	Decreto	58.907	2019	Compartilhamento de patinetes elétricos por plataforma digital	Empresas que oferece o serviço ⁸⁶

84 Disponível em: [DECRETO%20N%C2%BA%2056.981%20DE%2010%20DE%20MAIO%20DE%202016%20C2%AB%20Cat%C3%A1logo%20de%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Municipal.pdf](#).

85 Disponível em: [DECRETO%20N%C2%BA%2057.889%20DE%2021%20DE%20SETEMBRO%20DE%202017%20C2%AB%20Cat%C3%A1logo%20de%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Municipal.pdf](#).

86 Disponível em: [DECRETO%20N%C2%BA%2058.907%20DE%2009%20DE%20AGOSTO%20DE%202019%20C2%AB%20Cat%C3%A1logo%20de%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Municipal.pdf](#).

Capital	Ato	Número	Ano	Tema	Contribuinte
Rio de Janeiro	-	-	-	-	-
Belo Horizonte	Lei	11.185	2019	Transporte individual remunerado privado de passageiros por aplicativo	Motoristas que prestam o serviço ⁸⁷
Porto Alegre	Decreto	10.700	2017	Transporte individual remunerado privado de passageiros por aplicativo	Motoristas que prestam o serviço ⁸⁸
Florianópolis	-	-	-	-	-
Curitiba	Decreto	1302	2017	Transporte individual remunerado privado de passageiros por aplicativo	Motoristas que prestam o serviço ⁸⁹

Tabela 4

Capital	Ato	Número	Ano	Tema
Belo Horizonte	Solução de Consulta	5	2019	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ⁹⁰
Belo Horizonte	Solução de Consulta	84	2011	Serviço de planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas ⁹¹
Belo Horizonte	Solução de Consulta	47	2018	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ⁹²

87 Disponível em: [Belo Horizonte/Legisla%20A7%20A30/lei11185.pdf?CT=1594834359193&OR=ItemsView](https://legisla.belo Horizonte/Legisla%20A7%20A30/lei11185.pdf?CT=1594834359193&OR=ItemsView).

88 Disponível em: [Porto Alegre/Legisla%20A7%20A30/2029_ce_186440_1.pdf?CT=1594834557161&OR=ItemsView](https://legisla.porto Alegre/Legisla%20A7%20A30/2029_ce_186440_1.pdf?CT=1594834557161&OR=ItemsView).

89 Disponível em: [Curitiba/Legisla%20A7%20A30/Decreto%201302%202017%20de%20Curitiba%20PR.pdf?CT=1594834230033&OR=ItemsView](https://legisla.curitiba/Legisla%20A7%20A30/Decreto%201302%202017%20de%20Curitiba%20PR.pdf?CT=1594834230033&OR=ItemsView).

90 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas.pdf?CT=1598556100380&OR=ItemsView.

91 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2088.pdf?CT=1598556090139&OR=ItemsView.

92 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%207.pdf?CT=1598556080472&OR=ItemsView.

Capital	Ato	Número	Ano	Tema
Belo Horizonte	Solução de Consulta	116	2001	Serviços de agenciamento/intermediação na venda de produtos e serviços por via de site de compras ⁹³
Belo Horizonte	Solução de Consulta	31	2018	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ⁹⁴
Belo Horizonte	Solução de Consulta	49	2018	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ⁹⁵
Belo Horizonte	Solução de Consulta	39	2017	Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação da INTERNET ⁹⁶
Belo Horizonte	Solução de Consulta	57	2018	Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na INTERNET ⁹⁷
Belo Horizonte	Solução de Consulta	48	2018	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ⁹⁸
Belo Horizonte	Solução de Consulta	08	2020	E-commerce, intermediação de vendas ⁹⁹

93 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2066.pdf?C-T=1598556075004&OR=ItemsView.

94 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%206.pdf?C-T=1598556068539&OR=ItemsView.

95 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%205.pdf?C-T=1598556063841&OR=ItemsView.

96 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2045.pdf?C-T=1598556052931&OR=ItemsView.

97 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2041.pdf?C-T=1598556048600&OR=ItemsView.

98 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%204.pdf?C-T=1598556038962&OR=ItemsView.

99 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2037.pdf?C-T=1598556034802&OR=ItemsView.

Capital	Ato	Número	Ano	Tema
Belo Horizonte	Solução de Consulta	159	2001	Desenvolvimento de websites corporativos ¹⁰⁰
Belo Horizonte	Solução de Consulta	4	2019	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ¹⁰¹
Belo Horizonte	Solução de Consulta	48	2010	Serviços de intermediação de comercialização de mercadorias pela internet ¹⁰²
Belo Horizonte	Solução de Consulta	116	2011	PUBLICIDADE DIGITAL e de agenciamento e intermediação de serviços e negócios por via da internet ¹⁰³
Belo Horizonte	Solução de Consulta	7	2019	Atividade realizada por empresa desenvolvedora de APLICATIVO digital ¹⁰⁴
São Paulo	Solução de Consulta	38	2001	Serviço de intermediação de negócios por meio de website de compras coletivas ¹⁰⁵
São Paulo	Solução de Consulta	31	2010	Serviços de disponibilização de plataforma de comércio eletrônico ¹⁰⁶

100 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2028.pdf?CT=1598556020292&OR=ItemsView.

101 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%202.pdf?CT=1598556004662&OR=ItemsView.

102 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%20100.pdf?CT=1598555989595&OR=ItemsView.

103 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%2010.pdf?CT=1598555985431&OR=ItemsView.

104 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/Belo%20Horizonte/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/Pesquisa%20de%20Consultas%20Espec%C3%ADficas%201.pdf?CT=1598555981131&OR=ItemsView.

105 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC038-2011.pdf?CT=1598553964399&OR=ItemsView.

106 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC031-2010.pdf?CT=1598553945988&OR=ItemsView.

Capital	Ato	Número	Ano	Tema
São Paulo	Solução de Consulta	28	2012	Serviços de envio e recebimento de pagamento online ¹⁰⁷
São Paulo	Solução de Consulta	22	2016	Intermediação comercial na venda de produtos de terceiros ¹⁰⁸
São Paulo	Solução de Consulta	19	2014	Serviços de publicidade eletrônica e promoção de vendas ¹⁰⁹
São Paulo	Solução de Consulta	17	2013	Comercialização e aluguel, no Brasil, de conteúdos digitais (músicas e vídeos), por intermédio da loja virtual ¹¹⁰
São Paulo	Solução de Consulta	13	2014	Prestação de serviços de publicidade, entretenimento comunicação e comércio na internet ¹¹¹
São Paulo	Solução de Consulta	17	2014	Serviços de publicidade eletrônica e promoção de vendas ¹¹²
São Paulo	Solução de Consulta	17	2017	Agenciamento de espaços para publicidade e propaganda de empresas, dentro de um aplicativo ¹¹³

107 Disponível em: https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC028-2012.pdf?CT=1598553941608&OR=ItemsView.

108 Disponível em: https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC0222016_1486746554.pdf?CT=1598553922368&OR=ItemsView.

109 Disponível em: https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC019-2014.pdf?CT=1598553917516&OR=ItemsView.

110 Disponível em: [https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC017_1375798098%20\(1\).pdf?CT=1598553904751&OR=ItemsView](https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC017_1375798098%20(1).pdf?CT=1598553904751&OR=ItemsView).

111 Disponível em: [https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC013-2014%20\(1\).pdf?CT=1598553634839&OR=ItemsView](https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC013-2014%20(1).pdf?CT=1598553634839&OR=ItemsView).

112 Disponível em: https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC009-2014.pdf?CT=1598553612109&OR=ItemsView.

113 Disponível em: https://gvmailmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC0082016_1461765043.pdf?CT=1598553603627&OR=ItemsView.

Capital	Ato	Número	Ano	Tema
São Paulo	Solução de Consulta	27	2013	Serviços de elaboração de campanhas publicitárias e veiculação de anúncios em sites da internet ¹¹⁴
São Paulo	Solução de Consulta	4	2016	Agenciamento de veiculação de anúncios em sites da internet ¹¹⁵

2. REFORMAS E INOVAÇÕES

2.1. Brasil

Sabe-se que na atual legislação tributária brasileira, o modelo de arrecadação adotado é baixo sobre o lucro e a renda, e alto sobre o consumo, gerando muitas críticas por sobrecarregar muito mais a população menos favorecida economicamente. Observam-se inúmeros tributos que incidem, durante a cadeia produtiva, de maneira indireta no consumidor, como o imposto sobre serviços (ISS), o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Esse excesso também acarreta uma maior complexidade do sistema, já que cada estado ou município tem liberdade para definir as regras dos diversos impostos de incidência estadual – como o ICMS, que tem 27 legislações diferentes pelo país, ou o ISS, diferente em cada um dos 5.600 municípios brasileiros.

Já em diversos países do mundo, como os da União Europeia, Austrália, México e Moçambique, é aplicado um modelo chamado imposto sobre valor agregado (IVA), que funciona incidindo, sobre bens e serviços, um imposto único e geral em relação à compra, proporcional ao seu valor e somente ao fim da cadeia de produção.

Existe a tentativa de implementar tal modelo no Brasil com a PEC da Reforma Tributária nº 45/2019. Proposta pelo deputado Baleia Rossi e em tramitação na Câmara dos Deputados, ela prevê que o IPI, o PIS e a Cofins (federais), o ICMS (estadual) e o ISS (municipal) sejam substituídos pelo imposto sobre operações com bens e serviços (IBS) e pelo imposto seletivo. O primeiro seria da competência dos três entes federativos, sendo aplicado sobre a maior parte das operações onerosas envolvendo bens e serviços. Já o segundo seria somente de competência federal, e incidiria sobre bens e serviços específicos com o objetivo de desestimular seu consumo (como o cigarro). Cada ente teria autonomia para definir a alíquota

114 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC0072013%20com%20pedido%20de%20esclarecimento_1404310816.pdf?CT=1598553452402&OR=ItemsView.

115 Disponível em: https://gvmilmy.sharepoint.com/personal/b37038_fgv_edu_br/Documents/Projeto%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20da%20Economia%20Digital/Plataforma%20Digital/S%C3%A3o%20Paulo/Solu%C3%A7%C3%B5es%20de%20Consulta/SC0042016_1461764978.pdf?CT=1598553443544&OR=ItemsView.

do IBS, que começaria em 1% nos dois primeiros anos, com uma elevação progressiva, em uma transição que duraria oito anos (a cada ano seria reduzido 1/8 da alíquota dos impostos existentes, até a completa substituição). Tal proposta, que se encontra no aguardo de votação por uma Comissão Especial de deputados para seguir à Câmara e ao Senado, visa simplificar o regime tributário nacional, facilitando a dinâmica de arrecadação e diminuindo a sonegação fiscal.

Além dessa proposição, há outras linhas de reforma em tramitação: a PEC 110/2019 e uma proposta do governo.

A PEC 110/2019 pretende extinguir nove tributos, sendo eles o IPI, PIS, Pasep, IOF, Cofins – de âmbito federal –, além do Salário-Educação, Cide-Combustíveis, ICMS – de âmbito estadual – e o ISS – municipal. Seria criado também um IVA, chamado de imposto sobre operações de bens e serviços (IBS) estadual e um imposto seletivo federal, que incidiria sobre produtos como derivados do petróleo, cigarros, eletricidade e serviços de telecomunicação. Também a Contribuição Social sobre Lucro Líquido seria eliminada, e o valor devido seria incorporado ao imposto de renda de pessoa jurídica. Além disso, o IPVA passaria a abarcar aeronaves e embarcações, não incluindo veículos comerciais voltados para a pesca e o transporte de pessoas e cargas. É previsto um período de transição de cinco anos, sendo no primeiro ano uma alíquota única de 1% e um ajuste progressivo (entre o segundo e o quinto haveria redução de 1/5 dos antigos impostos, e do sexto ao décimo quinto ano a arrecadação seria feita de maneira inversamente proporcional entre a distribuição com base nos três exercícios anteriores e a com base na nova redação da Constituição, até haver a completa substituição). A proposta aguarda análise da Comissão de Constituição e Justiça do Senado para continuar com os tramites no plenário e na Câmara.

Já a proposta do governo se divide em três etapas: 1) criação de um IVA federal com uma alíquota de 12% sobre consumo que substituiria o PIS/Cofins; 2) criação de um imposto seletivo sobre produtos específicos para desincentivar o consumo em substituição ao IPI; e 3) alteração no imposto de renda, com a desoneração da folha de pagamento e a tributação sobre lucros e dividendos. Na última etapa, o governo visa reduzir gradualmente o Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a *Contribuição Social sobre o Lucro Líquido* (CSLL) – atualmente em 34% somados –, rever alguns benefícios fiscais e realizar algumas alterações no imposto de renda pessoa física, como aumentar o limite de isenção e reduzir a alíquota de 27,5% para 25%, criando uma alíquota maior para os ricos¹¹⁶.

Ainda assim, nenhuma das três propostas de reforma do sistema tributário nacional se preocupa, especificamente, com a tributação da economia digital, diferentemente do que vem acontecendo no exterior.

116 MARTELLO, Alexandro. Reforma tributária: entenda as três etapas da proposta que o governo pretende enviar. G1, 23 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/11/23/reforma-tributaria-entenda-as-tres-etapas-da-proposta-que-o-governo-pretende-enviar.ghtml>. Acesso em: 4 abr. 2020.

2.2. Reino Unido

Em 2018, o Parlamento Britânico anunciou a criação do imposto sobre serviços digitais (*Digital Services Tax*), que começou a incidir sobre as receitas auferidas a partir de 1º de abril de 2020, sendo implementado no Projeto de Lei Financeira 2019-2020¹¹⁷. Quando se trata de regulação das plataformas digitais, essa legislação foi pioneira, tanto no próprio país quanto no mundo,

O imposto sobre serviços digitais, que será pago anualmente, abarca empresas que atuam como plataformas de pesquisa, de mídias e redes sociais, e de comércio online, desde que o grupo possua uma receita mundial de mais de 500 milhões de libras com as atividades no meio virtual (independentemente de como a plataforma seja monetizada), e que 25 milhões de libras advenham de usuários britânicos. A alíquota fixada foi de 2%, porém a primeira receita de 25 milhões de libras dessas corporações – que seja proveniente de usuários do Reino Unido – não será tributada por conta de um subsídio concedido. O monitoramento da medida será feito por meio de informações coletadas dos documentos de contabilidade das empresas.

A aplicabilidade do imposto será calculada a nível de grupo (todas as entidades incluídas nas contas totais, realizadas sob um padrão contábil aceitável), porém será cobrado das entidades individuais que pertencem a ele e que auferem as receitas que contribuem para o valor total. As receitas serão contadas até o limite, mesmo que sejam provenientes de entidades sem uma presença tributável no Reino Unido (empresas que não possuem sede no Reino Unido) para fins de imposto sobre sociedades. Somente uma dessas entidades, escolhida pelo grupo, será responsável por relatar o novo imposto à Receita e Alfândega de Sua Majestade.

Vale ressaltar que os provedores de serviços financeiros e de pagamentos estão isentos da *Common System of a Digital Service Tax* (DST), já que não foram enquadrados na definição de mercado online adotada pela lei. Porém, estão incluídos negócios de publicidade virtual associados a essas empresas, pois são operados em plataformas online que facilitam a colocação de publicidade nesse meio e obtêm benefícios significativos de sua conexão com elas.

Para saber se a receita da companhia é proveniente de um usuário do Reino Unido foi adotado predominantemente o *critério da localização dele, de onde ele acessa a plataforma*. E em relação à publicidade, é tributada a receita da propaganda que se destinar a ser visualizada por um

117 INTRODUCTION of the new Digital Services Tax. [S. l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax>. Acesso em: 5 abr. 2020.

usuário britânico. Quando uma das partes da transação em um mercado online for do Reino Unido e a outra de um país que adote uma legislação semelhante, a receita será tratada como britânica, porém será cobrado somente 50% da receita dessa transação.

Existe a opção de um cálculo alternativo do imposto sobre serviços digitais, sendo ele sob o *Safe Harbour* (regime de preços de transferência que isenta contribuintes elegíveis de algumas obrigações), visando garantir a sustentabilidade de empresas, com margem operacional baixa, de fornecer atividades abarcadas pelo tributo aos usuários do Reino Unido.

Em relação aos impactos causados pela adoção do novo imposto, não se espera que tenham consequências macroeconômicas ou individuais/familiares significativas. É previsto impacto em alguns poucos grupos multinacionais. A expectativa é que até 2024 seja arrecadado 440 milhões de libras anualmente, tendo um custo anual de 8 milhões de libras com novos sistemas e pessoal adicional para viabilizar sua captação¹¹⁸.

2.3. França

A França também se encontra na vanguarda da tributação da economia digital com a criação da chamada Taxa GAFA (acrônimo de Google, Apple, Facebook e Amazon). A alíquota implementada é de 3%, abrangendo algumas empresas multinacionais gigantes no setor das plataformas digitais (pelo menos 30, americanas, chinesas e europeias). São tributáveis serviços de fornecimento por comunicações eletrônicas de uma interface digital que permita aos usuários entrar em contato com outros usuários e interagir com eles, em particular para a entrega de mercadorias ou a prestação de serviços diretamente entre esses usuários¹¹⁹.

Para serem tributadas, essas empresas devem ter receita anual mundial superior a 750 milhões de euros, com pelo menos 25 milhões de euros sendo gerados na França. O novo imposto único será cobrado sobre as vendas realizadas no país e não os lucros. Ele foi aprovado pelo senado francês no dia 11 de julho de 2019, após uma semana de votação na Assembleia Nacional, e foi decidido que seria cobrado retroativamente a partir do início de 2019, com uma arrecadação esperada de 400 milhões de euros só naquele ano¹²⁰.

118 Introduction of the new Digital Services Tax. [S. l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax>. Acesso em: 5 abr. 2020.

119 Bill n° 2019-759 of July 24th, 2019 on the creation of a tax on digital services. [S. l.], 25 jul. 2019. Disponível em: https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/1_metier/5_international/french_dst_en_v2.pdf. Acesso em: 6 abr. 2020.

120 FRANCE passes tax on tech giants despite US threats. [S. l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-48947922>. Acesso em: 6 abr. 2020.

O intuito principal é garantir a tributação de grandes empresas do setor digital quando da prestação de serviços digitais *para usuários em território francês*.

Ao alterar seu Código Tributário Geral, adicionando o novo tributo, a ideia do governo francês é que outros países aproveitassem o conceito da taxa, evitando que essas corporações tenham suas sedes em países com uma carga tributária menor, como o caso da Apple com sede na Irlanda para atuar na União Europeia. Eles afirmam que essas empresas têm lucros enormes por todo o mundo, mas pagam pouco ou nenhum tributo onde o lucro é efetivamente gerado.

Após a introdução da medida, houve grande retaliação dos Estados Unidos que afirmou que uma investigação apontaria que é discriminatória e irracional, além de sobrecarregar e restringir o comércio americano¹²¹. O país também ameaçou taxar em 100% produtos de origem francesa que entram em território nacional, como vinhos. Em resposta, a França reafirmou sua soberania de decidir as próprias regras tributárias, porém a administração pública admite o término do imposto caso haja um acordo realizado internacionalmente para implementar uma medida semelhante a essa nos países da OCDE (modelo de regras para geração de relatórios por operadores de plataforma com relação a vendedores na economia de compartilhamento, apresentando definições importantes, processos de *due diligence*, requisitos do relatório e informações sobre administração e execução¹²²).

2.4. União Europeia

Anterior às duas propostas já citadas, houve a tentativa da União Europeia de implementação de imposto, buscando garantir que as atividades comerciais digitais fossem tributadas de maneira justa, auxiliando o crescimento dos países que compõe o bloco. Em 21 de março de 2018, a Comissão Europeia propôs duas novas diretivas para empresas que atuam nesse setor.¹²³

A primeira diretiva da Comissão visa que os lucros sejam tributados onde as empresas tenham interação significativa com os usuários virtuais, ainda que não tenham presença física em determinados países. A proposta abrangeria empresas como redes sociais, serviços de streaming, mercados online e plataformas de propaganda. Para que fossem tributadas, elas precisariam possuir receita de mais de 7 milhões de euros anuais em um Estado-membro, ter mais de 100 mil usuários em um Estado-membro

121 FRANCE passes tax on tech giants despite US threats. [S. l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-48947922>. Acesso em: 6 abr. 2020.

122 OECD (2020), Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy, OECD, Paris. www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-rules-for-reporting-by-platform-operators-with-respect-to-sellers-in-the-sharing-and-gig-economy.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

123 Fair Taxation of the Digital Economy. [S. l.], 21 mar. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 7 abr. 2020

anualmente, e firmar mais de 3 mil contratos comerciais para serviços digitais entre a empresa e o usuário no período de um ano tributável.

A maneira como essa nova receita seria alocada também mudaria com as novas regras, baseando-se na localidade do usuário no momento da criação do valor. Há também o desejo de que o modelo eventualmente seja integrado ao escopo da Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCS).¹²⁴

Já a segunda diretiva da Comissão é uma resposta a pedidos de vários Estados-membros de um imposto provisório que abarcasse diversas atividades digitais que permanecem sem tributação na União Europeia, gerando receita imediata para eles. Após algumas alterações do Parlamento Europeu nas votações pela ECON, em 3 de dezembro de 2018, e pelo Plenário, em 13 de dezembro do mesmo ano, foi decidida sua base tributável. Ela seria indireta, aplicada às receitas criadas a partir de atividades em que os usuários exercem papel importante na criação delas, como a venda de espaços para publicidade, redes sociais e mercados online, conteúdo em interfaces digitais (jogos, vídeos, áudios e textos) e venda de dados gerados por informações fornecidas pelos usuários. Somente empresas com receita anual total de 750 milhões de euros, sendo 50 milhões de euros provenientes da União Europeia seriam afetadas, e o tributo seria arrecadado no Estado-membro onde os usuários estão localizados.

O Parlamento também propôs a diminuição do limite mínimo de receita para que as empresas começassem a ser tributadas: de 50 milhões de euros para 40 milhões de euros. Além disso, houve a ideia de aumentar a alíquota de 3% para 5%, um pedido de estabelecimento de um possível mecanismo de resolução de disputas em caso de divergência sobre a alocação das receitas tributáveis entre os Estados-membros e uma cláusula de caducidade do imposto.

A expectativa era que a implementação desse imposto sem as alterações idealizadas pela ECON, e sendo aplicado a uma taxa de 3%¹²⁵, gerasse uma receita anual de 5 bilhões de euros. Também esperava-se evitar que medidas unilaterais para tributar as plataformas digitais fossem tomadas pelos Estados-membros, para que não fosse criada uma “colcha de retalhos”, afetando o mercado único. Porém, o Conselho de Assuntos Econômicos e Financeiros não conseguiu chegar a um acordo na votação do dia 12 de março de 2019, e até hoje não foi implementada proposta sobre o tema, gerando as temidas respostas individuais por parte da França e do Reino Unido.

124 Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. [S. I.], 21 mar. 2018. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7420-2018-INIT/en/pdf>. Acesso em: 7 abr. 2020.

125 Proposal for a directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. [S. I.], 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-taxation/file-digital-services-tax-on-revenues-from-certain-digital-tax-services>. Acesso em: 7 abr. 2020.

Tabela 5. União Europeia (EU), Reino Unido, França e Brasil (PEC 45 e PEC 110)

EU	Reino Unido	França	Brasil PEC 45	Brasil PEC 110
Nome da lei	The Common System of a Digital Service Tax (DST)	Taxa GAFA (Google, Amazon, Facebook e Apple)	Imposto sobre Bens e Serviços (IBS)	Imposto sobre Bens e Serviços (IBS)
Fato gerador	(a) A colocação em uma interface digital de publicidade direcionada aos usuários dessa interface; (b) a disponibilização aos usuários de uma interface digital multifacetada que permite aos usuários se encontrarem e interagirem, e que também pode facilitar o fornecimento de suprimentos de bens ou serviços subjacentes diretamente entre os usuários; (C) a transmissão de dados coletados sobre os usuários e gerados a partir das atividades dos usuários nas interfaces digitais	Receitas de mecanismos de pesquisa, plataformas de mídia social e mercados online que derivam valor dos usuários do Reino Unido	Operações onerosas com bens e serviços	Operações onerosas com bens e serviços
Contribuinte	Entidades que preenchem as duas condições a seguir: (a) o montante total das receitas mundiais relacionadas pela entidade para o exercício financeiro relevante excede 750 milhões de euros; b) o montante total das receitas tributáveis obtidas pela entidade na União durante o exercício financeiro em causa exceder 50 milhões de euros	Principamente companhias de e-commerce e redes sociais (<i>Large Companies in the Digital Sector</i>) com faturamento global de mais de 750 milhões de euros e pelo menos 25 milhões de euros de faturamento anual na França	Todos aqueles que realizam o fato gerador (PF ou PJ)	Todos aqueles que realizam o fato gerador (PF ou PJ)



Tabela 5. União Europeia (EU), Reino Unido, França e Brasil (PEC 45 e PEC 110)

	EU	Reino Unido	França	Brasil PEC 45	Brasil PEC 110
Responsável	Comissão Europeia	Governo Federal (Reino Unido)	Poder Legislativo Francês	Deputado Baleia Rossi	Senado brasileiro
Alíquota	3%	2%	3%	Cada ente definirá o valor, sendo o inicial de 1%, com elevação progressiva	Alíquota única de 1% no primeiro ano e ajuste progressivo
Base de cálculo	Aplicação da alíquota na proporção das receitas tributáveis obtidas pelas empresas digitais num determinado período fiscal	O imposto é calculado sobre a receita oriunda das vendas e serviços que as grandes empresas digitais fazem no Reino Unido	O cálculo para o pagamento do imposto será baseado na receita dos serviços digitais prestados ao usuário final localizado em território francês	Valor da operação ou prestação onerosa de bens e serviços sujeitas a imposto, sendo ele líquido do próprio imposto (cálculo por fora)	Previsão de cálculo por fora do imposto e a possibilidade de que a cobrança se dê de acordo com a liquidação financeira das operações
Quando	As disposições previstas seriam aplicadas pelos Estados-membros a partir de 1º de janeiro de 2020	Aplicado às receitas auferidas a partir de 1º de abril de 2020 – imposto anual	Aplicado retroativamente desde o início de 2019 – imposto anual, ano civil (aprovada em julho de 2019)	Ainda não há previsão da data que a proposta entraria em vigor	Ainda não há previsão da data que a proposta entraria em vigor
Onde	As receitas tributáveis obtidas por uma entidade em um período tributário serão tratadas para os fins da diretiva como obtidas em um Estado-membro nesse período tributário se os usuários com relação ao serviço tributável estiverem localizados nesse Estado-membro naquele período tributário	Vale para serviços e vendas a usuários britânicos no Reino Unido	Serviços prestados para usuários em toda a França	Abarca todo o território brasileiro	Abarca todo o território brasileiro

3. CONCLUSÃO

A partir dos dados coletados, podemos concluir que a hipótese inicialmente formulada estava correta: o Brasil não está regulando adequadamente as plataformas digitais na esfera tributária. Ainda nos encontramos distantes dos países pioneiros nessa regulação. Apesar da simplificação do sistema tributário nacional, com uma possível adoção de um IVA unificado, no formato de um imposto sobre bens e serviços, ser o primeiro (mas ainda pequeno) passo, observamos que o país não está preocupado em, de fato, avançar e desenvolver sua legislação tributária nessa área.

Nenhum dos projetos de reforma tributária em curso que foram analisados preocupa-se ou sequer menciona esse importante desafio a ser enfrentado. De acordo com a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital, a tributação no Brasil ainda é focada em mercadorias e produtos industrializados, mas a economia vem se tornando cada vez majoritariamente composta por serviços (principalmente virtuais)¹²⁶. Por conta desse atraso, cria-se uma guerra fiscal entre estados e municípios, pois ainda não há uma determinação sobre qual ente federativo é responsável por tributar esses serviços advindos de plataformas digitais. Além disso, as decisões do Poder Judiciário sobre o tema são incertas, fragilizando um importante pilar que é a *segurança jurídica*.

Por ora, é essencial que a reforma tributária seja de fato realizada o mais rápido possível, já que, como vimos nos exemplos estrangeiros, um imposto sobre bens e serviços, no estilo do IVA unificado, é relevante para cessar problemas (como as guerras fiscais) que impedem o desenvolvimento de novas políticas tributárias eficientes.

Só então o Poder Legislativo poderá começar a vislumbrar o futuro da tributação nacional das empresas atuantes na economia digital sem grandes empecilhos, seguindo as diretrizes da OCDE e acompanhando o crescente movimento dos países estrangeiros. E quanto antes melhor, já que até então há um enorme déficit de arrecadação estatal por não haver regulação efetiva do tema.

4. REFERÊNCIAS

Análise jurídica da PEC 110/2019 (proposta de reforma tributária). [S. l.], out. 2019. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/atualizacao-juridica/boletim/8-edicao/reforma-tributaria/>. Acesso em: 4 abr. 2020.

126 Propostas de reforma tributária ignoram economia digital. [S. l.], 2019. Disponível em: <http://www.fenafisco.org.br/noticias-fenafisco/item/item/6753-propostas-de-reforma-tributaria-ignoram-economia-digital>. Acesso em: 4 abr. 2020.

Bill nº 2019-759 of July 24th, 2019 on the creation of a tax on digital services. [S. I.], 25 jul. 2019. Disponível em: https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/1_metier/5_international/french_dst_en_v2.pdf. Acesso em: 6 abr. 2020.

Especial Reforma Tributária. [S. I.], 2019. Disponível em: <https://www.cenofisco.com.br/Especiais/ReformaTributaria>. Acesso em: 4 abr. 2020.

Ex-deputado Haully detalha PEC 110/2019, proposta de Reforma Tributária que tramita no Senado. [S. I.], 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/ex-deputado-haully-detalha-pec-110-2019-proposta-de-reforma-tributaria-que-tramita-no-senado>. Acesso em: 4 abr. 2020.

Fair Taxation of the Digital Economy. [S. I.], 21 mar. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 7 abr. 2020.

France defiant on plans to impose “Gafa” tax on tech giants. [S. I.], 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.france24.com/en/20190717-france-defiant-plans-impose-gafa-tax-tech-amazon-google-facebook-apple>. Acesso em: 6 abr. 2020.

France passes tax on tech giants despite US threats. [S. I.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-48947922>. Acesso em: 6 abr. 2020.

Introduction of the new Digital Services Tax. [S. I.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax>. Acesso em: 6 abr. 2020.

O que muda com o imposto sobre bens e serviços (IBS)? [S. I.], 24 jun. 2019. Disponível em: <https://dootax.com.br/o-que-muda-com-o-imposto-sobre-bens-e-servicos-ibs/>. Acesso em: 4 abr. 2020.

OECD (2020). **Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy**, OECD, Paris. www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-rules-for-reporting-by-platform-operators-with-respect-to-sellers-in-the-sharing-and-gig-economy.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. [S. I.], 21 mar. 2018. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7420-2018-INIT/en/pdf>. Acesso em: 7 abr. 2020.

Proposal for a directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. [S. I.], 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-stren>

gthened-industrial-base-taxation/file-digital-services-tax-on-revenues-from-certain-digital-tax-services. Acesso em: 7 abr. 2020.

Propostas de reforma tributária ignoram economia digital. [S. l.], 2019. Disponível em: <http://www.fenafisco.org.br/noticias-fenafisco/item/item/6753-propostas-de-reforma-tributaria-ignoram-economia-digital>. Acesso em: 4 abr. 2020.

Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019>. Acesso em: 4 abr. 2020.

Reforma Tributária: entenda as três etapas da proposta que o governo pretende enviar. [S. l.], 23 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/11/23/reforma-tributaria-entenda-as-tres-etapas-da-proposta-que-o-governo-pretende-enviar.ghtml>. Acesso em: 4 abr. 2020.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL: O HISTÓRICO, A IMPORTÂNCIA E AS OBRAS

Aluno: Angelo de Carvalho Gomes¹

Orientador: Antônio José Maristrello Porto²

Área de concentração: Direito e Economia

Sumário: 1. Introdução; 1.1 Breve histórico da AED; 1.2 Surgimento da AED no Brasil; 2. Metodologia; 3. Obras da AED no Brasil; 4. A importância da AED para os juristas em formação; 5. Conclusão; 6. Referências

Resumo

Surgido originalmente na academia europeia, e tendo ganhado força em meio aos juristas dos Estados Unidos, o movimento da Análise Econômica do Direito tem obtido nos últimos anos um espaço crescente na academia e nos tribunais brasileiros. Este estudo busca apresentar um breve histórico desse movimento no Brasil e no mundo, demonstrar como esse movimento é importante para a formação dos futuros juristas e trazer uma perspectiva empírica das obras que atualmente tratam da AED no Brasil.

Palavras-chave

Surgimento; Law and Economics; Crescimento; Importância da AED; Análise Econômica do Direito; Direito e economia.

Abstract

Originally born in the European academy and having gained strength among jurists in the United States, the Law & Economics movement has obtained in recent years a growing space in the Brazilian academy and courts. This study seeks to present a brief history of this movement in Brazil and in the world, to demonstrate how important this movement is for the formation of future jurists and to bring an empirical perspective of the works that currently deal with Law & Economics in Brazil.

1 Angelo de Carvalho Gomes é estudante do 8º período da Graduação em Direito da FGV Direito Rio e presidente da organização estudantil BRICS Observer.

2 Antônio José Maristrello Porto é doutor e mestre em Direito pela University of Illinois. Professor da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, Vice-diretor da FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio.

Keywords

Origin; Growth; Importance of Law and Economics; Economic Analysis of Law; Law and Economics.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Breve histórico da AED

Há duas explicações para o surgimento do movimento hoje conhecido como *Law & Economics* – ou, no Brasil, Análise Econômica do Direito (AED). Segundo elas, a AED teve sua origem em dois momentos distintos.

De acordo com uma delas, a primeira aparição desse método de análise legal surgiu no século XIX, na Europa Continental. Como detalham Martin Gelter e Kristoffel Grechenig (2014), esse movimento esteve particularmente presente na Alemanha e demais países germânicos. Os autores citam como principal expoente desse período a monografia do professor da Universidade de Viena, Victor Mantaja (1888) *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (O Direito da Responsabilidade Civil sobre o ponto de vista da Economia Política, em tradução livre), que trata do que se convencionou chamar de *Tort Law* (Direito do Dano/ Responsabilidade Civil), focando nos efeitos dos incentivos gerados por ela. Importante ressaltar que, quando se fala em incentivos, tem-se em mente a referida noção desde a economia clássica. Em um mundo em que os indivíduos são racionais, como considera a teoria econômica clássica, incentivo é tudo aquilo que os encoraja ou os desencoraja, após análise racional e consequencialista, a tomarem certa atitude ou agirem de certa maneira.

Essa versão de *Law & Economics* durante muito tempo não prosperou. Sua popularidade na Europa Continental caiu drasticamente até o período de 1930 e seus últimos resquícios foram eliminados pelo regime nazista, junto de outros movimentos interdisciplinares afastados da *intelligentsia* (MANHEIM, 1974) da época. O principal motivo para a não resistência desse modelo, na crescente especialização das ciências sociais, foi a visão de muitas universidades, principalmente na Alemanha, de que o Direito era uma disciplina em que o foco se mantinha na interpretação coerente do Direito, baseado na consistência do sistema, mantendo a política e outras disciplinas dela afastadas.

O movimento intelectual só veio, então, a ser retomado depois da Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos, nas décadas de 1940 e 1950, na Universidade de Chicago, com a criação do *Journal of Law and Economics*, e ganhou maior repercussão na década de 1960, com a publicação do artigo de Ronald Coase “Problem of social cost” (COASE, 1960), bem

como outras obras do referido autor e também de Guido Calabresi, marcadamente, seu artigo “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” (CALABRESI. 1961). O primeiro autor recebeu um Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1991 por toda a relevância de sua obra, que teve grande impacto sobre a microeconomia. Martin Gelter e Kristoffel Grechenig (2014) resumiram a essência desse primeiro trabalho de Ronald Coase como um “*insight* sobre a reciprocidade da relação entre a vítima e o promotor do dano e, dessa forma, a importância dos custos de transação” (tradução livre). Uma diferença marcante desse movimento para o anterior, é que ele foi liderado por economistas, que depois fizeram graduação em Direito. O primeiro, por outro lado, era uma discussão entre juristas apenas, sem um histórico de graduação em economia.

Um ponto de virada muito importante para a consolidação do movimento intelectual do *Law and Economics* foi a criação do Teorema de Coase (1960). Há muitas maneiras de exemplificar este teorema, mas ele pode ser simplificado, com todas as desvantagens de reduções, à máxima de que indivíduos, a um custo de transação zero, podem negociar livremente para resolver seus problemas, sem necessitar da interferência do Direito. Desse modo, o resultado será o mais eficiente para ambas as partes e os custos serão internalizados por aquele que mais valoriza o resultado. Esse teorema é bastante importante, pois apresenta muitos dos conceitos da economia que são aplicados ao Direito, como por exemplo, eficiência³ e custos de transação⁴.

Outro autor relevante no contexto de fortalecimento desse movimento intelectual é Gary Becker, economista e professor das Universidades de Princeton e Chicago, que ficou famoso por aplicar os princípios da economia ao crime (1968), questões raciais (1957) e na vida familiar (1981). As obras escritas pelo autor nessas áreas renderam-lhe o Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1992.

Guido Calabresi, assim como Henri Mané e Richard Posner, foram os principais acadêmicos responsáveis pelo ganho de força desse movimento

-
- 3 O conceito de Eficiência pode ser dividido em três partes - Eficiência Produtiva: é eficiente tudo aquilo que pode ser produzido com menos recursos ou o que pode ser produzido em maior escala com os mesmos recursos; Eficiência de Pareto: é eficiente tudo aquilo que, uma vez realizado, gere benefícios para uma parte, sem gerar prejuízo para qualquer outra; Eficiência de Kaldor Hicks: é eficiente tudo aquilo que, uma vez realizado, gere benefícios para uma parte, superiores ao possível prejuízo gerado para qualquer outra. Seu foco sempre é na maximização dos benefícios da alocação de recursos, geralmente maximização de riqueza.
 - 4 O Conceito de Custos de Transação é subdividido em três partes - Custos de Localização: todas as barreiras e custos stricto sensu que são necessários para serem localizados as vítimas e os promotores do dano; Custos de Negociação: todas as barreiras e custos stricto sensu que são necessários para que as partes localizadas negociem uma solução eficiente para o dano causado; Custos de Execução: todas as barreiras e custos stricto sensu que são necessários para que se possa realizar a solução encontrada. Quanto maiores forem os custos, mais difícil será o alcance de uma solução eficiente.

nas universidades americanas. O primeiro teve como uma de suas contribuições mais relevantes uma pesquisa que o levou a publicar uma série de artigos, explicando a estrutura do Direito da Responsabilidade Civil, sob a perspectiva de princípios da economia. O segundo, criticou a tradição do Direito Empresarial e de Seguros. Uma de suas peculiaridades, que lhes deu certa fama, foi o fato de que Henry Manne defendia a legalização do *Insider Trading*⁵. Ele também teve grande relevância por montar cursos intensivos de microeconomia para juizes e professores de Direito. O terceiro, Richard Posner, é até hoje um dos mais famosos teóricos de *Law and Economics*. O que fez de Posner especial foi sua teoria de como o princípio da eficiência poderia explicar toda a estrutura do sistema de *common law*. Em um histórico acerca do surgimento de *Law & Economics*, o autor erigiu os casos antitruste como grandes fontes precursoras do movimento, em 1960, por toda a carga econômica que possuíam, e como economistas os usavam para fazer uma análise econômica da regulação. Ele considera como “marco” desse movimento, que chama de “novo direito e economia”, o uso da economia em todos os campos legais da *common law*.

Por fim, mais recentemente, nas décadas de 1980 e 1990, nos Estados Unidos, as melhores escolas de Direito começaram a contratar economistas para lecionarem AED, enquanto na Europa, as escolas eram mais tradicionalistas e muito desse movimento foi, e continua até hoje, sendo carregado pelos economistas. Centros de *Law and Economics* foram criados em diversos países, com grande e especial repercussão na Holanda, Alemanha e Itália. Já na contemporaneidade, os movimentos de *Law & Economics* evoluíram e incorporaram as críticas realizadas durante as últimas décadas. As principais estão focadas no conceito de eficiência e da escolha racional. A racionalidade ainda é central nesses movimentos, mas já há alguma abertura para o behaviorismo e experimentalismo, que culminou no que hoje se chama de Economia Comportamental⁶.

1.2. Surgimento da AED no Brasil

No Brasil, o movimento intelectual de *Law & Economics* ganhou maior espaço nas últimas duas décadas. O primeiro livro sobre o tema lançado aqui

5 Insider Trading é uma prática de mercado ilegal e criminalizada em muitos países. Ato criminoso ocorre quando participantes do mercado têm informações privilegiadas sobre determinada empresa e se aproveitam para realizar negociações. Mais em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/acoes/noticia/2684276/insider-trading-entenda-saiba-consequencias-desta-pratica>. <último acesso em: 14 jul 2020>

6 A Economia Comportamental sugere que a realidade é diferente: as pessoas decidem com base em hábitos, experiência pessoal e regras práticas simplificadas. Aceitam soluções apenas satisfatórias, buscam rapidez no processo decisório, têm dificuldade em equilibrar interesses de curto e longo prazo e são fortemente influenciadas por fatores emocionais e pelos comportamentos dos outros. Mais em: <http://www.economicomportamental.org/o-que-e/>. <último acesso em: 14 jul 2020>

foi *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, publicado em 2002, por Mário Luiz Possas⁷. Da mesma maneira, as questões concorrenciais e antitruste foram eleitas por Posner como precursoras do movimento de *Law & Economics* nos Estados Unidos, no Brasil, o Direito da Concorrência também serviu como ponto de partida para a entrada dessa teoria e método no país.

Atualmente, a influência dos autores norte-americanos, responsáveis pela popularização da referida escola teórica permanece forte. Entretanto, como descreve Nuno Garoupa:

O modelo neoclássico tradicional convive agora com os paradigmas comportamentais, as novas teorias institucionais, os estudos empíricos, as polêmicas do desenvolvimento econômico e social (onde a discussão lançada pela tese dos legal origins que favorece o sistema anglo-saxônico continua bem ativa) o Public Choice (ou sua tradução para o português, “Escolha Pública”), e até a crítica metodológica (vários autores do chamado Critical Legal Studies defendem hoje o uso alternativo de Left ou Progressive Law and Economics). (2017)

Também de acordo com o professor:

Evidentemente a base do movimento é e terá que ser sempre a mesma – a aplicação da teoria microeconômica à realidade jurídica. O conceito da eficiência inevitavelmente está no cerne da análise e dificilmente o estudioso do Law and Economics pode fugir dele. (2017)

Como será demonstrado mais à frente, a partir de 2002 há uma crescente presença da AED nas academias brasileiras. Exemplo disso é o caso da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), que inclui a AED como matéria obrigatória na grade curricular da sua graduação.

Isso, é claro, refletiu-se não apenas no aumento das publicações relacionadas a temas da AED, mas também na aceitação desse método por parte das cortes brasileiras. O caso mais emblemático foi a adoção explícita desse método pelo STJ, em 2015, no Recurso Especial nº 1163283/RS, no qual a AED foi aplicada à um Contrato de Financiamento Imobiliário. Além disso, a partir da entrada da AED no Brasil, passaram a surgir disciplinas sobre o tema, tendo destaque a ministrada na FGV Direito Rio, como uma das pioneiras.

7 Mário Luiz Possas é graduado em Engenharia de Comunicações pelo Instituto Militar de Engenharia (IME), é mestre e doutor em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e atualmente é professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Dessa maneira, conhecer essa escola de pensamento e seu método não apenas é benéfico para os novos juristas, mas também pode-se tornar uma ferramenta bastante útil para advogados, magistrados e demais agentes que atuam no poder judiciário, visto que esse já é aplicado em diversos casos na atualidade.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para este estudo foi a revisão bibliográfica e a produção de uma base de dados, fazendo o levantamento das obras da AED identificadas no cenário jurídico brasileiro. Deve-se interpretar a palavra “obras”, nesse caso, desde uma visão mais restritiva, focada unicamente em livros⁸.

Para tal levantamento, tem-se como espaço amostral os catálogos presentes nas lojas virtuais de algumas das maiores livrarias que comercializam no país, a saber: Amazon, Livraria Cultura e Saraiva. Os filtros utilizados nos buscadores dos três catálogos foram: Law and Economics; AED; Direito e Economia. Apenas as obras em português (sejam elas traduzidas ou originalmente escritas nessa língua) foram selecionadas, visto que a intenção é observar especificamente a perspectiva brasileira desse movimento.

3. OBRAS DA AED NO BRASIL

Para este estudo foi feito um levantamento das obras já existentes no cenário jurídico brasileiro que tratam do tema da AED. Foram encontrados 82 livros que têm a AED como foco principal, bem como aqueles que utilizam a teoria da AED e o conceito de eficiência para abordar outros temas de interesse.

Essa diferenciação é importante, uma vez que a perspectiva de discussão teórica não é a mesma e os efeitos de cada livro podem ser relevantes para caminhos diferentes. Nos casos em que a AED é o foco principal, o arcabouço teórico acionado por parte dos autores pode ser muito mais robusto, enquanto naqueles em que a AED é utilizada como instrumento para guiar outra área do Direito, a teoria cede espaço para questões mais práticas, do campo do direito analisado.

Analogamente, seria como se as obras da AED como tema principal fossem a “indústria de base”, usando a teoria e o método de maneira geral,

8 Para uma perspectiva diferente acerca das obras sobre Law & Economics no Brasil, focada em artigos acadêmicos, ver: ARAÚJO, Thiago Cardoso: Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 142-150.

consolidando o arcabouço teórico e preparando o terreno para as outras obras — à semelhança das indústrias de base, que fornecem os materiais necessários para o funcionamento de outras indústrias. Já as obras que aplicam a AED, seriam as “indústrias de bens de consumo”, não apenas para os acadêmicos, mas também para advogados, juízes, entre outros profissionais do campo, tratando de temas diversos, de maneira especializada. Conforme a tabela, a seguinte divisão foi encontrada dentre as obras selecionadas:

Tabela 1.

Tipo de obra	Quantidade
Obras nas quais AED é o tema central	30 obras
Obras nas quais AED é aplicada para discutir outros temas de interesse	52 obras

Por um lado, nas obras que focam inteiramente na teoria da AED, percebe-se que os acadêmicos brasileiros começam a se voltar para discussão doutrinária que envolve o movimento teórico-metodológico da AED e suas diversas “correntes”, o que é recente no Brasil. Denota, também, que tais acadêmicos estão interessados em contribuir ativamente para essa discussão realizada mundialmente, especialmente nas universidades europeias e norte-americanas. É um passo inicial para que as universidades brasileiras comecem a enxergar o potencial da AED.

Por outro lado, nas obras em que a AED e o conceito da eficiência são efetivamente aplicados na análise de outros temas, há a confirmação de que a teoria pode ser aplicada na práxis jurídica brasileira. No levantamento feito, dentre as 82 duas obras encontradas, foram aplicados os conceitos de *Law & Economics* em diversos temas.

Alguns deles são mais previsíveis, como, por exemplo, uma análise econômica da litigância, do Direito Contratual, da responsabilidade civil ou da expansão do Direito Penal, temas que já vinham sendo discutidos longamente no século passado, nas universidades dos Estados Unidos.

Ao mesmo tempo, a AED também foi aplicada a temas inovadores, como, por exemplo, Direito Ambiental (discussão que pode vir a crescer depois das tragédias de Mariana e Brumadinho em 2015 e 2019, respectivamente), Direito de Família e divórcio e arbitragem.

Na Tabela 2, a seguir, podem ser observados os temas das obras selecionadas aos quais foram aplicados os conceitos inerentes ao movimento de *Law & Economics*:

Tabela 2.

Temas das obras nas quais AED é aplicada para discutir outros temas de interesse	Quantidade
Direito Contratual	8 obras
Responsabilidade Civil	3 obras
Direito Penal	2 obras
Direito Societário/Direito Empresarial	6 obras
Direito Concorrencial	6 obras
Direito Ambiental	1 obra
Direito de Família	4 obras
Direito e Desenvolvimento	6 obras
Arbitragem	2 obras
Direito Previdenciário	2 obras
Direito Processual	4 obras
Regulação	3 obras
Direito Tributário	4 obras
Direito Trabalhista	1 obra

Na Tabela 3, pode-se perceber como a discussão de *Law & Economics* chegou ao Brasil e tem recebido crescente atenção nas últimas duas décadas.

Tabela 3.

Ano de lançamento das obras	Quantidade
2002	1 obra
2003	1 obra
2005	2 obras
2006	3 obras
2007	2 obras
2008	8 obras
2009	5 obras
2010	5 obras
2011	1 obra
2012	6 obras
2013	7 obras
2014	10 obras
2015	7 obras
2016	9 obras
2017	8 obras
2018	7 obras

Vale observar que a curva de publicações tem aumentado comparando os anos 2000 com os anos 2010. Na primeira década, há uma média de aproximadamente 3 publicações sobre o tema por ano, já na segunda, a média é de aproximadamente 6,5 publicações por ano. Também vale notar o aumento proporcional das publicações sobre o tema depois da decisão do STJ em 2015, já citada neste estudo. Antes da decisão havia uma média de aproximadamente 4 publicações por ano, enquanto essa média quase dobrou para 8 publicações ao ano.

4. A IMPORTÂNCIA DA AED PARA OS JURISTAS EM FORMAÇÃO

Ao buscar entender o motivo pelo qual o movimento de *Law & Economics* tem recebido crescente atenção por parte dos juristas brasileiros e ao redor do mundo, faz-se necessário compreender quais são os diferenciais que esta escola de pensamento pode ter a oferecer ao estudante de Direito. É necessário responder às seguintes perguntas: Por que um estudante de Direito deveria estudar economia? Por que o estudo de *Law & Economics* é importante para os futuros juristas do Brasil?

Para responder à primeira pergunta, alguns argumentos podem ser levantados:

O primeiro deles é que algumas áreas do Direito estão intimamente ligadas a conhecimentos provenientes da economia, para chegar às respostas aos casos que surgem no cotidiano do fazer judicial. Um exemplo é o Direito Societário, que trata das sociedades empresárias. O advogado ou a advogada que pretende trabalhar nessa área, deverá conhecer não apenas a regulação de uma sociedade anônima ou limitada, dentre outros tipos societários, mas também deverá saber sobre mercados de capitais e valores mobiliários, demonstrativos financeiros, índices das bolsas de valores etc., pois seus clientes irão operar diretamente com isso.

Em uma aquisição de uma sociedade por outra, por exemplo, não basta que o advogado saiba qual legislação regula o processo de compra ou qual a burocracia frente ao CADE, ente governamental que, dentre outras funções, fiscaliza operações de aquisição societária. Também deverá compreender quais os impactos econômicos dessa operação: Qual será a nova porcentagem do mercado que esta sociedade terá depois de adquirir a outra? Haverá a formação de um monopólio ou oligopólio? Qual é o valor dessa aquisição? Quais são os riscos provenientes dela? Nenhuma dessas perguntas será respondida pelo Direito, mas, sim, pela economia. Ainda assim, se qualquer uma delas for contrária ao entendimento do CADE quanto ao que é bom para a proteção do mercado, tal operação será impedida e o advogado, na qualidade de defensor das

sociedades envolvidas, deve estar preparado para agir de acordo com os interesses de seus clientes.

Outra área do Direito que envolve conhecimentos de economia é o Direito Tributário. Uma questão comum para advogados que nela atuam é defender seus clientes de impostos com valores abusivamente altos, ou que sofreram aumentos desmedidos. No entanto, como o advogado poderá argumentar em juízo que o valor do imposto ou de seu aumento é abusivo, se ele não entender como se chegou naquele valor, a partir da alíquota do imposto e sua base de cálculo? Como poderá um juiz julgar essa causa se também não possuir tais conhecimentos? O resultado, no primeiro caso, seria uma causa perdida e, no segundo, uma decisão equivocada ou injusta.

O segundo argumento, elaborado por Cooter e Ulen, é de que o intercâmbio de conhecimento entre os economistas e os juristas seria muito proveitoso por ambas as partes (COOTER; ULEN. 2016). De um lado, os juristas aprenderiam a desenvolver e aprimorar um raciocínio quantitativo na formulação de teses e também pesquisa empírica, algo que tem se tornado muito popular no Direito, especialmente no Brasil. Do outro, os economistas poderiam aprender técnicas de persuasão, fazendo com que seus modelos e suas teorias aproximem-se gradualmente daquilo com que as pessoas comuns se importam.

Outro argumento, parecido com o primeiro, é que o Direito e a economia são áreas que se misturam no mundo prático e exercem influência mútua. Um exemplo concreto disso é o direito de propriedade. Por um lado, a garantia da propriedade privada por parte das regras jurídicas exerce influência no mercado, para que este se organize sob uma ótica de valorização e comercialização de propriedade, atendendo as determinações legais. Por outro, o fato de o mercado se organizar de tal maneira, cria a necessidade, ou ao menos a pressão, para que o Direito atue de modo a garantir a propriedade privada, contribuindo para a estabilização do mercado. Ou seja, ao mesmo tempo que o Direito pode atuar para ser um estabilizador, condutor ou regulador da economia, a economia pode gerar situações no contexto de uma sociedade que fomentem uma pressão social para a adoção ou mudança de determinado comportamento pelo Direito.

Em quarto lugar, o estudo de economia oferece um raciocínio específico que pode ser importante para um advogado. Esse raciocínio é pautado, principalmente, na eficiência. Ao analisar um caso, estudar suas possibilidades, quais argumentos poderiam ser defendidos em uma corte, quais os instrumentos processuais poderiam ser utilizados, quando fazer um acordo ou quando acirrar o litígio fazem parte da análise legal que o advogado fará. Isso não impede que essa análise seja complementada com a eficiência.

Muitas vezes, um advogado está tão certo da correção e força de sua causa que vai até o fim do processo – até a sentença, que pode ser

favorável ou não – gastando muito de seu tempo e do dinheiro de seu cliente, quando poderia ter chegado a um acordo com a outra parte já no início do processo. Com isso, ainda que recebesse menos, seria mais eficiente do que o dinheiro e o tempo gastos em uma espera que pode perdurar anos, até que o litígio seja resolvido pelo judiciário. O contrário também é verdadeiro. Pode ser muito mais eficiente que se chegue a um acordo no início do processo e que o cliente pague menos à outra parte, do que se utilizar de recursos e mais recursos para protelar a decisão, quando, se desfavorável, poderá ser condenado a um valor maior e com incidência de juros. Esse raciocínio de custos de oportunidade e eficiência se desenvolve de forma mais consistente a partir do estudo da economia.

Por fim, eis outro argumento que escapa da teoria e entra no campo da prática: advogados que dedicam parte de seu tempo para estudar economia ganham mais do que advogados que se dedicam a maioria das outras áreas do conhecimento. Uma pesquisa realizada pela American Community Survey (ACS) (WINTERS. 2015), entre 2009 e 2013, indagou centenas de advogados atuantes acerca de duas perguntas: Qual era sua graduação anterior ao Direito⁹? Qual era o seu ganho salarial anual. O resultado obtido foi que a graduação em economia era a quarta mais escolhida pelos advogados (6,51% do total), ficando atrás de ciência política (21,58%), história (9,90%) e inglês e literatura (8,05%). Já no ranking de ganho salarial, aqueles que optaram por economia ficaram em terceiro lugar (entre \$130.723 e \$182.359 anuais), perdendo apenas para engenharia elétrica (entre \$179.744 e \$219.383 anuais) e contabilidade (entre \$135.044 e \$180.507 anuais). Os três outros cursos mais comuns entre os participantes da pesquisa ficaram, respectivamente, em 8^o (história), 9^o (ciência política) e 15^o (inglês) lugares.

Para responder à segunda pergunta, demonstrando por que deve um estudante de Direito aprender *Law & Economics* podem ser trazidos os seguintes argumentos:

Primeiro, o estudo de *Law & Economics*, aplicado conjuntamente dos conceitos derivados da economia, pode produzir decisões mais eficientes por parte dos juízes. O Direito é visto pelo senso comum como um instrumento da garantia primordial da justiça. Ainda que isso seja louvável, a salvaguarda de uma suposta prestação jurisdicional justa em determinados

9 Ainda que nos Estados Unidos o estudante deva fazer uma graduação antes de poder fazer a pós-graduação em Direito, o que não acontece no Brasil, o argumento de que o foco no estudo de economia propicia maiores salários mantém-se forte, pois no Brasil existem diversas faculdades que possibilitam aos alunos de Direito realizarem formação complementar, dupla graduação ou pós-graduação em economia, que poderia suprir uma eventual necessidade de comprovação da especialização. Mesmo com toda a diferença entre o Direito americano e o brasileiro, o argumento se mantém, uma vez que o diferencial do estudo de economia para o Direito não se encontra somente na área de atuação, mas principalmente no raciocínio fomentado pelo estudo integrado das duas áreas do conhecimento.

casos não necessariamente gera benefícios à sociedade como um todo. A judicialização da saúde, tema bastante complexo e polêmico, é um exemplo disso. O Brasil possui diversos problemas no setor de saúde. Hospitais públicos com infraestrutura precária, falta de medicamentos e de médicos. Por outro lado, existem doenças muito raras, para as quais os tratamentos são muito caros e não são oferecidos pelo poder público.

Um juiz que aprecia um pedido para que o Estado arque com os custos de um tratamento caríssimo (algumas vezes milionário) de um paciente com uma doença rara deve tomar qual decisão? Sentenciar o Estado a custear o tratamento e comprometer o já limitado orçamento do Ministério e das Secretarias de Saúde, por sua vez impactando ainda mais nos problemas da saúde pública anteriormente listados? Negar o pedido e arriscar a morte do autor do processo? Casos como esse são muito delicados, principalmente por envolver o destino de uma ou muitas vidas. A decisão justa não é clara, entra-se no campo do dilema moral. Correntes doutrinárias diversas apontarão caminhos diferentes a serem seguidos. O movimento de *Law & Economics* poderia ser um poderoso aliado nesse processo, contribuindo para a racionalização desses casos polêmicos e para que a decisão seja a mais eficiente possível, beneficiando o maior número de pessoas.

O segundo argumento é de que o estudo da AED vem crescendo bastante dentro do Direito Civil brasileiro, principalmente no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil, áreas nas quais o movimento de *Law & Economics* já é muito forte nos Estados Unidos (onde, como já dito, originou-se o novo movimento de *Law & Economics*) (RUBIN. 2018). Novos doutrinadores começam a usar esse movimento em seus livros e tratados. O STJ tem utilizado gradativamente, com maior frequência, o raciocínio da AED para decisões nessa matéria. Aqueles que desejam se formar como civilistas deverão conhecer AED a fundo, senão para utilizar, ao menos para saber identificar o raciocínio e conseguir combatê-lo em juízo.

O terceiro argumento é de que há um enorme potencial de expansão da aplicabilidade desse movimento no Direito brasileiro.

O Direito Processual pode ganhar novas práticas e diplomas legais focados na garantia da eficiência, como objetivo de diminuir o custo para o Estado e o tempo de um processo, facilitando seu andamento. Outra possibilidade seria o uso da AED para criar incentivos para que os indivíduos evitem ao máximo a judicialização, como aumento das custas processuais para as partes, limitações maiores ao pedido de gratuidade de justiça, e optem, por exemplo, por métodos autocompositivos de resolução de conflitos¹⁰, contribuindo para diminuir os tribunais abarrotados de ações judiciais.

10 Mediação e conciliação são exemplos de métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Nesse tipo de método, é necessário que as partes cheguem a um acordo por vontade própria, havendo um terceiro apenas para facilitar o diálogo.

Partindo da noção econômica de que sanções legais são encaradas como custos ou desincentivos por indivíduos racionais, o Direito Penal poderia se utilizar de *Law & Economics* para rever sua dinâmica de sanções, de modo a realizar um efetivo desincentivo à criminalidade (dentro dos limites constitucionais, claro). Ainda no âmbito penal, associado ao estudo dos direitos humanos, cálculos de eficiência poderiam ser utilizados para fazer com que os custos de permitir a manutenção de um sistema prisional em péssimas condições como o brasileiro (indenizações, ações civis públicas, condenações em cortes de direitos humanos) seja maior que os custos de se adequar o sistema penal para o regramento humanitário, criando o incentivo para que o governo reveja sua política carcerária.

Outra área que se beneficiaria da AED, de uma maneira bastante similar ao Direito Penal, é o Direito Ambiental. Novamente, ao interpretar as sanções legais como custos, muitas empresas percebem que é mais barato descumprir uma lei ambiental, serem processadas e, se condenadas, pagarem a multa, do que efetivamente cumprirem determinações previstas pela legislação ambiental. O resultado desse tipo de cálculo de eficiência, o Brasil já conheceu em 2015, no caso Mariana¹¹ e que, recentemente, agora em 2019, teve uma triste repetição, no caso de Brumadinho¹². A AED pode contribuir para evitar novos crimes ambientais, ao introduzir a dinâmica de custos e incentivos na legislação e jurisprudência brasileira, fazendo com que seja mais caro descumprir a lei do que obedecê-la.

Em suma, há, no movimento de *Law & Economics*, um campo muito fértil de estudo, capaz de trazer benefícios reais à sociedade. Além disso, é uma excelente ponte para aprofundar o conhecimento de economia, que possui diversas vantagens para o profissional do Direito, como já demonstrado anteriormente.

5. CONCLUSÃO

Com base em todo o levantamento feito para a pesquisa de iniciação científica, e diante dos argumentos trazidos acerca da importância do estudo da AED para os futuros juristas, há um claro indicativo de que esse movimento continuará a se expandir na academia brasileira e que terá muito a contribuir, tanto para a discussão teórico-doutrinária em todo o mundo, como para a aplicação prática do Direito, em suas mais variadas áreas, pelas cortes do país. Conforme a aplicação desse movimento continuar a

11 O rompimento da barragem de rejeitos de mineração em Mariana, em 2015 é um dos casos mais emblemáticos de crimes ambientais no Brasil. Ver mais em: Samarco, Vale e 22 pessoas serão julgadas por desastre em Mariana. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/18/politica/1479487785_086184.html. <último acesso em: 14 jul 2020>

12 Vale perde 6,6 bilhões de reais em 2019 por causa do desastre de Brumadinho. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-02-21/vale-perde-66-bilhoes-de-reais-em-2019-por-causa-do-desastre-de-brumadinho.html>. <último acesso em: 14 jul 2020>

ser difundida nos tribunais brasileiros, mais universidades incluirão a AED em suas grades curriculares, não apenas de graduação, como também de pós-graduação.

6. REFERÊNCIAS

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, 1961, p. 499-553.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law & Economics**. Virginia University. V. III. October 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics 6th Edition**. Berkeley Law Books. Book 2, 2016

CHORVAT, Terrence; MCCABE, Kevin; SMITH Vernon. **Law and Neuroeconomics**, 2004.

GAROUPA, Nuno, In: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2014/5.

MANHEIN, Karl. O problema da *intelligentsia*: um estudo do seu papel no passado e no presente. **Sociologia da cultura**. SP: Perspectiva, 1974. p. 69-139

POSSAS, Mario Luiz. **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

POSNER, Richard. **Análise econômica do Direito**. *Wolters Kluwer Law & Business*. 1973

RUBIN Paul H. Law and Economics. **The Library of Economics and Liberty**. 2018; Disponível em: <https://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>. <último acesso em: 14 jul 2020>

Samarco, Vale e 22 pessoas serão julgadas por desastre em Mariana. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/18/politica/1479487785_086184.html <último acesso em: 14 jul 2020>

Vale perde 6,6 bilhões de reais em 2019 por causa do desastre de Brumadinho. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-02-21/vale-perde-66-bilhoes-de-reais-em-2019-por-causa-do-desastre-de-brumadinho.html> <último acesso em: 14 jul 2020>

WINTERS, John V. Is Economics a Good Major for Future Lawyers? Evidence from Earnings Data. Oklahoma State University and IZA. **Discussion Paper**, n. 9416, Oct 2015.

AS VÁRIAS FACES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: MODERAÇÃO DE CONTEÚDO ONLINE, O IDEAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO JUDICIÁRIO E A PRÁTICA

Alunas: Beatriz Villa Leão Ferreira¹ e Fernanda Abreu de Oliveira²

Orientador: Ivar Alberto Hartmann³

Área de concentração: Ciências Sociais Aplicadas

Sumário: 1. Introdução; 2. Moderação de conteúdo online; 3. A percepção do Judiciário sobre liberdade de expressão; 4. Delimitação do universo de decisões relevantes no TJ-RJ; 5. Descrição do universo delimitado; 6. Conclusão; 7. Bibliografia

Resumo

Este artigo busca oferecer uma análise sobre a posição do Judiciário em relação a conflitos envolvendo liberdade de expressão. Tal análise possui duas frentes: qualitativa, realizada com base no exame de 23 entrevistas com membros do Judiciário, e quantitativa, realizada com base em dados sobre decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão. O objetivo do trabalho é investigar tanto como os integrantes do Judiciário veem o próprio desempenho nos conflitos envolvendo liberdade de expressão assim como investigar como de fato eles decidem no tema (a partir da análise de decisões de juízes de primeira instância).

Palavras-chave

Liberdade de expressão; Judiciário.

Abstract

This article aims to provide an analysis of the Judiciary's position regarding conflicts involving freedom of expression. Such analysis has two

1 Assistente jurídica no Galdino e Coelho Advogados. Graduanda da FGV Direito Rio.

2 Estagiária no Yazbek Advogados. Graduanda da FGV Direito Rio.

3 Professor associado no Insper. Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Ex-Professor e Pesquisador da FGV Direito Rio (2012-2020), onde coordenou o projeto Supremo em Números, o Núcleo de Ciência de Dados Jurídicos e o Centro de Tecnologia e Sociedade. Coordenador Executivo da Revista Direitos Fundamentais e Justiça (A2). Ex-bolsista da CAPES, do DAAD e da Harvard Law School. Áreas de interesse: Direito e Tecnologia, Pesquisa Empírica no Direito, Direito Constitucional.

fronts: qualitative, based on the examination of 23 interviews with Judiciary members, and quantitative, based on data on judicial decisions involving freedom of expression. The aim of this work is to investigate both how Judiciary members perceive their own performance in conflicts involving freedom of speech, as well as how they actually decide on the topic (through the analysis of decisions made by first-instance judges).

Keywords

Freedom of speech; Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traz a garantia da liberdade de pensamento, expressão e/ou manifestação em seu texto: o inciso IV, do artigo 5º, afirma que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e, continua, no inciso IX, que garante ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Apesar de ser uma garantia constitucional, tal liberdade é tema controverso em essência, exatamente devido à tensão entre liberdade e outros direitos constitucionalmente protegidos como a honra, imagem e intimidade⁴.

Definir o que é contemplado como liberdade de expressão classicamente foi um papel de duas instituições: Legislativo e Judiciário. O primeiro, a partir da criação e edição de leis. O segundo, aplicando as leis em casos concretos e construindo a jurisprudência para delimitar e definir a aplicação da lei de maneira mais apurada.

Contudo, as inovações tecnológicas foram capazes de adicionar milhares de novos *players* para tratar dessa temática: as empresas privadas. Atualmente, cada uma dessas plataformas que utilizamos online tem sua própria política interna relativa à moderação do conteúdo⁵. Elas definem os próprios *standards* sobre o que é possível falar ou não dentro de suas comunidades, tendo a capacidade de censurar conteúdo que considerem impróprio ou indevido⁶.

4 BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Colisão dos Princípios Constitucionais: liberdade de expressão vs. proteção à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada. In: BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade. São Paulo: Manole, 2020.

5 Padrões de Comunidade. Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>. Acesso em: 18 mar. 2020.

Regras e Políticas. Twitter. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-moments-guidelines-and-principles>. Acesso em: 18 Mar. 2020.

6 Facebook Transparency: Community Standards Enforcement Report. Facebook. Disponível em: <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#hate-speech>. Acesso em: 19 Mar. 2020.

Essas plataformas também possuem próprios mecanismos de julgamento sobre qual conteúdo deve ser removido e qual conteúdo está de acordo com suas políticas internas, que às vezes podem se demonstrar genéricas e não claras⁷. Esses mecanismos variam, podendo contar com algoritmos (processos computacionais) que usam de inteligência artificial para separar o conteúdo indevido, moderadores humanos contratados para julgar uma massa de casos e, até mesmo, a partir da vontade e colaboração dos usuários⁸.

Assim, por mais que decisões sobre liberdade de expressão sejam historicamente consideradas importantes e de avaliação exclusiva do judiciário pela nossa legislação, atualmente plataformas de empresas privadas tomam milhares de decisões por dia sobre esse assunto. Essas decisões são baseadas nos interesses internos das plataformas, o que pode gerar embates com a legislação interna do país, causando, em alguns casos, inclusive escândalos ligados a falta de transparência ou até mesmo a políticas de moderação de conteúdo discriminatórias⁹.

No que tange ao nosso ordenamento jurídico atual, o processo decisório ideal para resolver os casos em que há colisão entre a liberdade de expressão e esses outros princípios constitucionais de mesma estatura (imagem, honra e outros), a proporcionalidade¹⁰ é apontada de maneira unânime pela doutrina e jurisprudência constitucionalista.

Chamada como “regra da proporcionalidade” por uns¹¹ e de “princípio da proporcionalidade” por outros¹², a ideia central de tal análise é que, nos casos em que é necessário verificar se um direito fundamental prevalece em relação a outro – devido a uma possível colisão entre direitos fundamentais –, é preciso seguir um procedimento dividido em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹³. Esse procedimento é estabelecido com o intuito de impedir que uma restrição a um direito fundamental seja excessiva e desnecessária¹⁴. Originalmente desenvolvida na jurisprudência alemã, a análise de proporcionalidade segue uma estrutura racional, em que busca retirar ou mitigar parte da subjetividade que motiva

7 JHAVER, Shagun; BRUCKMAN, Amy; GILBERT, Eric. Does Transparency in Moderation Really Matter? User Behavior After Content Removal Explanations on Reddit. *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, v. 3, n. CSCW, p. 1-27, 2019.

8 Use of AI in content moderation. Cambridge Consultants. 18 jul. 2019 Disponível em: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf Acesso em: 19 Mar. 2020.

9 BIDDLE, Sam; RIBEIRO, Paulo Victor; DIAS, Tatiana. Censura Invisível. *The Intercept*. 16 mar. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-censurou-ros-tos-feios-e-favelas-para-atrair-novos-usuarios/>. Acesso em: 20 Mar. 2020.

10 BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Op. Cit.

11 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, p. 23.

12 BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Op. Cit.

13 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 24.

14 *Ibid.* p. 24.

uma decisão restritiva de direitos fundamentais¹⁵. A proporcionalidade é frequentemente tratada como sinônimo de razoabilidade por muitos juízes, e até mesmo em decisões do Supremo¹⁶. Apesar de ser uma postura bastante criticada¹⁷, para fins de análise descritiva, consideraremos no trabalho em questão todos os seguintes termos para identificar essa análise de proporcionalidade: princípio da proporcionalidade, regra da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação de princípios.

Independente desse debate, como dito anteriormente, a análise de proporcionalidade é a saída clássica dada pela doutrina e jurisprudência para embates entre direitos fundamentais como o caso a que nos referimos: liberdade de expressão versus honra, imagem, intimidade e outros¹⁸. Contudo, apesar dessa aparente unanimidade da doutrina e jurisprudência, a realidade das primeiras instâncias parece estar longe desse ideal, tendo Ivar Hartmann já explorado esse debate no que tange ao TJRJ¹⁹.

Em seu texto “A liberdade de expressão nas decisões de primeira instância do TJ-RJ”, Hartmann explora o tema e investiga a hipótese sobre o descolamento entre as decisões de primeira instância e as de tribunais superiores ao se depararem com conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção da imagem e da honra²⁰. Utilizando-se da base completa dos casos do TJ-RJ entre 2009 e 2015, o autor fez uma filtragem em que delimitou um universo de decisões relevantes para tratar do tema²¹. Após a delimitação, o autor selecionou uma amostra de decisões representativas para que fossem analisadas. O resultado preocupante que encontrou revela que sua hipótese inicial estava correta: os juízes de primeira instância pareciam, em grande parte, não se utilizar do método defendido pela doutrina e pelos casos de maior visibilidade para decidir os temas²². Além disso, grande parte sequer citava qualquer doutrina especializada²³.

Em suma, o cenário atual nos dá indícios de que existem três formas diferentes em que se tem lidado com a colisão entre a liberdade de expressão e outros princípios atualmente: plataformas decidindo sobre o tema com base em suas políticas internas, juízes de instâncias superiores decidindo os casos de maior visibilidade, com base na doutrina especializada, e juízes de primeira instância decidindo de forma arbitrária.

Introduzida a questão, o presente estudo se debruçou sobre dois objetivos principais:

15 Ibid. p. 30.

16 Ibid. p. 31.

17 Ibid. p. 31.

18 HARTMANN, Ivar Alberto Martins. A liberdade de expressão nas decisões de primeira instância do TJ-RJ. Revista Opinião Jurídica, v. 18, n. 27, p. 20, 2020.

19 Ibid. p. 19.

20 Ibid. p. 19.

21 Ibid. p. 23.

22 Ibid. p. 33.

23 Ibid. p. 32.

1. Investigar qual é a percepção pessoal dos magistrados no que tange ao tema liberdade de expressão e à sua colisão com outros princípios.
2. Delimitar um universo de decisões no TJSP que permite que a análise realizada por Hartmann, no TJRJ, seja replicada no âmbito do tribunal paulista.

2. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO ONLINE

Antes de adentrar na visão pessoal dos magistrados e na proposta de análise no TJ-SP é importante introduzir o tema da moderação de conteúdo online.

Quando acessamos uma rede social, o conteúdo que chega nas nossas mãos não é apenas o que os nossos amigos ou as pessoas que acompanhamos optaram por postar. Esse conteúdo, na verdade, é em grande parte filtrado para garantir que nós não sejamos surpreendidos com material que vai contra as políticas internas da plataforma. Ele também é selecionado, em ordem de importância, de acordo com o que costumamos consumir frequentemente e conforme as nossas reações a cada conteúdo. Esse fenômeno de seleção e filtragem é apenas uma pequena parte do que chamamos de moderação de conteúdo online.

O termo moderação, conforme Grimmelman, pode ser definido como um mecanismo de governança que estrutura a participação em comunidades com o intuito de facilitar a prevenção e prevenir abusos²⁴. A moderação online, por sua vez, consiste nesse conceito aplicado a um cenário virtual. Tal tipo de moderação é um grande desafio exatamente porque trata-se de um fluxo ilimitado de informação (milhões de posts simultâneos) que são administrados pela capacidade limitada das plataformas²⁵.

São quatro os possíveis problemas que podem ser enfrentados por comunidades online: congestionamento (ligado à superlotação de informações), cacofonia (quando é difícil para os integrantes encontrar o que desejam), abuso (comunidade que gera conteúdo de valor negativo) e manipulação (quando participantes motivados ideologicamente tentam filtrar as informações disponíveis na comunidade)²⁶. Para lidar com esses problemas é possível se utilizar de estratégias de moderação como a exclusão de membros indesejáveis ou a construção de normas a serem seguidas²⁷.

Os problemas principais da moderação feita por empresas privadas em plataformas online como Facebook ou WhatsApp são: (i) a falta de transparência acerca de como essa moderação é feita e as decisões são

24 GRIMMELMANN, J. *The Virtues of Moderation*. Yale JL & Tech., v. 17, 2015. p. 42.

25 *Ibid.* p. 51

26 *Ibid.* p. 53

27 *Ibid.* p. 56 a 63.

tomadas; (ii) a ausência de um devido processo que permita com que, por exemplo, a pessoa que teve seu conteúdo removido seja escutada; e (iii) a ausência de publicidade em relação a qual conteúdo foi retirado²⁸. Não existe nenhum mecanismo legal atualmente em nosso país que obrigue essa “prestação de contas” por parte da plataforma, nem que garanta que elas vão ser transparentes ou vão respeitar um devido processo.

A preocupação sobre transparência algorítmica é um tema tratado por uma série de produções acadêmicas, como é o caso do texto “Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency” de Zeynep Tufekci²⁹. Nele, a autora levanta o problema de algoritmos que não são transparentes para seres humanos e que, paralelamente, tomam decisões subjetivas em plataformas como Facebook ou Google³⁰. Esses algoritmos são utilizados na moderação de conteúdo, fator que está relacionado à necessidade de verificação automatizada e em massa de produções. Assim, grande parte do conteúdo que é retirado do ar na realidade sequer passou por um ser humano, e tanto o usuário quanto o próprio programador são incapazes de compreender o porquê daquela decisão ter sido tomada.

Além da preocupação sobre a transparência desses algoritmos, muitas pessoas pensam em algoritmos como infalíveis. Apesar desse viés que se tem em relação ao automatizado, algoritmos não são perfeitos e possuem erros que podem ser difíceis de serem notados, mesmo com avaliações profundas de seu funcionamento³¹. Assim, mesmo que a transparência seja um objetivo definido como ideal a ser cumprido, é preciso usar de medidas concretas que busquem garantir o seu bom funcionamento como, por exemplo, o armazenamento dos *audit logs* de maneira a deixar salvo como o processo de decisão do algoritmo foi tomado, a presença de membros especializados no âmbito estatal capazes de verificar a atuação desses órgãos e outros³².

Ao serem criticadas por conta da falta de transparência em seu sistema e afins, empresas privadas que hospedam esse tipo de conteúdo e realizam esse processo de moderação frequentemente se utilizam do argumento de que sua natureza é autônoma e privada e, logo, elas podem se organizar da maneira que lhes convêm³³. Todavia, é possível perce-

28 PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement. *Stan. Tech. L. Rev.*, v. 19, p. 473, 2015.

29 TUFEKCI, Zeynep. Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency. *Colorado Technology Law Review*. n. 13, 2015. p. 203

30 *Ibid.* p. 206.

31 DESAI, Deven R. KROLL, Joshua A. Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 31, n. 1, 2017. p. 32.

32 *Ibid.* p. 41-63.

33 PASQUALE, Frank. Platform neutrality: Enhancing freedom of expression in spheres of private power. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 17, n. 2, p. 487-513, 2016.

ber uma contradição entre a compreensão de seu papel de maneira privada e uma compreensão do papel sob uma ótica pública, como meios de comunicação em massa³⁴. Assim, quando se fala de responsabilização por conta de moderação de conteúdo, opta-se por uma argumentação de que as plataformas são apenas emissoras de conteúdo, que não devem ser responsabilizadas. Porém, quando é conveniente utiliza-se do argumento da autonomia e liberdade de expressão da pessoa jurídica para praticar atos anticompetitivos como tirar do ar sites concorrentes³⁵. A ótica privada é aplicada apenas quando interessante para a plataforma.

Atualmente, parece ser inegável que essas plataformas têm um papel de público e que há uma grande concentração nesse setor em poucos *players* como é o caso do Google e do WeChat, que centralizam uma série de funções³⁶. A regulação, portanto, parece ser um caminho importante a ser tomado para garantir os direitos dos cidadãos.

Em paralelo à discussão sobre transparência, devido a processo, publicidade e o papel das plataformas, essas últimas recebem todos os dias quantidades enormes de conteúdos que podem causar dano aos usuários como automutilação, suicídio, terrorismo, violência, discurso de ódio, assédio, notícias falsas e muitos outros³⁷.

Esse tipo de conteúdo precisa ser moderado e essa moderação ocorre com base em diferentes *approaches*: por meio de algoritmos, moderadores humanos contratados para julgar uma massa de casos e até mesmo a partir da vontade e colaboração dos usuários³⁸. Não existe um modelo ideal, definido por regulamentação, o que faz com que cada plataforma opte por uma maneira distinta de regular esse conteúdo. Como consequência, uma análise que em regra é protagonizada por nossa Constituição sobre os limites da liberdade de expressão é feita sob condições precárias por meio de algoritmos problemáticos e não transparentes e por moderadores em condições precárias, recebendo muito pouco apoio para lidar com conteúdo extremamente danoso, violento e em grandes quantidades por dia³⁹.

Por conta de todas essas questões, atualmente, muito se discute sobre a importância de um novo *framework* regulatório que estabeleça um dever de cuidado para as empresas no que tange à segurança do usuário e os possíveis danos que ele pode sofrer por conta da atividade dentro da plataforma⁴⁰. A ideia central seria dar uma maior responsabilidade para

34 Ibid. p. 489.

35 Ibid. p. 494.

36 Ibid. p. 498-499.

37 GOV UK. Online Harms White Paper. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper#part-2-regulatory-model>. Acesso em: 12 jul. 2020.

38 Use of AI in content moderation. Cambridge Consultants. Op. Cit.

39 BARRETT, PAUL M. Who Moderates the Social Media Giants?. Center for Business, 2020. p. 12.

40 GOV UK. Online Harms White Paper. Op. Cit.

as plataformas na hora de fazer a moderação de conteúdo e fornecer diretrizes gerais sobre como lidar com cada uma das questões que tangem a moderação de conteúdo⁴¹.

Diante dessa nova realidade, surge um embate entre a liberdade de expressão que atravessa a camada do judiciário e chega nas empresas privadas. A preocupação em relação a como essas plataformas vem tomando decisões sobre liberdade de expressão é evidente.

Assim temos duas preocupações: não só o judiciário pode não estar decidindo conforme a orientação da doutrina e jurisprudência, mas também temos uma série de decisões sobre conteúdo sendo tomadas diariamente por empresas privadas que seguem apenas os seus termos internos.

3. A PERCEÇÃO DO JUDICIÁRIO SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A presente seção visa analisar como atores de instituições relevantes nesse debate do Judiciário se posicionam acerca do cenário regulatório e judicial atual sobre liberdade, visando possibilitar alguma perspectiva para os interessados no tema, sobre quais são as tendências do Judiciário no país no que diz respeito à liberdade de expressão, a partir de suas opiniões. Desse modo, a pergunta principal a ser respondida aqui é: Qual a posição atual de atores do Judiciário em relação à liberdade de expressão?

Para responder à pergunta, foram analisadas entrevistas realizadas com estes atores, visando compreender como eles veem os papéis e performances do Judiciário na preservação da liberdade de expressão no país. Mais especificamente, foram observadas as respostas desses autores em três principais eixos:

- (i) Se eles estavam satisfeitos com os *standards* regulatórios de liberdade de expressão vigentes no país.
- (ii) Se eles estavam satisfeitos com a atuação das plataformas.
- (iii) Se eles estavam satisfeitos com a performance do judiciário no tema.

Até o presente momento, foram analisadas 23 (vinte e três) entrevistas. As entrevistas foram conduzidas por pesquisadores e pesquisadoras do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV. As autoras tiveram participação ativa em algumas delas, integrando-as e transcrevendo-as, e em outras, a análise foi feita a partir das próprias transcrições. Cabe destacar, no entanto, que a quantidade não representa o total de entrevistas que serão analisadas futuramente pelo centro de pesquisa para a produção de um relatório final, e, também, que os entrevistados e entrevistadas foram escolhidas de acordo com o método de *snowball sampling* para

41 Ibid.

uma análise qualitativa que tem como intenção compreender como os atores do Judiciário pensam que é e qual deve ser seu papel na regulação de conteúdo, bem como o papel de outras instituições.

Dessas entrevistas, 3 (três) são com membros de juizados especiais cíveis, 1 (uma) é com integrante do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, 9 (nove) são com integrantes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4 (quatro) são com membros do Superior Tribunal de Justiça e 6 (seis) são com membros de Tribunais Regionais Federais. Todos os entrevistados eram magistrados ou assessores de magistrados. O presente artigo irá, de início, trazer as respostas dos entrevistados, dividindo-as nos três eixos supracitados, trazendo conclusões ao fim da abordagem deles.

Ao serem indagados sobre os *standards* regulatórios que envolvem liberdade de expressão no país, a maior parte dos integrantes do Poder Judiciário entrevistados afirmam estar satisfeitos com o panorama regulatório atual. Nas palavras dos entrevistados “o Judiciário é, nesse momento, munido suficientemente de instrumentos para essa regulação sem necessidade de muitos exercícios pirotécnicos de Interpretação de Hermenêutica etc.”⁴², “acho que temos bons instrumentos jurídicos nesse aspecto, acho que o que é ruim é a interpretação que as pessoas fazem”⁴³ e “a questão não é a legislação, porque a legislação brasileira é boa, em todos os sentidos, civil, Constituição”⁴⁴.

A minoria que se apresentou insatisfeita em relação ao cenário regulatório em apenas um caso trouxe aspecto específico da legislação que acreditasse ser deficitário e que precisasse de melhoria. A maioria desses entrevistados argumentou na linha de que “nem sempre a gente [se] vê a mesma conduta, a mesma liberdade de expressão sendo punida e tratada da mesma forma. Então me passa a imagem de que não é tão bem regulado.”⁴⁵ O entrevistado que apresentou crítica direcionada era o único integrante do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, e defendeu que a legislação eleitoral não havia sido capaz de fornecer as devidas proteções e limites acompanhando o cenário da disseminação de informação com as plataformas virtuais: “Eu imagino que é preciso sim uma revisão na nossa legislação; a legislação eleitoral, para isso, ela é muito ruim”⁴⁶.

42 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

43 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

44 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

45 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

46 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

Ou seja, em suma, os magistrados defendem ver no cenário regulatório instrumentos suficientes para lidar com os conflitos envolvendo liberdade de expressão.

Em relação à atuação das plataformas, foi questionado se o poder de escolha delas sobre qual conteúdo violaria liberdade de expressão e qual não violaria incomodava os entrevistados. Tal indagação recebeu respostas bem diversas. Alguns dos entrevistados, sendo eles tanto assessores como magistrados, possuíam visão bem otimista acerca das plataformas, mesmo quando exposto que acontecia de, muitas vezes, as plataformas decidirem de maneira dispar do previsto em legislação nacional.

Em comum, a maioria dos entrevistados chegou à conclusão de que os conflitos envolvendo liberdade de expressão seriam mais bem resolvidos pelo Judiciário do que pelas plataformas, defendendo que o Poder teria melhores “meios” de lidar com as questões.

Se, por um lado, há quem veja a atuação das plataformas como satisfatória, por outro, há aqueles que defendem que elas teriam preocupação com sua imagem, e por isso iriam de acordo com as normas locais, argumentando que elas teriam “interesse de manter o bom nome da empresa”⁴⁷. Ao olharmos para a prática de plataformas como Facebook, a partir de revisão de bibliografia, não é precisamente isso o que se verifica. Em 2018, a plataforma retirou do ar postagem feita por artista italiana que trazia a imagem de uma estátua nua, já que havia definido nos seus padrões de conduta a nudez como inaceitável⁴⁸. Em outra ocorrência, o algoritmo do TikTok, plataforma que ganhou fama em 2019, passou a privilegiar vídeos que continham pessoas tidas como “bonitas”, ou seja, vídeos com pessoas identificadas como “feias” ou “pobres”, não ganhavam o mesmo alcance concedido pelo algoritmo, ficando, dessa maneira, escondidos da visualização do grande público⁴⁹. Verifica-se que recorrentemente elas (as plataformas) colocam em prática censuras impopulares, sem muitas vezes ficar claro para quem teve o conteúdo removido o motivo pelo qual a plataforma tomou essa decisão, conforme discutido na seção anterior. Isso porque a escolha pela retirada de conteúdo do ar segue sendo feita de maneira opaca⁵⁰. Muitas vezes, inclusive, a censura realizada pelas plataformas não é nem mediada por um moderador humano: é o algoritmo da plataforma que determina que aquele conteúdo viola a liber-

47 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

48 FACEBOOK CENSURA FOTO DE ESTÁTUA PRÉ-HISTÓRICA POR NUDEZ. Deutsche Welle. 1 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/facebook-censura-foto-de-est%C3%A1tua-pr%C3%A9-hist%C3%B3rica-por-nudez/a-42792712> . Acesso em: 15 jul. 2020.

49 BIDDLE, Sam; RIBEIRO, Paulo Victor; DIAS, Tatiana. Censura Invisível. The Intercept. 16 mar. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-censurou-ros-tos-feios-e-favelas-para-atrair-novos-usuarios/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

50 TUFEKCI, Zeynep. Op. Cit. p. 213

dade de expressão⁵¹. Em artigo do *The Guardian*, entre outubro e dezembro de 2017, o YouTube teria removido 8,3 milhões de vídeos da plataforma por violação das diretrizes da comunidade. O YouTube informou em um de seus relatórios de moderação que 6,7 milhões desses vídeos foram assinalados como violadores por softwares⁵².

Uma outra parte desses entrevistados defende que as plataformas devem ter os próprios critérios. Como exemplo, apontam que se um indivíduo decide fazer parte daquela plataforma, faria todo sentido que ele se submetesse às regras por ela estabelecidas. Um entrevistado observou que:

Eu vejo como válida a autorregulamentação. Se você cria uma empresa, você cria regras para aquela empresa, você quer que os funcionários se vistam de determinada forma, você quer que os funcionários tratem os clientes de determinada forma, com simpatia, com alegria para vender o produto. Se você oferece um conteúdo de comunicação, você tem o seu próprio código de ética e funcionamento, logo, é natural que cada empresa imponha aos seus usuários uma certa regulação⁵³.

Um outro magistrado, ao ser questionado se a atuação das plataformas o preocupava, defendeu que as empresas de comunicação devem ter o próprio regramento e isso seria positivo na medida em que elas conseguiriam oferecer respostas mais céleres e, portanto, mais eficazes. Disse que “Não me preocuparia, não. Até porque a resposta das empresas elas talvez aconteçam numa velocidade bem mais rápida que o Judiciário em si”⁵⁴. No entanto, logo em seguida o mesmo magistrado fez ressalva em relação a casos envolvendo difamação a pessoas célebres: “Melhor o Judiciário. Nesse caso específico eu não teria dúvida. Melhor o Judiciário e, conseqüentemente, o Judiciário iria discorrer ainda sobre eventuais prejuízos, danos, que esse tipo de comentário pudesse ocasionar.”⁵⁵

Por outro lado, uma parte significativa dos entrevistados entendia que não cabia às plataformas a definição dos contornos da liberdade de expressão por meio dos seus termos e condições. Um magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro argumentou que toda maneira de regulação deveria respeitar o ordenamento jurídico em que está inserida e, portanto,

51 Ibid. p. 213.

52 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-povo-contra-zuckerberg-o-controle-de-conteudo-em-redes-sociais/>

53 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

54 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

55 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

defendeu que seria “absolutamente ruim”⁵⁶ uma decisão que não respeite a liberdade de expressão, de crença e consciência conforme nosso ordenamento delimita. Por fim, o mesmo magistrado defendeu que a função de remoção deveria caber ao Judiciário. Entretanto, um outro magistrado do mesmo tribunal ofereceu visão divergente, argumentando que:

[...] eu acho que esses casos (que envolvem liberdade de expressão) têm que ser resolvidos pela justiça somente pontualmente, ou seja, naquelas situações que houver efetivamente dano à privacidade, moral individual de cada cidadão que se sentir ofendido por alguma notícia que seja falsa, ou, que mesmo sendo verdadeira, ofenda seus sentimentos religiosos, políticos [...].⁵⁷

Em linhas gerais o que os entrevistados entenderam é que seria, sim, interessante e positivo que as plataformas estabelecessem os critérios para os conteúdos que nelas permanecerão. No entanto, continuam compreendendo que o Poder judiciário seria o melhor e mais apto meio de lidar com os conflitos envolvendo liberdade de expressão, e que, portanto, os usuários que se sentirem lesados devem recorrer a ele. Nesse sentido, um desembargador observou que: “Vale a pena a análise da política da empresa, mas claro, nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário”⁵⁸.

Por fim, abordando o feedback dos entrevistados em relação à performance do próprio Judiciário, verifica-se que a maior parte assume um entendimento de que a prática tem sido a melhor dentro do possível, diante dos desafios ligados à velocidade da disseminação de informação que atualmente estão presentes. Nesse viés, curiosamente, mesmo depois de terem afirmado que os *standards* regulatórios são satisfatórios, foi defendido com frequência que a única estratégia possível a ser adotada diante dos complexos e diversos casos de conflitos envolvendo liberdade de expressão, seria uma resposta caso a caso. Nessa linha, defendeu um ministro do Superior Tribunal de Justiça que “você não vai conseguir nunca achar um critério, estabelecer uma régua, isso aqui não pode acontecer, isso aqui que é o que toma conta do Direito, o Direito não é uma ciência exata”⁵⁹. Um membro do TJRJ, defendendo como, em regra, o Judiciário teria atuação satisfatória. Segundo ele:

56 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

57 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

58 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

59 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

Acho que precisa um pouco mais de cuidado quando se entende estar violando uma liberdade de expressão e as vezes pode não estar, porque são conceitos muito fluidos e acaba ficando muito ao talante de quem está analisando, no caso a caso⁶⁰.

Nos poucos casos em que a jurisprudência foi mencionada, como meio importante para a resolução das controvérsias, foi defendido que essa ainda estava em construção e havia pouco que os magistrados pudessem utilizar ao solucionar os casos. No entanto, por mais que alguns dos conflitos tenham ganhado novos contornos devido à utilização das plataformas de redes sociais, o cerne de grande parte deles resta o mesmo: choques, em que de um lado uma parte defende o exercício da sua liberdade de expressão, e a outra parte afirma que teve seu direito à honra, ao esquecimento, à dignidade, à imagem (dentre alguns outros) ferido. Nos parece difícil que, de tanta jurisprudência construída ao longo de décadas de prática com conflitos envolvendo liberdade de expressão, realmente pouco possa ser utilizado.

Nesse sentido, outro ministro do Superior Tribunal de Justiça observou que “a gente vai ter que discutir e, de certa forma, dar um limite a esse direito de expressão. Quais seriam esses limites, eu não sei”.⁶¹

Dos entrevistados, apenas um único magistrado defendeu que o Judiciário não tem respondido bem aos conflitos devido à ausência de um padrão de comportamento: “O Judiciário não tem respondido bem os conflitos, notadamente, porque ele não tem tido um padrão de comportamento”, em seguida concluindo com “Porque as pessoas acabam fazendo ou não fazendo o que está na cabeça delas” e “É muito complicado o casuísmo, deixando cada qual formar os seus juízos nem sempre fundados na legalidade. Se os juízes fossem efetivamente obrigados (...) de dizer de onde eles tiraram na lei o fundamento da decisão deles, seria um bom começo⁶²”.

4. DELIMITAÇÃO DO UNIVERSO DE DECISÕES RELEVANTES NO TJ-RJ

Evidenciada a importância da questão em discussão e feita a análise sobre as percepções individuais dos magistrados diante do tema, parte-se para a delimitação de universo que possibilita replicar o estudo de Hartmann⁶³ no caso em questão.

Realizar tal estudo no universo de decisões do TJ-SP tem o potencial inovador de possibilitar que seja agregada informação empírica ao debate

60 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

61 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

62 Citação referente a uma das entrevistas realizadas pelo Centro de Tecnologia e Sociedade no projeto sobre moderação de conteúdo online.

63 HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Op. Cit. p. 19.

que vem sendo realizado atualmente sobre o tema. Tal fato ocorre especialmente por esse tribunal ser o maior do país (e do mundo) em termos de volumes de processos, o que dá bastante peso aos achados que se sucederem⁶⁴.

Para delimitar o universo, parte-se de uma base que possui 16.435.013 decisões do TJ-SP e contém os processos referentes ao recorte temporal de 1990 até 2019. Tais dados foram levantados pelo Núcleo de Ciência de Dados Jurídicos da FGV, criado em 2017 com o objetivo de dar suporte à realização de análises quantitativas dentro de temáticas do Direito.

A primeira etapa da delimitação buscou olhar quais assuntos estavam dispostos na base do TJ-SP e separá-los nos três seguintes grupos:

Tabela 1. Grupos de assuntos para análise dos processos

Grupo	Descrição
Grupo 1	Assuntos que temos confiança de conterem os processos que buscamos.
Grupo 2	Assuntos que temos confiança de conterem os processos desde que o polo passivo seja um frequente no Grupo 1.
Grupo 3	Assuntos que podem ter casos que fazem parte do universo delimitado, porém são temas tão genéricos que mesmo que a parte ré faça parte da lista, não podemos ter certeza se localizamos o que estamos buscando.

Analizados os grupos, chegamos às seguintes listas para cada grupo:

Tabela 2. Listas de assuntos para cada grupo

Listas de assuntos para cada grupo
Grupo 1: ["direito de imagem", "lei de imprensa", "uso indevido de imagem"]
Grupo 2: ["violação de direito autoral", "direito autoral", "indenização por dano moral", "indenização por dano material", "direito do consumidor", "responsabilidade civil", "responsabilidade civil", "responsabilidade do fornecedor", "injúria", "difamação", "calúnia", "danos morais", "reparação de danos", "obrigação de reparar o dano", "indenização c/c perdas e danos"]
Grupo 3: ["assunto não informado.", "obrigação de fazer / não fazer", "obrigações", "pagamento", "liquidação / cumprimento / execução", "direito civil", "responsabilidade da administração", "crimes contra a liberdade pessoal", "crimes contra as relações de consumo", "dever de informação", "indenização por dano moral", "denúncia caluniosa", "obrigação de fazer", "representação caluniosa", "sumário", "perdas e danos", "indenização", "outros feitos não especificados", "simples", "execução de obrigação de fazer", "divulgação de segredo", "contra as relações de consumo", "falsidade ideológica (art. 299)", "possuir cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-b)", "marca", "propriedade intelectual / industrial"]

Após delimitados os assuntos de cada grupo, foi feita uma primeira filtragem no Grupo 1 para concentrar apenas os casos cujo assunto pertencesse à lista indicada anteriormente. Filtrados os casos do primeiro grupo, foram utilizadas expressões regulares no texto das decisões de cada

64 Tribunal de Justiça de São Paulo. Quem somos. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do,mundo%20em%20volume%20de%20processos>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

processo do Grupo 1 para separar uma lista das partes mais frequentes⁶⁵. Essa lista de partes frequentes do Grupo 1 foi utilizada para filtrar os Grupos 2 e 3 de maneira conjunta com a lista de assuntos.

Como resultado dessa primeira filtragem, o Grupo 1 contava com 6.596 linhas de decisões, o Grupo 2 com 4.481 linhas e o Grupo 3 com 8.255 linhas. Após esse filtro inicial, que separa os casos relevantes conforme assuntos e partes, a próxima etapa foi retirar alguns casos indesejados. Foi mapeada, por meio da leitura de algumas decisões, a presença de alguns casos que não deveriam estar no universo ou não devem ser objeto da análise futura. Como o objetivo da delimitação do universo é separar os casos em que de fato houve decisão sobre o caso em que se alega dano a honra ou imagem, optamos por filtrar aqueles que não cumprissem com essa função para excluí-los. Assim, primeiro retiramos todas as classes que não fossem “Procedimento do juizado especial cível” ou “Procedimento comum cível” (retirando os que estavam classificados como, por exemplo, execução). Além do filtro por classe foram retiradas as decisões que tratassem de um mesmo processo, mantendo-se apenas a mais longa, que no geral é aquela que descreve os fatos e que deve constar na planilha.

Esses filtros por si só removeram muitas decisões, porém ainda sobraram alguns casos indesejados. Para as decisões que sobraram, foram feitos filtros especiais por expressões regulares para sinalizar a presença de casos indesejados por meio do vocabulário utilizado. Foi criado um filtro para excluir as execuções, um filtro para marcar acordos, um filtro para excluir as decisões que tratassem de crédito e nome negativado, um filtro para remoção de embargos e um filtro para excluir as decisões em que ocorreu desistência da ação.

Os casos de acordo foram particularmente tratados uma vez que precisam fazer parte do universo, mesmo que não sejam planilhados. Tal fato ocorre pois, em tese, eles tratam do tema em questão. Foi necessário fazer um segundo filtro especial para os acordos por conta dos casos em que uma parte fazia acordo e outra não. Nesses casos a decisão era importante de ser planilhada, porém entrava como acordo por utilizar vocabulário de acordo. Assim, fizemos um novo filtro para converter esse tipo de caso.

Terminada a remoção dos casos indesejados, foi feito mais um filtro no Grupo 3. Utilizamos de expressões regulares que estavam relacionadas ao conteúdo em questão para separar apenas os casos em que o conteúdo era de nosso interesse. Assim, delimitamos o universo de processos que tratam do tema em questão para que sejam futuramente planilhados em projeto do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV.

5. DESCRIÇÃO DO UNIVERSO DELIMITADO

Após a realização da filtragem, chegamos ao seguinte universo: um total de 8.537 processos. Como esperado, o maior número de decisões pertence ao Grupo 1, com aproximadamente metade das decisões.

65 excluindo bancos para evitar casos sobre pessoas com o nome negativado alegando danos à imagem.

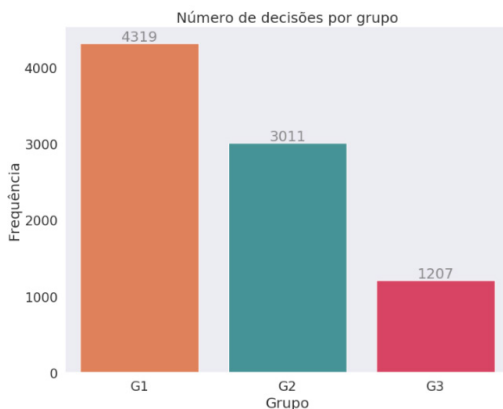


Figura 1. Número de decisões por grupo

Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

Tais decisões se encontram em maior quantidade entre os anos de 2014 e 2019, estando aproximadamente 85% das decisões filtradas concentradas nesses 6 anos.

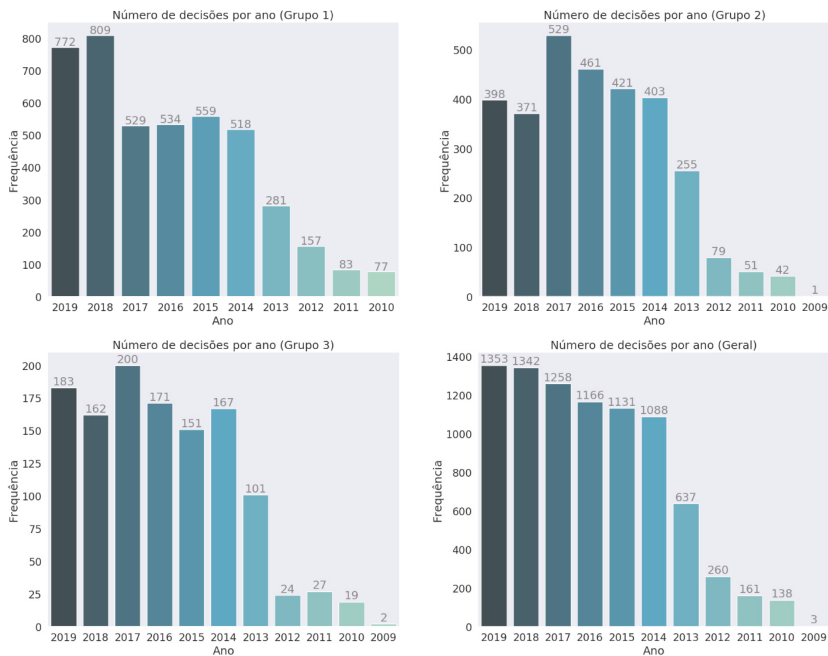


Figura 2. Número de decisões por ano em cada grupo e geral

Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

Essas decisões envolvem uma gama de assuntos já apresentada, porém os dois mais frequentes são direito de imagem e indenização por dano moral.

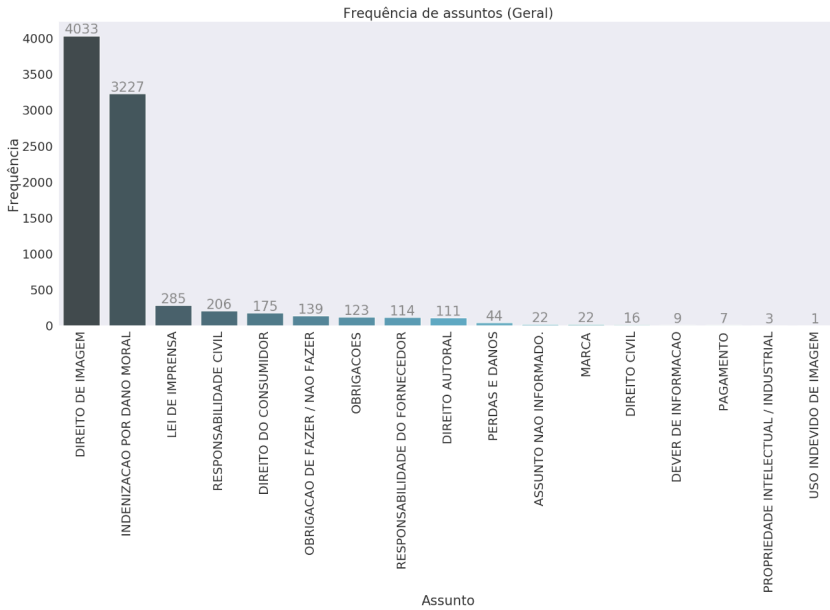


Figura 3. Frequência de assuntos que compõem o universo

Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

Dentre esses processos, a concentração de acordos é muito similar se compararmos o comportamento entre anos. A porcentagem de acordos é relativamente baixa.

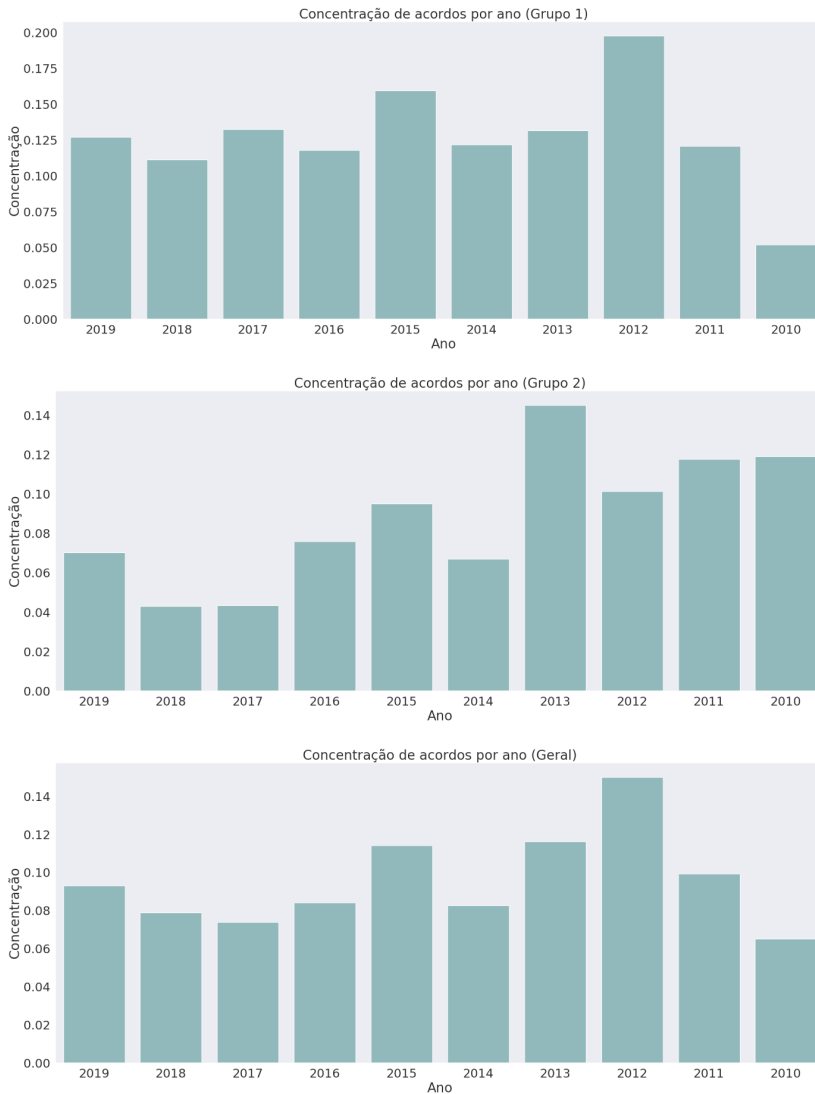
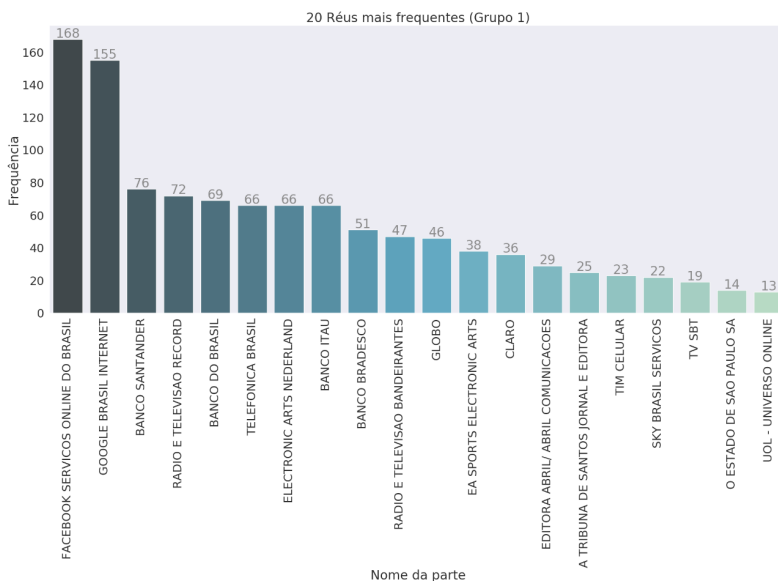
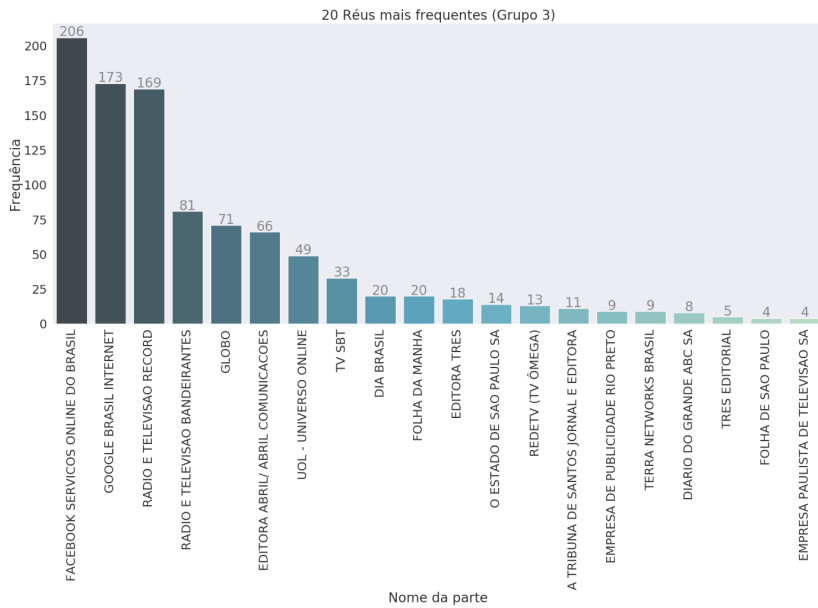
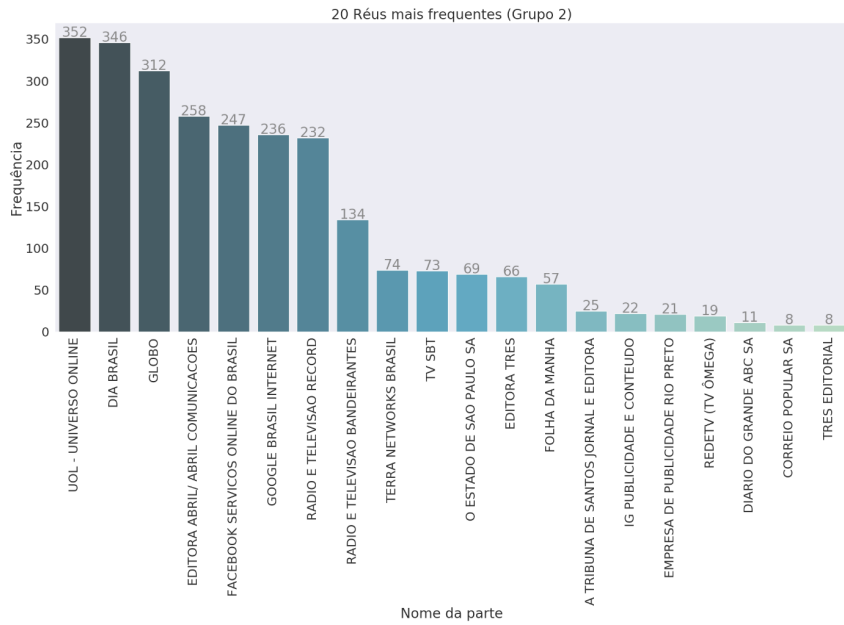


Figura 4 – Concentração de acordos por ano: recorte dos grupos e o universo
Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

Em relação aos réus mais frequentes do Grupo 1, podemos verificar a presença em grande parte de empresas de tecnologia como Google e Facebook, jornais e bancos. Os Grupos 2 e 3 contêm, em maioria, empresas de tecnologia e jornais, fator que pode ser fruto da opção de filtragem que seguimos – ao fazer os filtros dos Grupos 2 e 3, utilizamos as 30 partes mais frequentes no Grupo 1, excluindo bancos e outros entes como municípios ou estados que, por conta do objetivo da pesquisa, não tratariam de casos interessantes nesse grupo. Assim, essa foi uma maneira encontrada para diminuir a quantidade de decisões que falam sobre crédito e nome negativado no nosso universo. É importante lembrar que essa informação não se encontrava estruturada, mas foi resultado da busca de expressões regulares que envolvessem termos como “requerido”, “parte ré”, “polo passivo” e outros. Assim, em algumas decisões, que não foram correspondentes com as expressões designadas, não foi possível localizar nenhuma parte.

A presença frequente de plataformas de tecnologia nos réus mais frequentes dentre os grupos dialoga com a preocupação sobre como o conteúdo presente nessas plataformas está sendo administrado.





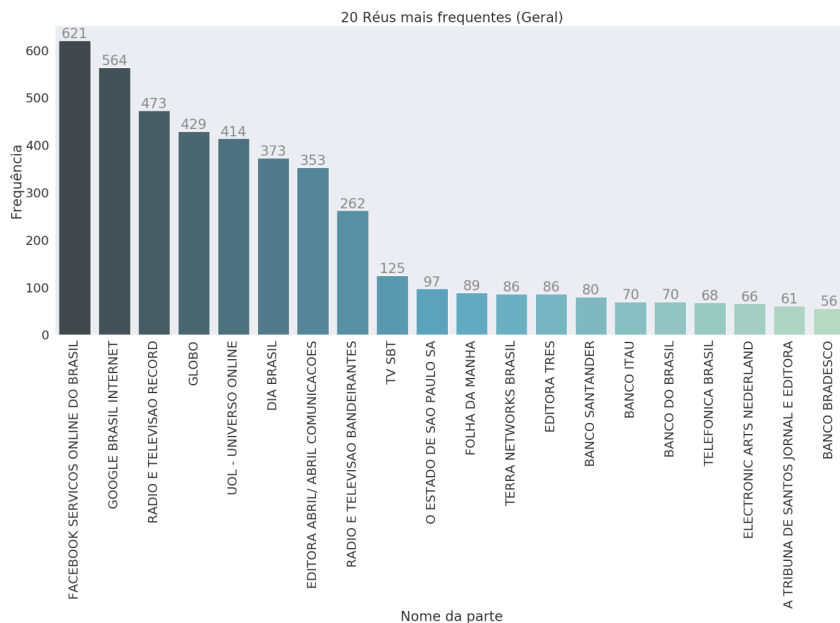


Figura 5 – Réus mais frequentes em cada grupo e no geral

Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

Além de utilizar expressões regulares para localizar o polo passivo, tal ferramenta foi utilizada para fazer um levantamento inicial do resultado desses processos. O levantamento, feito por meio da localização de expressões designadas, nos leva a crer, inicialmente, que ao se tratar do TJ-SP existe uma maior quantidade de improcedências dos pedidos⁶⁶. Os casos de procedência parcial também são de grande quantidade.

⁶⁶ Quando tratamos de improcedências significa que a ação teve seu pedido (feito pelo autor) declarado improcedente. Não é possível dizer qual é a matéria dessas improcedências antes da análise mais cuidadosa, que será a próxima etapa do estudo. Contudo, o que é possível afirmar é que a intuição inicial, após a leitura de parcela das decisões para realização dos filtros, é de que a improcedência na maioria dos casos será sinônimo de que o conteúdo em questão foi mantido (prevaleceu a liberdade de expressão).

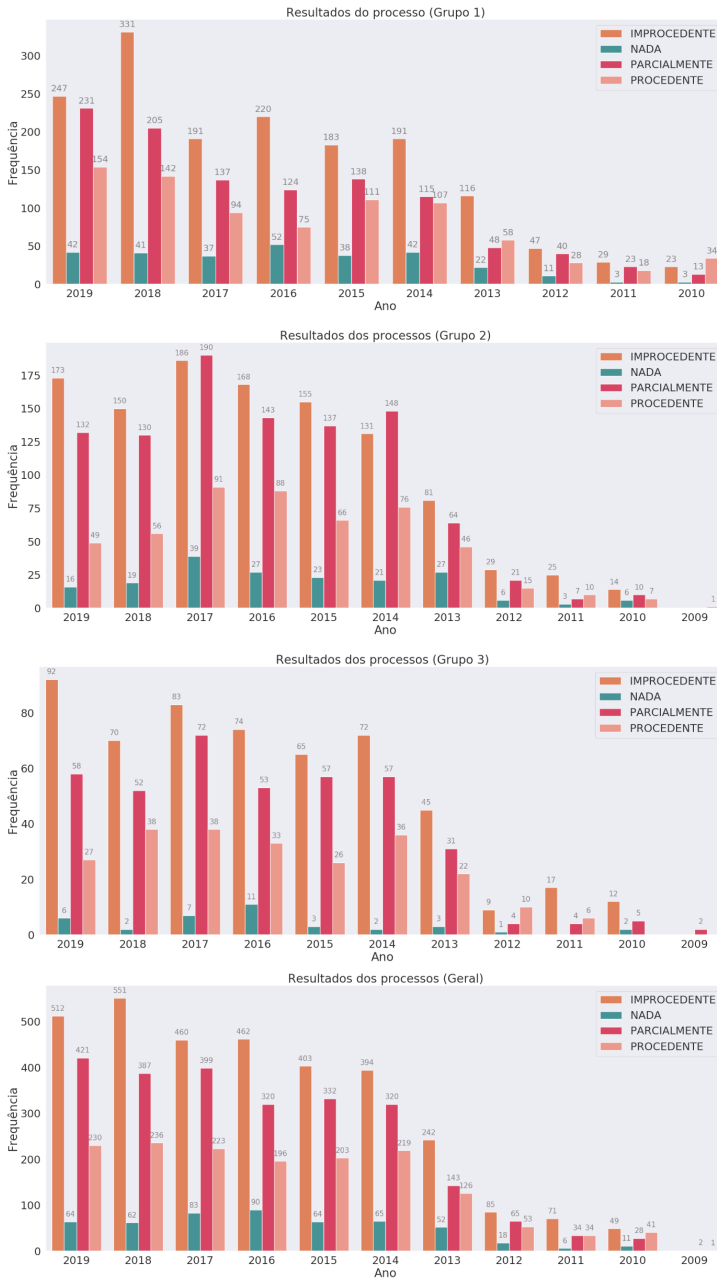


Figura 6 – Resultados dos processos conforme filtragem (por grupos e geral)
 Fonte: Elaboração própria feita a partir dos dados do NCDJ-FGV.

A informação sobre a procedência/ improcedência e parcialmente procedência foi obtida conforme a presença das expressões e dos padrões observados no código. Alguns padrões, em um recorte da parte final do texto, indicavam procedência da ação, improcedência da ação ou parcial procedência. Nos casos em que havia a presença de indicadores de procedência e de improcedência juntos, a ação era considerada como parcialmente procedente⁶⁷.

6. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão, como já demonstrado, é um direito de tanta relevância no ordenamento jurídico brasileiro que é vista por muitos magistrados como de necessária apreciação pelo Judiciário. No entanto, o que se observa atualmente é que as diferentes instâncias do Judiciário parecem decidir de maneiras muito díspares acerca da liberdade de expressão. Tendo esse problema em mente, a nossa primeira conclusão é que se demonstra necessário averiguar com mais cuidado a maneira com que o judiciário está decidindo casos de embate entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais.

Observando experiências anteriores, já é possível verificar situações, como a do TJ-RJ, em que apesar de as instâncias superiores decidirem mais com base em ponderação e proporcionalidade, os juízes das primeiras instâncias parecem decidir com base em sua experiência e vontade. Seja por considerarem que a questão é muito complexa, ou que não há jurisprudência consolidada suficiente ainda no tema, o que se verifica na prática são decisões recorrentemente casuísticas que não parecem vir acompanhadas de uma fundamentação padronizada, como seria se dispusessem de argumentos como a proporcionalidade, que ensejam maior segurança jurídica.

Por conta dessa primeira conclusão, propomos um novo estudo sobre a tomada de decisão em relação a casos de conflito entre liberdade de expressão e direito a honra e imagem voltado ao TJ-SP para ajudar a confirmar esse cenário preocupante. O universo de decisões a ser analisado já foi mapeado no presente trabalho, sendo necessário agora apenas prosseguir com a definição de amostra representativa desse universo para que seja feita uma leitura de casos selecionados no intuito de retirar conclusões mais aprofundadas, assim como foi feito no estudo de Hartmann⁶⁸.

Além disso, em relação às plataformas, é inegável o papel público que elas vêm assumindo nos últimos anos, tamanha a penetração que possuem

67 Os casos indicados como “NADA” são aqueles que a função utilizada para localizar não encontrou nenhuma das expressões mapeadas.

68 HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Op. Cit., p. 20.

nas relações sociais, assim como são significativos o seu poder de decidir quais informações chegam nos indivíduos e a sua capacidade de criar valores pelo que disponibilizam aos usuários. Assim, nossa segunda conclusão é que é importante também averiguar como as plataformas online podem estar invadindo esse campo de decisão exclusivo do judiciário.

Nesse sentido, é possível fazer uma análise sobre essa temática ao se debruçar especificamente nos casos que envolvem empresas de tecnologia presentes no universo em questão, observando se eles versam sobre retirada de conteúdo indevida ou de conteúdo danoso a ser retirado e como o judiciário tem decidido tais ocorridos.

Assim, esperamos ter contribuído com o debate em um âmbito descritivo e na proposta de novos estudos a serem realizados.

7. REFERÊNCIAS

BARRETT, PAUL M. **Who Moderates the Social Media Giants?**. Center for Business, 2020. p. 12.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**. São Paulo: Manole, 2020.

BIDDLE, Sam; RIBEIRO, Paulo Victor; DIAS, Tatiana. **Censura Invisível**. The Intercept. 16 mar. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-censurou-rostos-feios-e-favelas-para-atrair-novos-usuarios/>. Acesso em: 20 mar. 2020

DESAI, Deven R. KROLL, Joshua A. **Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law**. Harvard Journal of Law & Technology. V. 31, n. 1, 2017. p. 32.

FACEBOOK CENSURA FOTO DE ESTÁTUA PRÉ-HISTÓRICA POR NUDEZ. Deutsche Welle. 1 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/facebook-censura-foto-de-est%C3%A1tua-pr%C3%A9-hist%C3%B3rica-por-nudez/a-42792712> . Acesso em: 15 jul. 2020.

Facebook Transparency: Community Standards Enforcement Report. **Facebook**. Disponível em: <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#hate-speech>. Acesso em: 19 mar. 2020.

GOV UK. **Online Harms White Paper**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper#part-2-regulatory-model>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **A liberdade de expressão nas decisões de primeira instância do TJ-RJ**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 18, n. 27, 2020. p. 20.

JHAVER, Shagun; BRUCKMAN, Amy; GILBERT, Eric. Does transparency in moderation really matter? User behavior after content removal

explanations on reddit. **Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction**, v. 3, n. CSCW, 2019. p. 1-27.

Padrões de Comunidade. **Facebook**. Disponível em: <https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>. Acesso em: 18 mar. 2020

PASQUALE, Frank. Platform neutrality: **Enhancing freedom of expression in spheres of private power**. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 17, n. 2, 2016. p. 487-513.

PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. **Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement**. *Stan. Tech. L. Rev.*, v. 19, 2015. p. 473.

Regras e Políticas. **Twitter**. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-moments-guidelines-and-principles>. Acesso em: 18 Mar. 2020

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a, v. 91, p. 23.

TUFEKCI, Zeynep. **Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency**. *Colorado Technology Law Review*. n. 13, 2015. p. 203.

Use of AI in content moderation. **Cambridge Consultants**. 18 jul. 2019. Disponível em: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Autores: Bernardo Andreiuolo Tagliabue, Daniel Jose Almeida Esperato, Isa Mota Rangel, Isabella Markendorf Marins, Júlia Maurício Castro, Laura Fonseca Leite da Silva, Matheus Rezende de Carvalho, Nina Varela Minas, Pedro Henrique Ribeiro de Freitas, Tatiana Lima Murta e Vinicius Casaca¹

Orientador: Thiago Bottino²

Colaborador da pesquisa: Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha³

Área de concentração: Justiça Penal Consensual

Sumário: 1. Atividades desenvolvidas em 2019 e 2020; 2. Resultados alcançados

Resumo

O presente projeto se propõe a pesquisar mecanismos de solução consensual de processos na área criminal, a partir do exame dogmático dos institutos do direito comparado e da sua “aceitação”, especificamente, pelo Poder Judiciário do Rio de Janeiro e, de maneira mais ampla, pelo Poder Judiciário brasileiro. Por se tratar da incorporação de instrumentos processuais oriundos de outra cultura jurídica (*Common Law*, distinta da tradição brasileira de *Civil Law*), é preciso uma análise crítica para que o “transplante jurídico” não sofra “rejeição” pelos tribunais. Acredita-se que o trabalho produzido será capaz de fornecer subsídios para o aprimoramento da legislação brasileira consistindo não apenas em uma proposta de texto legislativo, mas sim em um estudo capaz de indicar as vantagens e os riscos dos diferentes tipos de arranjos institucionais que os modelos distintos de justiça negocial são capazes de determinar. Da mesma maneira, pretende-se propor um sistema abrangente de rearranjo legislativo dessa nova categoria jurídica, uma vez que todos os institutos foram introduzidos por leis extravagantes, sem a necessária sistematização a fim de contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Palavras-chave

Justiça consensual; processo penal; acordos penais e de colaboração; poder judiciário.

1 Alunos da FGV Direito Rio.

2 Professor da FGV Direito Rio.

3 Pesquisador da FGV Direito Rio.

Abstract

The present project aims to study the consensual mechanisms in the Criminal Law area based on the dogmatic approach of the institutes, comparative law and its “acceptance” by the Rio de Janeiro State Judiciary Branch, specifically, and the Brazilian one, in general. As it involves incorporating procedural instruments from another legal culture (Common Law, distinct from the Brazilian Civil Law tradition), a critical analysis is necessary so that the “legal transplant” does not suffer “rejection” by the courts. It is believed that the work produced will be able to provide subsidies for the improvement of Brazilian legislation, consisting not only of a proposal for a legislative text, but also of a study capable of indicating the advantages and risks of the different types of the institutional arrangements that the different models of business justice are capable of determining. Likewise, it is intended to propose a comprehensive system of legislative rearrangement of this new legal category, since all the institutes were introduced by extravagant laws, without the necessary systematization in order to contribute to the improvement of the jurisdictional activity.

Keywords

Consensual Justice. Criminal Procedure. Plea Bargaining and Leniency Agreements. Judiciary.

1. ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM 2019 E 2020

- a) Panorama dos diferentes institutos de justiça consensual presentes no ordenamento jurídico brasileiro e análise do direito comparado:
 - a. Pesquisa de caráter teórico e dogmático consistente na revisão bibliográfica sobre os diferentes institutos que, ao longo dos últimos trinta anos, foram paulatinamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, com objetivo de classificá-los e diferenciá-los a partir dos incentivos (espécies de benefícios) e desincentivos (renúncia a garantias processuais penais) previstos pelo legislador.
 - b. Pesquisa de caráter teórico e dogmático no estudo comparado da legislação de outros países que tenham institutos de justiça consensual, classificando-os (i) de acordo com os diferentes sistemas legais (*common law* e *civil law*); (ii) de acordo com as funções exercidas pelo Judiciário e pelo Ministério Público; e (iii) de acordo com as taxas de solução de litígios por meio dos mecanismos de justiça consensual. Foram identificadas as melhores práticas relativamente ao direito premial e riscos a serem mapeados na implantação desses institutos no sistema brasileiro.

- b) Diagnóstico da eficácia dos atuais mecanismos de justiça consensual:
- a. A análise do funcionamento da legislação foi realizada por meio da pesquisa empírica jurisprudencial relativa ao funcionamento prático dos atuais institutos de justiça consensual, identificando-se aqueles aspectos nos quais os tribunais têm repellido ou modificado a legislação, com foco na jurisprudência nos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) relativo aos institutos pesquisados.
 - b. Pesquisa de caráter empírico a partir do estudo dos dados disponibilizados pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e demais institutos públicos ou privados que compilem dados sobre o funcionamento do sistema de justiça.
- c) Produção de documentos acadêmicos relativos a temas estudados e analisados durante a pesquisa:
- a. Panorama internacional:
 - i. Buscou-se, por meio da pesquisa comparada, analisar a adoção do *plea bargain* em países com tradição da *Common Law* e também da *Civil Law*. Procurou-se oferecer, desse modo, um breve traço de sua evolução histórica, além de um panorama atual de seus resultados, bem como suas adaptações com base no modelo dos Estados Unidos.
 - ii. Obras analisadas:
 1. LANGBEIN, John H. Land without plea bargaining: How the Germans do it. **Michigan Law Review**, v. 78, n. 2, 1979. p. 204-225.
 2. BROOK, Carol A., FIANNACA, Bruno, HARVEY, David, et al. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. **Wm. & Mary L. Rev.** v.57, 2015.
 3. MILLER, Jeffrey J. Plea bargaining and its analogues under the new Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a new understanding of comparative criminal procedure. **NYUJ Int'l L. & Pol.**, v.22, 1989.
 - b. Modelo dos Estados Unidos:
 - i. Foi feito um estudo aprofundado acerca do sistema de acordos penais norte-americano. Buscou-se compreender o que é o *plea bargain*, seu desenvolvimento histórico nos Estados Unidos e os contornos que recebeu ao longo do tempo.

Ademais, também se abordaram determinadas características do sistema de justiça norte-americano (como as *sentencing guidelines*) e foram trazidos exemplos de julgamentos ocorridos nos seus tribunais.

ii. Obras analisadas:

1. MELLON, Leonard R., JACOBY, Joan E., et BREWER, Marion A. Prosecutor constrained by his environment: a new look at discretionary justice in the United States. **J. Crim. L. & Criminology**, v.72, 1981.
2. TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren, et GARCIA, Stephen M. Fairness and the willingness to accept plea bargain offers. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 7, n. 1, 2010. p. 97-116.
3. ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. *The Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, 1975. p. 1179-1314.

c. Críticas ao Modelo Norte-Americano:

- i. Deu-se atenção especial ao *plea bargain*, o estudo da equipe focou na discricionariedade e arbitrariedade do promotor, no ineficaz sistema de eleição dessa figura do sistema de justiça norte-americano e a ingerência vital de falsas confissões na fixação de responsabilidade penal. Pontua-se, também, que foram estudados os aspectos constitucionais que englobam o direito a um julgamento com portas abertas e questões como gênero, classe e raça, principalmente, sob a ótica das obras de Angela Davis.

ii. Obras analisadas:

1. DAVIS, Angela J. The American prosecutor: Independence, power, and the threat of tyranny. *Iowa L. Rev.*, v. 86, 2000.
2. WILSON, Molly J. Walker. Defense attorney bias and the rush to the plea. *U. Kan. L. Rev.*, v. 65, 2016.
3. KASSIN, Saul M. Why confessions trump innocence. *American Psychologist*, v. 67, n. 6, 2012.

d. Acordos penais no Brasil:

- i. Foram observados os aspectos do modelo norte-americano do *plea bargain*, mas de modo a compreender se existe a possibilidade de implementação mais adequada do modelo ao contexto brasileiro. Para isso, foi efetuada, inicialmente, uma

análise econômica do sistema e, posteriormente, um estudo da atual conjuntura legislativa brasileira, mapeando-se as propostas de leis relacionadas à colaboração premiada e acordos de leniência.

ii. Obras analisadas:

1. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Eficiência e direito penal**. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2004.
2. Projetos de Lei do sítio eletrônico do Planalto.
3. ADJD-SADJADI, Zagros. The economics of crime. **Business Expert Press**, 2013.

d) Reuniões com o grupo de pesquisa:

- a. Reuniões feitas pelo coordenador da pesquisa Professor Doutor Thiago Bottino e com o colaborador da pesquisa Lucas Krause com o objetivo de alinhar a equipe, acompanhar o andamento das pesquisas e distribuir novas atividades para os bolsistas e voluntários. Ao final, iniciou-se a escrita do artigo científico a ser publicado em revista jurídica e a organização de webinar para a promoção e divulgação da temática.

2. RESULTADOS ALCANÇADOS

O material produzido pelos bolsistas e voluntários do projeto será aproveitado para: (a) a construção de uma rede de pesquisa envolvendo instituições de ensino do Rio de Janeiro (envolvendo alunos de graduação e pós-graduação *stricto sensu*); (b) a formação de quadros acadêmicos; (c) a realização de colóquios, seminários e webinar; e (d) a produção de artigos a serem publicados em periódicos internacionais ou de alto estrato (Qualis A1/A2).

MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS: O CASO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)

Alunos: Bernardo Andreiuolo Tagliabue¹ e Miguel Ceccato Machado²

Orientadora: Natasha Schmitt Caccia Salinas³

Área de concentração: Direito da regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. O paradigma regulatório contemporâneo e a participação social; 3. As perguntas relevantes; 4. Metodologia; 5. Resultados da pesquisa e análise; 5.1 O contexto dos mecanismos de participação da ANEEL; 5.2 Quem participa?; 5.3 Quais vozes são ouvidas?; 6. Conclusão; 7. Referências

Resumo

Este trabalho objetiva analisar os mecanismos de participação social no processo regulatório da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) de maneira a extrair conclusões empíricas acerca do perfil de contribuinte de tais mecanismos e acerca da taxa de impacto positivo que diferentes perfis possuem. Para isso, catalogou-se com detalhe todas as contribuições recebidas pela agência em um total de 504 audiências e consultas aleatoriamente selecionadas. Além disso, visitou-se o estado da arte das discussões sobre o tema através de literatura nacional e internacional a fim de melhor fundamentar e compreender as conclusões e dados empíricos extraídos da base de dados. As conclusões a que se chegou a partir da análise dos dados foram de que (i) o tempo de preparo não é um fator relevante para determinar o número de manifestações em um mecanismo; (ii) entidades representativas possuem, frente às não representativas, maior taxa de sucesso – i.e., de impacto positivo e; (iii) o nível de participação dos consumidores está significativamente abaixo do nível de participação de agentes econômicos regulados, o que demonstra parca acessibilidade aos mecanismos de participação por parte da população civil, ou então um desinteresse generalizado, na sociedade, em influir nos processos regulatórios na área de energia elétrica.

1 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

2 Miguel Ceccato Machado é economista pela Uerj e graduando pela FGV Direito Rio.

3 Professora da FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela USP. Master of Laws (LL.M) pela Yale University. Foi também pesquisadora visitante da Yale Law School (2011-2012) e Fellow pela FGV Direito Rio (2016). Professora do curso de graduação e do programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, em regime de dedicação integral à docência.

Palavras-chave

Agência Nacional de Energia Elétrica; processos regulatórios

Abstract

This work aims to analyze the mechanisms of social participation in the regulatory process of the National Electric Energy Agency (ANEEL) in order to draw empirical conclusions about the contributor profile of such mechanisms and about the rate of positive impact that different profiles have. To do this, all contributions received by the agency were cataloged in detail in a total of 504 randomly selected hearings and consultations. In addition, the state of the art of discussions on the topic was visited through national and international literature in order to better substantiate and understand the conclusions and empirical data extracted from the database. The conclusions reached from the data analysis were that (i) preparation time is not a relevant factor in determining the number of expressions in a mechanism; (ii) representative entities have a higher success rate compared to non-representative entities - i.e., positive impact; and (iii) the level of consumer participation is significantly lower than the level of participation of regulated economic agents, which demonstrates poor accessibility to participation mechanisms by the civilian population, or a generalized lack of interest in influencing regulatory processes in the electricity sector in society.

Keywords

National Electric Energy Agency; regulatory processes

1. INTRODUÇÃO

Sistemas democráticos contemporâneos em grande medida subsistem sob a promessa fundamental de ampla participação política, expressa, no âmbito legislativo, pelo controle indireto da produção normativa por meio da eleição dos legisladores (DAHL, 1973). Cada vez mais, contudo, a produção das normas que regem o cotidiano social migra do Congresso (*lawmaking*) para as agências reguladoras (*rulemaking*), cuja independência da opinião pública coloca estresse no já desacreditado sistema representativo (VERMEULE, 2007). Como uma maneira de superar esse *gap* de legitimidade, o desenho institucional das agências passou a prever mecanismos de participação social durante o *rulemaking*, a fim de garantir *public accountability* e manter a promessa democrática de participação política (DA SILVA, 2012).

Averiguar o bom funcionamento das democracias contemporâneas, portanto, passa por acessar a efetividade dos citados mecanismos de participação social na elaboração de normas regulatórias. Para tanto, este

trabalho foca exclusivamente no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e adota uma abordagem empírico-quantitativa, dividindo-se em: (i) breve análise da teoria de Direito da Regulação; (ii) elaboração das perguntas relevantes, à luz da teoria, para medir o sucesso da participação social nas agências reguladoras; (iii) exposição da metodologia; (iv) apresentação dos resultados e (v) conclusão.

2. O PARADIGMA REGULATÓRIO CONTEMPORÂNEO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL⁴

Durante as décadas de 1980 e (principalmente) 1990, movimentos de liberalização e flexibilização da economia, inicialmente gestados nos Estados Unidos e no Reino Unido, espalharam-se para grande parte do globo, incluindo o Brasil (SANSONOVE, 2016). Nesse contexto, a regulação por parte das agências reguladoras foi concebida como um fenômeno temporário que auxiliaria na transição de mercados monopolistas estatizados para mercados competitivos cujas forças internas seriam capazes de autorregular-se – ponto no qual dispensar-se-ia a regulação estatal. Persistentes falhas de mercado, como assimetrias de informação entre consumidores e vendedores, fizeram, todavia, com que a teoria fosse revista no sentido de acomodar a perenidade da regulação, inclusive em contextos de mercados livres competitivos (LODGE; WEGRICH, 2009).

A introdução da regulação como elemento constante nos regimes democráticos – e sua crescente relevância na produção normativa – levou à mencionada necessidade de se equipar as agências com mecanismos de responsividade com a população. Uma análise um pouco mais profunda da teoria e prática da regulação revela, contudo, que a centralidade das agências nos mecanismos democráticos atuais impõe um duro e inafastável paradoxo: se, por um lado, é necessário, em nome da responsividade, abrir as agências para *public accountability*, por outro sua função técnico-burocrática – sua razão de ser – exige precisamente que *escape* de tal *accountability*; há, portanto, uma tensão entre a necessidade de *autonomia* e de *responsividade* das agências.

A necessidade de autonomia vincula-se à função econômica das agências e a um ideal de tecnicidade e estabilidade na produção de normas. É inclusive argumento central para justificar a delegação de poderes congressuais – o Congresso não possuiria “competência técnica” para lidar com problemas regulatórios complexos e específicos (CAVALCANTI;

4 O fenômeno da regulação é amplo e multifacetado. Expressa-se em termos políticos, jurídicos e econômicos, pré-datando em muito sua acepção neoliberal, aqui exposta. Não cabe, contudo, no presente trabalho, explorar em sua plenitude o conceito de regulação. Para uma visão ampla do fenômeno, v. Baldwin, Robert, Martin Cave e Martin Lodge. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford University Press on Demand, 2012.

PECI, 2000). As agências, nessa ótica, enquanto promotoras de previsibilidade econômica, deveriam ter autonomia decisória em relação ao governo e aos governados – suscetíveis às flutuações da política partidária, à “vontade circunstancial da maioria” (LODGE; WEGRICH, 2009). Se o Estado Democrático de Direito é, devido à incapacidade de um grupo social de controlar permanentemente o resultado de processos políticos, caracterizado pela *incerteza institucionalizada* (PRZEWORSKI, 1984, *apud* ARGUELHES et alii., 2010), a agência reguladora funciona como uma rocha de estabilidade ao seguir padrões técnicos apolíticos, permitindo aos agentes econômicos programarem-se “sem surpresas” e superando o problema da inconsistência temporal da política (MAJONE, 1994).

A necessidade de autonomia se expressa em relação a dois agentes principais: (i) o governo e (ii) grupos de interesse da sociedade civil – incluídas aí as empresas reguladas (SPILLER, 1990). É fácil perceber como o primeiro pode interferir na atuação técnica da Agência. Quanto ao segundo, sua interferência na autonomia regulatória se dá pela “captura” da Agência por interesses privados. Isso pressupõe alguma capacidade organizacional e financeira, já que, como exposto por Seidenfeld:

Eles (agentes econômicos regulados) têm o incentivo e os meios para monitorar o que a agência faz em uma base cotidiana. Eles muitas vezes possuem informações sem as quais a agência reguladora não pode exercer sua função. Uma entidade regulada frequentemente é uma grande corporação com recursos para recorrer das decisões das agências em todos os níveis. Por fim, não raro entidades reguladas e grupos de interesse específicos contribuem significativamente para campanhas políticas. Por todas essas razões, administradores têm fortes incentivos para cooperar com entidades diretamente sujeitas às suas decisões regulatórias e com outros grupos de interesse que regularmente participam dos procedimentos da agência.⁵ (SEIDENFELD, 1999)

A necessidade de autonomia da agência reguladora em relação ao governo e aos agentes econômicos regulados impede, portanto, que a *accountability* política do processo regulatório seja feita administrativamente,⁶ ao mesmo tempo em que estabelece riscos de “captura” no

5 Do original (tradução livre): “They (interest groups) have the incentive and means to monitor what the agency does on a day-to-day basis. They often have information without which a regulatory agency cannot do its job. A regulated entity frequently is a large corporation with resources to appeal agency decisions at every level. Finally, regulated entities and special interest groups often contribute significantly to political campaigns. For all of these reasons, administrators have a strong incentive to cooperate with entities directly subject to their regulatory decisions and other interest groups that regularly participate in the agency’s proceedings.”

6 Em sentido contrário, Cf. Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101

estabelecimento de mecanismos de participação social. A resolução, parcial, da tensão *autonomia x responsividade* no direito regulatório vem por meio da participação *popular* nos mecanismos de participação social estabelecidos. De fato, os meios de participação social, pioneiramente estabelecidos pelo APA (*Administrative Procedure Act*) em 1946, por meio do mecanismo de *notice and comment*, tinham como assunção fundamental que “os requerimentos de participação pública forçariam burocratas não eleitos a considerar o interesse público na formulação de regulamentos federais” (GOLDEN, 1998).⁷ A ideia é que a participação de *populares* – essencialmente consumidores, em oposição a agentes econômicos regulados – não é capaz, porque não é estruturada organizacional e financeiramente, de “capturar” as agências, ao mesmo tempo em que realiza a *political accountability* da produção normativa, requisito substantivo essencial à Teoria Democrática.

Foi nesse espírito que o legislador brasileiro, com a Lei n. 13.848/2019, estabeleceu a obrigatoriedade de mecanismos de participação de “agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” nos processos de produção normativa da Agência (art. 9º). A ANEEL, contudo, adotava a prática desde 1998 (ALMEIDA, 2017).

Apesar de crucial para o sucesso da participação social, a participação de consumidores não é um dado imediato. Muito pelo contrário, a percepção parece ser a de que menos consumidores do que agentes econômicos regulados participam. Mesmo com a adoção do *e-rulemaking* – padrão no Brasil desde 1998 –, que permite amplo acesso aos mecanismos de participação social, a presença de consumidores parece ser inferior à de empresas e associações organizadas; nas palavras de Coglianese, isso ocorre porque:

HARV. L. REV. 456 (sugerindo que a revisão das normas regulatórias pelo OMB (Office of Management and Budget) “concilia ... [as] aparentemente antagonísticas aspirações de [...] competência técnica e responsividade política”, – do original: “unites [...] [the] seemingly antagonistic aspirations of [...] technical expertise and political accountability”). Apesar de estar bem fundamentada e de carregar a autoridade de seu autor, tal posição não corresponde à adotada neste trabalho. Além disso, vale ressaltar as diferenças entre o processo regulatório norte-americano e brasileiro: sobre o tema, v. PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública* 40.4 (2006): 523-543 – “nos EUA o debate é fortemente marcado pela experiência pré e pós New Deal e por resistências à ampliação da intervenção do Estado, especialmente do Executivo federal. No Brasil, a criação das agências independentes teve outros fundamentos além da necessidade de delegação do Executivo para criar credibilidade regulatória; as razões para a criação de algumas agências parecem envolver a tentativa de escapar à rigidez do modelo burocrático consagrado pela Constituição de 1988. [...] Assim, interessa notar que, no caso americano, o debate se travou sobre mais ou menos Estado, enquanto no Brasil a criação das agências reguladoras independentes remete ao debate sobre mais ou menos governo (ou mais ou menos política) e ainda sobre mais ou menos burocracia (e controles burocráticos).”

7 Do original (tradução livre): “[the] public participation requirements will force unelected bureaucrats to consider the public interest in the formulation of federal regulations”

[os] principais obstáculos à participação civil no processo regulatório não são tecnológicos. [...] Se o Congresso delega a autoridade para criação de regras regulatórias ao menos parcialmente porque certos temas são tão complexos ou técnicos que requerem expertise de agências, então as políticas em jogo no processo regulatório tenderão sistematicamente a serem aquelas de mais difícil, e não mais fácil, compreensão para o cidadão.⁸ (COGLIANESE, 2006)

Desse modo, relevantes desafios permanecem à superação do *gap* de legitimidade de que sofrem agências reguladoras, e apenas uma análise empírico-quantitativa é capaz de elucidar se o design institucional da agência aqui em análise – a ANEEL – atinge seu fim de *responsividade* e *autonomia*.

3. AS PERGUNTAS RELEVANTES

Medir a efetividade dos mecanismos de participação passa, portanto, essencialmente por três pontos: averiguar se há (i) “captura” por parte de grupos de interesse privados e (ii) medir a participação de civis – usuários e consumidores. O primeiro relaciona-se à garantia de *autonomia*, o último, à garantia de *responsividade*. Porque os processos de produção normativa da ANEEL (audiências e consultas) variam em relação à duração, é relevante analisar se o *tempo de preparação* é um fator relevante na quantidade e no impacto da participação social, vez que, como ressaltado por Bryer, existem barreiras cognitivas à participação de consumidores, podendo o *tempo de preparação* revelar tendências de menor ou maior complexidade do processo normativo (BRYER, 2013).

No esteio do trabalho pioneiro de Marissa Golden nos Estados Unidos (1998), as perguntas relevantes para se averiguar os mecanismos de participação aqui adotadas dividem-se em duas grandes categorias: (i) “quem participa?” e (ii) “que vozes são ouvidas?”. Ou seja, como cada grupo de participantes impacta, efetivamente, no processo normativo das agências. As perguntas específicas, feitas à luz da teoria aqui exposta, são as seguintes: em (i), “qual perfil de participante – consumidor, governo, empresas – é preponderante nas audiências?”, “qual o total de contribuições feitas por cada um desses perfis?” e “quais os impactos do tempo de preparação na quantidade de contribuições?”; em (ii), “Quais grupos de participantes mais influenciam o processo decisório das agências, em termos

8 Do original (tradução livre): “[the] chief barriers to citizen participation in rulemakings are not technological ones. [...] If Congress delegates rulemaking authority at least partly because certain issues are so complex or technical that they require agency expertise, then the policy issues in rulemakings will tend systematically to be ones that are harder, rather than easier, for citizens to understand.”

brutos?”, “qual a taxa de acerto – sucesso em influenciar a regulação – de cada grupo?” e, por fim, “quais os impactos do tempo de preparação no número de contribuintes e de contribuições?”

4. METODOLOGIA

A base de dados utilizada foi elaborada pelos pesquisadores do projeto Regulação em Números do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio e computa dados gerais de todas as 1.677 audiências e consultas realizadas pela ANEEL, de 1998 a dezembro de 2019.⁹ Além disso, a base reúne dados sobre participação social de uma amostra aleatória¹⁰ envolvendo 504 desses mecanismos.

A base de dados gerais sobre os 1.677 mecanismos de participação contém as seguintes variáveis:

(i) Ano em que ocorreu o Mecanismo;

(ii) Ementa – sobre o que se tratou o mecanismo de participação;

(iii) Data de convocação – quando foi divulgado em diário oficial o chamamento para a audiência ou consulta pública;

(iv) Data de início – momento em que começam a aceitar as contribuições de dado mecanismo;

(v) Data de término – momento limite para envio de contribuição;

(vi) Instrumento de Participação – se o Mecanismo de Participação ocorreu de maneira presencial, não presencial ou em ambas as maneiras;

(vii) Objetivo do Mecanismo – categoria criada pelo Regulação em Números em que, após a análise da ementa e dos documentos anexos dos mecanismos de participação, os pesquisadores enquadraram 5 possíveis objetivos almejados: “atos e contratos”, “agenda regulatória”, “produção de conhecimento” e “políticas públicas”;

(viii) Tema do Mecanismo – outra categoria criada pelo “Regulação”, visando categorização do mecanismo. Os temas possíveis para o enquadramento são: “geração de energia”, “distribuição de energia”, “transmissão de energia”, “comercialização de energia”, “gestão tarifária”, “administração e planejamento”, “consumidor-usuário” e “processo administrativo”;

9 Analisamos todas as consultas e audiências públicas com período para recebimento das contribuições encerrado até dezembro de 2019.

10 A mostra foi apenas estratificada em razão dos objetivos dos mecanismos de participação.

(ix) Número de participantes;

(x) Relatório síntese – catalogação se há relatório disponibilizado pela Agência que compile e resuma as participações dos contribuintes;

(xi) Relatório Resposta – se há relatório de resposta individualizada da ANEEL em relação às contribuições de dado mecanismo;

Por sua vez, para a amostra de 504 mecanismos de participação, foram também analisadas as seguintes variáveis:

(xii) “Quem” – nome da entidade que contribuiu em determinado mecanismo;

(xiii) Personalidade Jurídica do contribuinte;

(xiv) Se o contribuinte em questão é uma entidade representativa ou não;

(xv) Categoria do Participante – os participantes podiam ser enquadrados segundo as seguintes categorias: Agente econômico regulado (como a LIGHT); Agente econômico não regulado (como o Santander); Ator governamental (como o Ministério da Economia); consumidor/usuário (assim identificáveis pela contribuição); indivíduo interessado (que não se identificou como consumidor/usuário); profissional (indivíduos que se identificam como engenheiros); agente público (indivíduo que se identifica como agente público, por exemplo: ministro da Economia); ator governamental; internacional; N/C (não está claro, pela contribuição, em qual categoria se encaixa o participante e outros/está claro que o participante se encaixa em uma categoria que não as mencionadas anteriormente);

(xvi) Impacto da participação – categorização das contribuições como “sim impacto” (significando “aceitas” ou “parcialmente aceitas”), “não impacto” (não aceitas), “n/d impacto” (impacto não divulgado [pela ANEEL]), “n/a impacto” (impacto não aplicável em decorrência da contribuição não estar no escopo da audiência/consulta) e “n/c impacto” (impacto não claro devido à falta de transparência da Agência). Essa categorização respeitou a análise feita pela própria agência em seus relatórios respostas às contribuições.

As análises mais gerais apresentadas a seguir referem-se à totalidade dos mecanismos de participação realizados pela ANEEL – 1.677 mecanismos – entre 1998 e 2019. Já as análises da participação baseiam-se na mostra referida de 504 mecanismos de participação.

5. RESULTADOS DA PESQUISA E ANÁLISE

5.1. O contexto dos mecanismos de participação da ANEEL

Fundada no fim de 1996 pela Lei 9.427, a ANEEL fomenta mecanismos de participação desde 1998, tendo, até dezembro de 2019, realizado 1.677 audiências e consultas públicas. Tais mecanismos de participação versam sobre diversos temas e diferentes instrumentos de participação. Nesse sentido, nesta seção, antes de ingressarmos na análise dos participantes e a efetividade de suas contribuições, objeto de estudo do presente artigo, serão expostos dados gerais sobre os Mecanismos de Participação da ANEEL a fim de uma melhor compreensão de seu escopo.

Na totalidade dos 1.677 mecanismos, 60% disponibilizaram respostas aos contribuintes. Por sua vez, na amostra analisada de 504 mecanismos, 78,5% dessas respostas foram classificadas pelo Regulação em Números como claras, ou seja, de fácil entendimento.

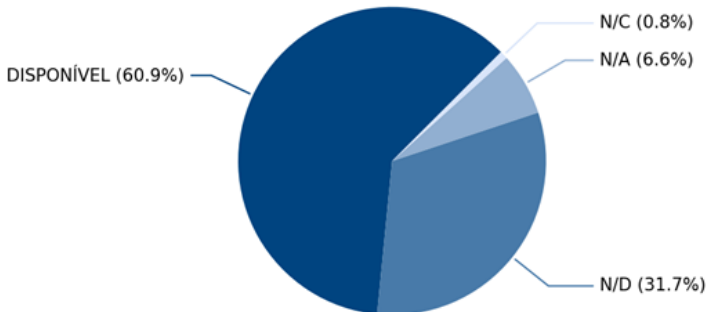


Gráfico 01. Percentual mecanismos com respostas

Fonte: Base de Dados do Regulação em Números – FGV Direito Rio.

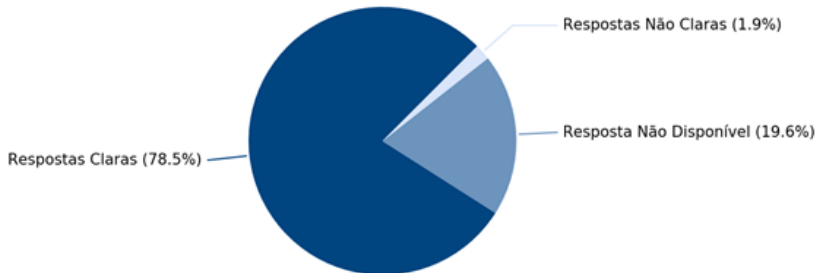


Gráfico 02. Percentual clareza das respostas dos mecanismos

Fonte: Base de Dados do Regulação em Números – FGV Direito Rio.

Em média, temos 9,13 participantes por Mecanismo de Participação. No entanto, a maior parte das audiências e consultas públicas (36,8%) apresentam de 1 a 5 participantes. Os participantes apresentam, em média, aproximadamente 52 manifestações (ou seja, pontos a serem contestados ou apreciados pela agência em suas contribuições) por contribuição. Contudo, embora a média seja elevada, como podemos notar pelo Gráfico 04 mais adiante, a grande maioria dos mecanismos de participação apresenta poucas manifestações por contribuições, de 0 a 10.

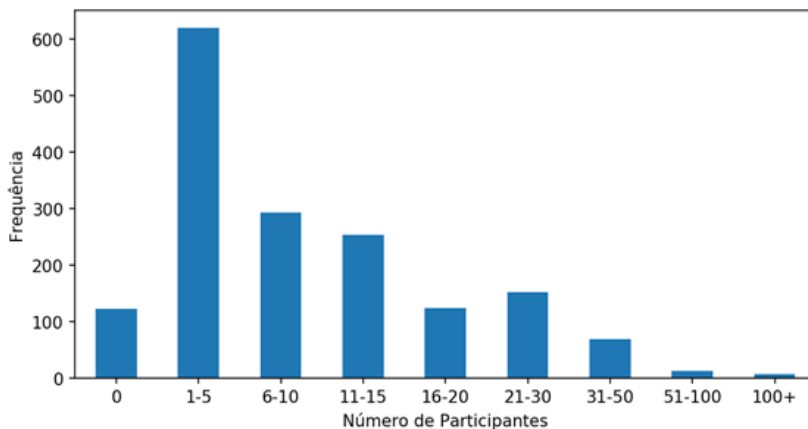


Gráfico 03. Histograma número de participantes por mecanismo

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

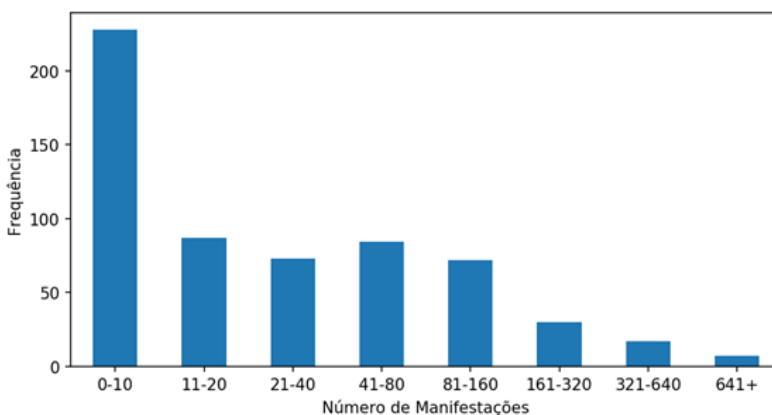


Gráfico 04. Histograma número de manifestações por mecanismo

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

Quanto aos instrumentos de participação (ou modalidade de participação) temos que, em suma, a maioria dos mecanismos de participação ocorre de maneira não presencial (71,8% dos mecanismos), resumindo-se a envios documentais pelos participantes. Por sua vez, as audiências presenciais ocorrem em escala bem reduzida (1,1%), tendo acontecido apenas no período de instauração dos mecanismos de participação nos anos de 1998, 1999 e 2002. Por fim, cabe ainda dizer que 27,1% das audiências e consultas públicas são, concomitantemente, presenciais e não presenciais, ficando a cargo do participante optar por participar apenas de uma das fases ou de ambas.

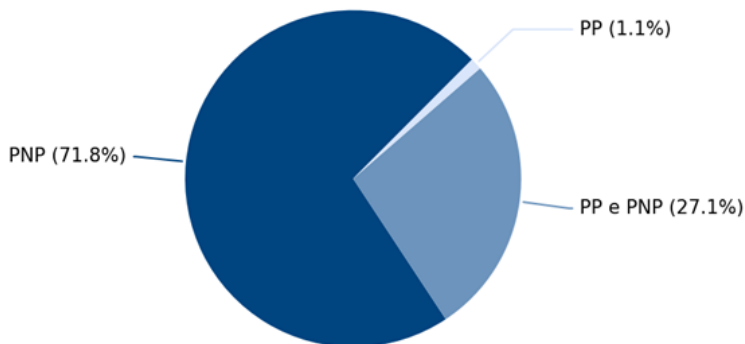


Gráfico 05. Porcentagem instrumentos de participação

Fonte: Base de dados do Regulação em Números – FGV Direito Rio.

Os objetivos dos mecanismos de participação são bem variados e podem ser divididos em 5: (i) **Atos e Contratos** – mecanismo que visa subsidiar atos e contratos que autorizam e/ou delegam o exercício de atividade regulada pela agência; (ii) **Agenda Regulatória** – versam sobre planejamento temático e temporal do conjunto de atividades a serem realizadas pela agência no período subsequente; (iii) **Normas e Regulamentos** – quando o mecanismo for destinado à produção normativa; (iv) **Produção de Conhecimento** – estudos para a obtenção de informações que auxiliem processos decisórios da agência não direcionados explicitamente à produção de normas e regulamentos ou atos e contratos delegando atividades e/ou serviços e; (v) **Políticas Públicas** – coleta de dados para a estruturação de um plano ou programa de política pública relacionado à atuação da agência. Em sua grande maioria, os mecanismos de participação versam sobre Atos e Contratos (49,1%) e Normas e Regulamentos (40,1%).

Ainda quanto ao objetivo das audiências e consultas públicas, temos que Agenda Regulatória, Normas e Regulamentos e Políticas públicas apresentam um número acima da média (9,13 participantes por mecanismo)

de participantes. Dessa maneira, podemos concluir que, embora a grande maioria dos mecanismos se concentre em Atos e Contratos e Normas e Regulamentos, os objetivos que obtêm maior interesse dos participantes são os três anteriormente mencionados.

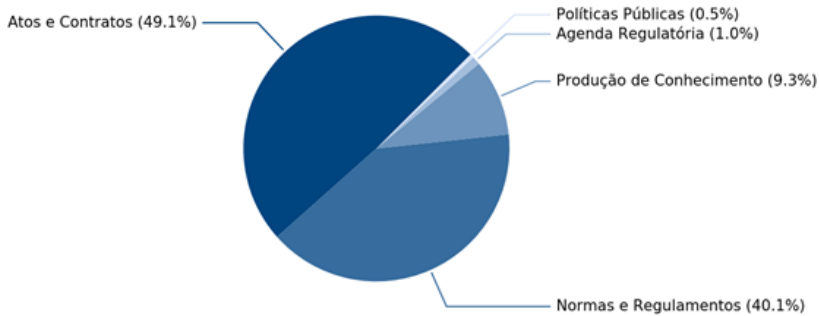


Gráfico 06. Percentual objetivos dos mecanismos de participação

Fonte: Base de Dados do Regulação em Números - FGV Direito Rio.

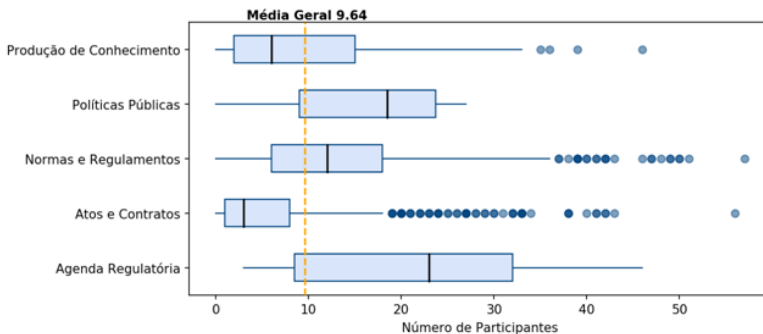


Gráfico 07. Número de participantes por objetivo

Fonte: Base de dados do Regulação em Números - FGV Direito Rio.

Por fim, vale destacar que os mecanismos de participação versam sobre diversos temas existentes dentro do escopo do setor regulado de energia elétrica. Nesse sentido, as audiências e consultas públicas foram categorizadas em 8 temas possíveis, sendo que identificamos, para cada mecanismo, entre 1 e 3 dos seguintes temas: (i) Gestão Tarifária, (ii) Distribuição de Energia, (iii) Comercialização de Energia, (iv) Administração e Planejamento, (v) Geração de Energia, (vi) Transmissão de Energia, (vii) Processo Administrativo, (viii) Consumidor/Usuário. Dentre esses temas, Gestão Tarifária (34,6%) e Distribuição de Energia (18,2%) são os que mais aparecem. Por sua vez, os temas que mais recebem manifestações são os temas de Consumidor e Usuário e de Transmissão de Energia (Gráfico 09).

Os mecanismos de participação classificados com o tema “Consumidor e Usuário”, em suma, envolveram majoritariamente questões atinentes aos Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica, entidades representativas dos consumidores de determinados agentes regulados (por exemplo, Conselho de Consumidores da Cemig). Sendo assim, a maior participação nesse tema se dá, em síntese, pela grande adesão dos Conselhos em participarem e reivindicarem suas pautas e posições. Este é o caso da Audiência n. 008/1999, da Consulta n. 017/2008 e da n. Audiência 119/2010. Por outro lado, as consultas públicas sobre “Transmissão de Energia Elétrica” tiveram grande número de manifestações por se referirem a Licitações e processos licitatórios, tópicos sensíveis e de maior interesse das Transmissoras.

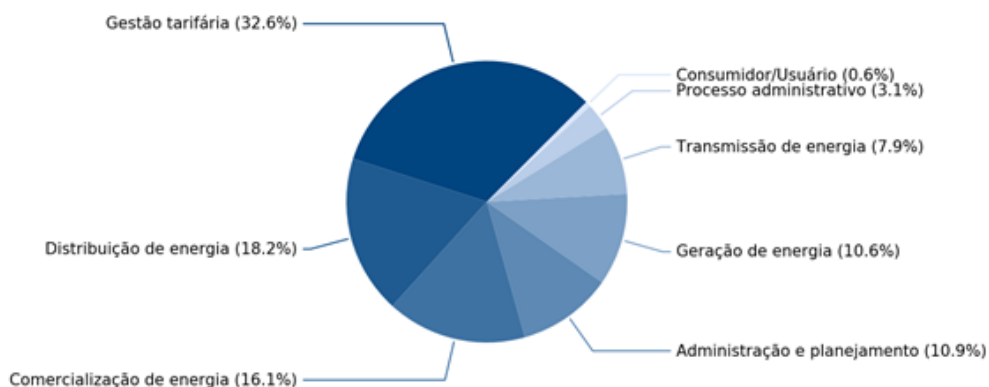


Gráfico 08. Percentual do total de consultas/audiências públicas

Fonte: Base de dados do Regulação em Números - FGV Direito Rio.

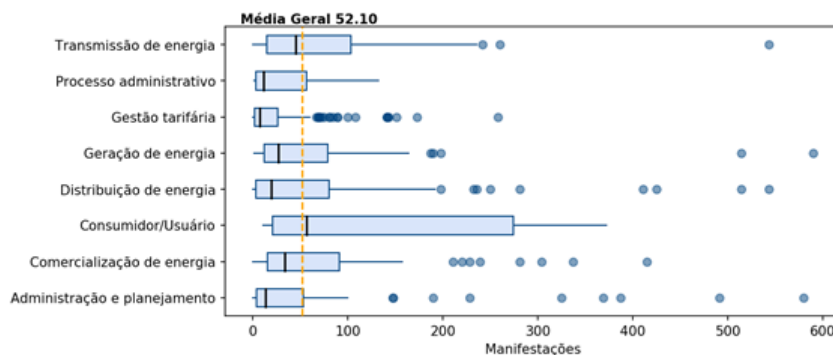


Gráfico 09. Número de manifestações x temas

Fonte: Base de dados do Regulação em Números - FGV Direito Rio.

Dessa maneira, o que fica evidente quanto às características gerais dos Mecanismos de Participação é que, em suma, as audiências e consultas públicas ocorrem em caráter não presencial e apresentam, em média, 9 participantes por mecanismo. Os objetivos mais comuns são questões acerca de Atos e Contratos e Normas e Regulamentos e os temas mais abordados foram o de Gestão Tarifária e Distribuição de Energia. Quanto ao número de manifestações, em média, são 52 por mecanismos, sendo os temas “Consumidor e Usuário” e “Transmissão de Energia Elétrica” aqueles com maior engajamento dos participantes.

Na próxima seção, serão tratadas especificamente as questões atinentes aos contribuintes, buscando traçar o perfil dos participantes e, na seção seguinte, a efetividade do impacto de suas participações, ou seja, se seus pleitos são acatados ou recusados.

5.2. QUEM PARTICIPA?

Preliminarmente, cabe ressaltar que todos os dados que serão expostos a seguir são baseados na amostra contendo 504 mecanismos de participação.

Feita essa observação, a primeira pergunta desse subtópico é “Qual perfil de participante – consumidor, governo, empresas – é preponderante nas audiências?” Para isso, é preciso verificar o número total de vezes em que agentes de cada uma das categorias participaram de uma audiência – ou seja, o total de vezes em os participantes contribuíram para audiências, independentemente do tamanho da contribuição –, como exposto no Gráfico 10.

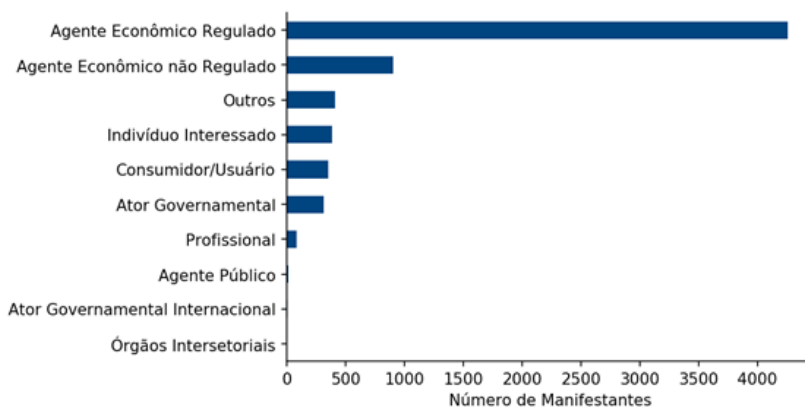


Gráfico 10. Número de manifestantes por categoria
 Fonte: Base de dados do Regulação em Números – FGV Direito Rio.

Como se pode perceber, o perfil de participante predominante nas audiências e consultas foi, de longe, o dos agentes econômicos regulados, com mais de 4 mil participações. A participação dos grupos de agentes estatais (ator governamental e agente público) e de consumidores/usuários e indivíduos interessados foi significativamente inferior à das empresas reguladas pela ANEEL, o que sugere que a tese de Coglianesse, em que os agentes econômicos regulados possuem mais meios e maior interesse em participar das audiências/consultas (COGLIANESE, 2006), aplica-se ao cenário brasileiro. Não se pode disso, contudo, extrair que há um cenário de “captura” da agência, uma vez que não foi ainda avaliado o impacto que a participação das empresas reguladas tem no processo regulatório – tampouco foi verificada a intensidade com que participam, i.e., o número de manifestações (contribuições) que fazem nas audiências de que participam, dado analisado a seguir.

Denotando-se uma prevalência de participação dos Agentes Regulados, faz-se necessário, com o intuito de obter maior compreensão sobre o perfil dos participantes, analisar as subcategorias da categoria de participante “Agente Regulado”. Nesse sentido, analisaremos qual segmento do setor elétrico é mais engajado e participativo nos mecanismos de participação e, posteriormente, serão analisados os agentes que mais participaram.



Gráfico 11. Número de contribuintes por subcategoria de agentes regulados

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

Como nota-se pelo Gráfico 11, os grupos com maior número de participantes foram o das Distribuidoras de Energia e das Holdings (empresa-mãe de um determinado conglomerado de empresas atuantes no setor elétrico).

Por sua vez, dentre todas as categorias de agentes possíveis (Agente Regulado, Não Regulados, Outros, Indivíduo interessado, Consumidor e/ou

usuário, Profissional, Agente público e Ator Governamental Internacional), as seguintes entidades foram as que mais participaram de contribuições e mais teceram manifestações nos Mecanismos de Participação:

Tabela 1. Entidades que mais participaram

Quem	Nº Consultas	Nº Manifestações	Mediana
Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG)	215	1445.6428571430001	3.0
Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (A	186	1861.96666663	5.0
CPFL Energia S.A.	175	1634.86666666700001	3.0
EDP Energias do Brasil S.A.	152	946.0	2.0
dos Grandes Consumidores de Energia e Consumidores	149	536.576190476	2.0
Elektro Redes S/A	148	827.15	2.0
Light S.A.	144	993.0	3.0
ão Brasileira dos Produtores Independentes de Energia E	136	1122.8928571430001	3.0
Companhia Paranaense de Energia (COPEL)	133	12668.6	3.0
Neoenergia S.A.	118	1052.5	4.0

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

O primeiro fator que merece destaque é que, com exceção da Câmara de Comercialização de Energia (CCEE) e da Associação dos Grandes Consumidores de Energia e Consumidores Livres (ABRACE), todos os maiores contribuintes e manifestantes são agentes regulados, sejam entidades representativas (como as Associações de determinado segmento do sistema elétrico), ou diretamente distribuidoras, transmissoras, geradoras e comercializadoras de energia.

Nesse sentido, dentre as 10 maiores entidades participantes, denota-se uma grande participação das distribuidoras como: ABRADDEE, Copel, Elektro, além de holdings que operam, principalmente no mercado de geração, mas também de distribuição de energia, como EDP e CPFL Energia. Contudo, o maior destaque fica para a grande participação da Cemig, tendo figurado em mais de 50% dos mecanismos analisados de nossa amostra.

Feita essa exposição, a última pergunta do subtópico que deve ser feita é “Quais os impactos do tempo de preparação na quantidade de contribuições?”. Trata-se de pergunta fundamental, dado que o tempo de

preparação, estipulado pela Agência, pode ser fator de potencialização das desigualdades vistas no gráfico 10 na medida em que recompensa, quando houver pouco tempo, a elevada estrutura organizacional de grandes empresas em detrimento de participantes individuais. O Gráfico 12 expõe a correlação existente entre o tempo disponível para contribuição (“tempo de preparação”) e a quantidade de contribuições.

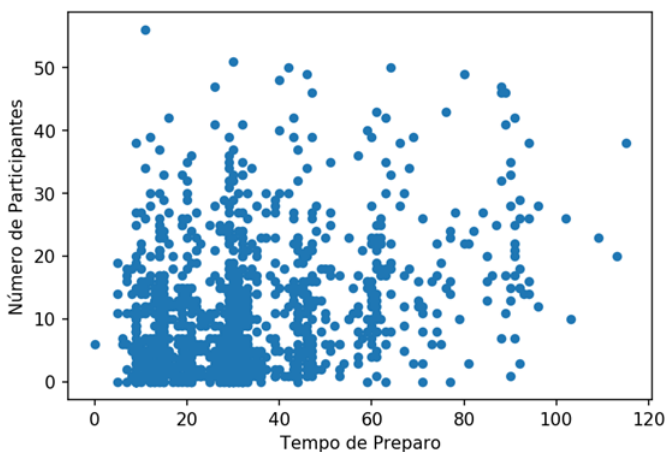


Gráfico 12. Correlação entre tempo de preparo e número de participantes:

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

Para o cálculo da correlação, foram adotados dois parâmetros estatísticos de correlação entre variáveis: (i) Correlação de Pearson – cálculo para se saber se as variáveis crescem linearmente uma em relação a outra e (ii) Correlação de Spearman – correlação não linear, apenas sendo levantado se as variáveis crescem junto.

Tabelas 2 e 3. Parâmetros estatísticos de correlação entre variáveis

Pearson correlation, r:-1.0000, p:0.0000, lo;nan, hi:nan		
	tempo_preparo	Quantos_participaram
tempo_preparo	1.0	0.2594711901548408
Quantos_participaram	0.2594711901548408	

Pearson correlation, r:-1.0000, p:0.0000, lo;nan, hi:nan		
Spearman Correlation		
	tempo_preparo	Quantos_participaram
tempo_preparo	1.0	0.3115662970373467
Quantos_participaram	0.3115662970373467	

Em ambos os casos, os coeficientes de correlação são baixos, sendo a correlação de Pearson de aproximadamente 26% e a de Spearman 31%. Nesse sentido, podemos afirmar que a variável tempo não afeta significativamente a variável número de participantes, não implicando, portanto, um aumento no tempo para envio de participações em um aumento do número de contribuintes. Caso isso fosse vislumbrado, poderíamos afirmar que a tendência vista em maior participação de agentes regulados poderia se dar pela sua maior capacidade de articulação em menor tempo e em abordar assuntos técnicos com maior velocidade.

5.3. QUAIS VOZES SÃO OUVIDAS?

Como vimos anteriormente, há uma preponderante participação dos agentes regulados nos Mecanismos de Participação, tanto em número de contribuintes, quanto em número de manifestações. Contudo, apenas com esses dados não podemos extrair conclusões substantivas acerca do impacto dessa preponderância. Em outras palavras, não podemos afirmar que os agentes regulados são mais efetivos em suas contribuições e, conseqüentemente, têm maior índice de manifestações acatadas. Para compreendermos o impacto dos participantes, analisaremos, portanto, a aceitação ou não da contribuição dos agentes por parte da ANEEL.

Em primeiro lugar, analisaremos os dados gerais. Como podemos denotar pelo Gráfico 13, há um grande equilíbrio entre manifestações aceitas e rejeitadas. Enquanto as rejeitadas detêm 39,6%, as aceitas detêm 33,9% das manifestações feitas. Nesse cenário, não podemos destacar, de antemão, uma posição preponderante da ANEEL, tanto para rejeitá-las quanto para aceitá-las.

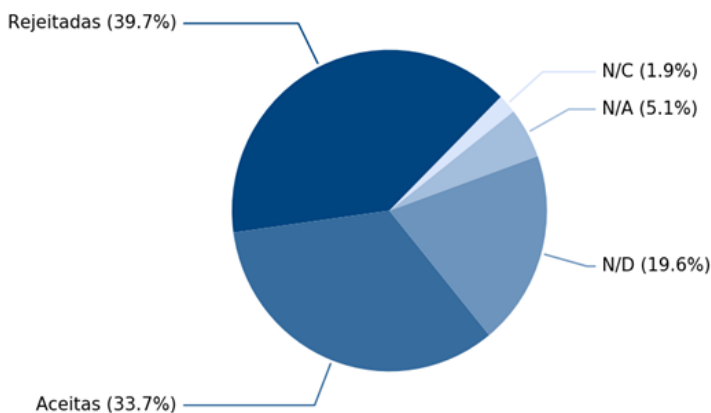


Gráfico 13. Percentual geral do impacto das manifestações

Fonte: Projeto Regulação em Número - FGV Direito Rio.

Ademais, ainda analisando dados gerais, podemos perceber que há relativo equilíbrio entre o total aceito (33.7%) e o total rejeitado (39.7%) no que diz respeito à apreciação de contribuições pela ANEEL. Como o Gráfico 14 demonstra, há, percentualmente, uma maior aceitação das manifestações nos temas de Comercialização e Transmissão de Energia Elétrica. Contudo, essa maior aceitação não é significativamente maior do que o grau de rejeição das manifestações pela ANEEL. Sendo assim, fica evidente que, para compreendermos o impacto das contribuições dos participantes, precisamos expandir a análise para outros fatores e variáveis.

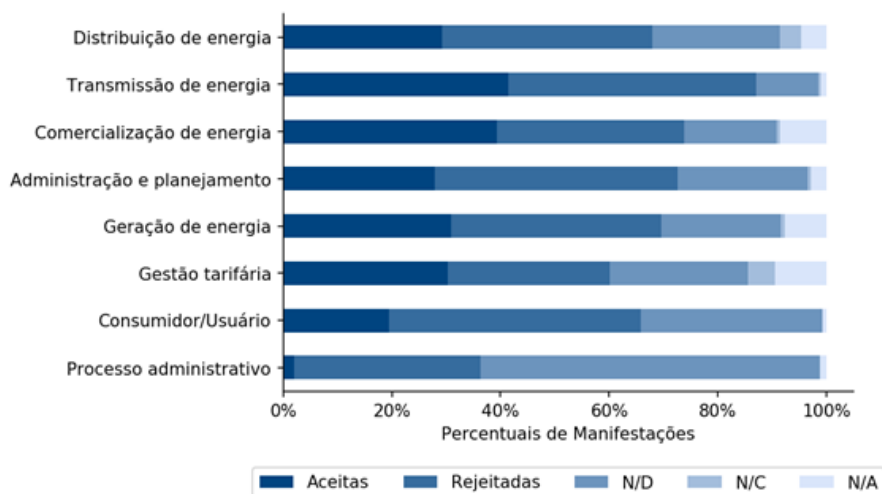


Gráfico 14. Impacto de manifestações por tema

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

Após traçarmos o panorama geral do impacto das participações, a primeira pergunta que surge é: “Quais grupos de participantes mais impactam, em termos brutos?” A resposta a tal indagação encontra-se no Gráfico 15 abaixo, a partir do qual percebe-se que prevalece a dinâmica de equilíbrio no impacto das manifestações sobre o processo regulatório. Deve-se perceber que categorias com elevado grau de aceitação como “Outros”, “Órgãos Intersetoriais”, por apresentar um menor número de manifestações (vide o exposto anteriormente no Gráfico 10), podem ter seus percentuais de impacto mascarados, uma vez que são pouco representativos.

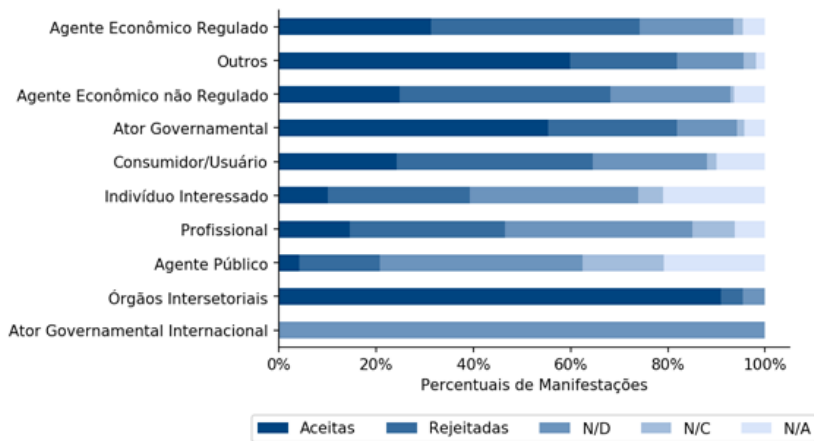


Gráfico 15. Impacto por categoria de agente:

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

Além disso, o que o Gráfico 15 revela é de suma importância, já que se trata de relativizar a visão segundo a qual a enorme prevalência dos agentes econômicos regulados nos mecanismos de participação indica “captura” da Agência, e ao mesmo tempo colocar novamente em discussão a possibilidade de ingerência estatal, antes afastada pelo diminuto impacto acumulado da categoria. Em primeiro lugar, o Gráfico 15 revela que os agentes econômicos regulados não são aqueles com maiores chances de sucesso na Participação Social – se analisássemos em números absolutos, teríamos um grande impacto acumulado, contudo, esse impacto adviria mais da enorme quantidade de contribuições do que de favorecimento, por parte da Agência, dessas contribuições. Em segundo lugar, outra informação interessante é que os dados anteriores também demonstram, a princípio, grandes chances de sucesso de atores governamentais – com mais de 50% de sucesso – nos mecanismos de Participação Social. Significa isso que a possibilidade de ingerência estatal não pode ser afastada, embora não reste comprovada unicamente pela grande taxa de sucesso dos atores governamentais (há fatores que favorecem os atores governamentais que independem de ingerência técnica, como grande notoriedade e, na maioria dos casos, elevado conhecimento técnico); a hipótese de ingerência estatal não pode ser aqui solucionada, portanto, senão para se dizer que não resta descartada. Por último, o Gráfico 15 mostra a baixíssima taxa de sucesso de Indivíduos Interessados e Agentes Públicos e média taxa de sucesso de consumidores e usuários. Quando contrastados com as taxas de atores governamentais e mesmo de agentes econômicos, tais dados revelam uma menor chance de sucesso por parte de indivíduos “comuns”.

Por fim, há de ser exposto as entidades que realizaram o maior número de manifestações, independentemente do número de consultas e audiências de que participaram. Deve-se perceber que o Gráfico 16 e o 17 mostram o impacto das contribuições das entidades mais assíduas.

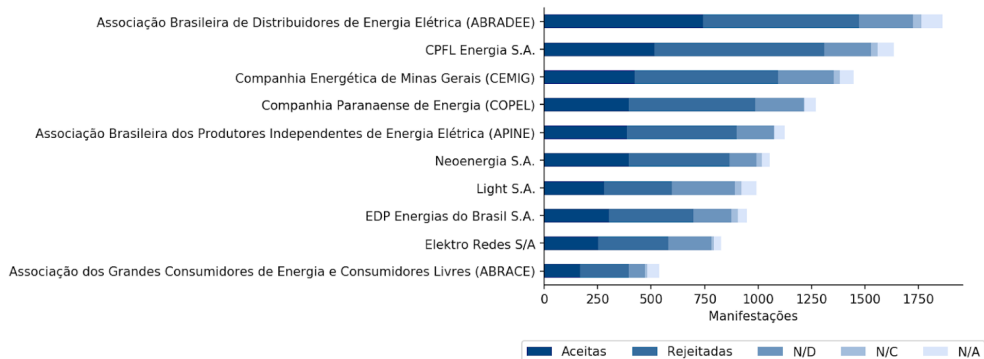


Gráfico 16. Entidades com maior número de manifestações:

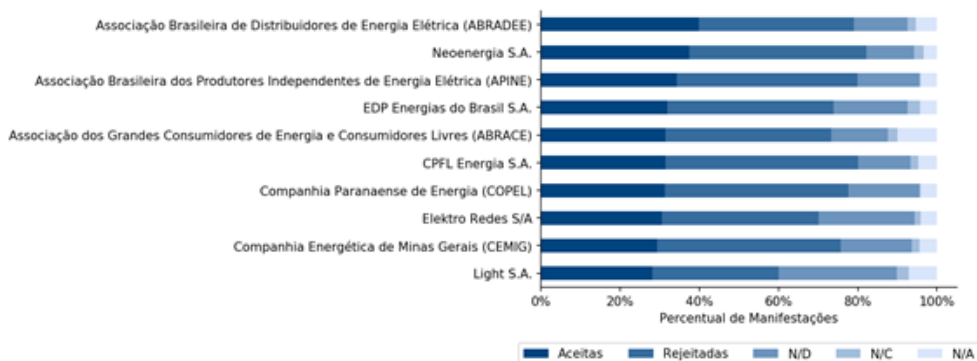


Gráfico 17. Impacto - entidades com maior número de manifestações

Fonte: Projeto Regulação em Número - FGV Direito Rio.

Como pode ser visto, há, mais uma vez, um grande equilíbrio no grau de aproveitamento de contribuições das entidades. Figuram nessa lista, mais uma vez, grandes nomes dos setores regulados de Energia Elétrica, com ênfase em Holdings (sobretudo com atuação em Geração e Distribuição) e Distribuidoras de Energia.

Contudo, o fato que deve ganhar maior destaque é a presença de algumas entidades representativas como ABRADEE, APINE e ABRACE. Conforme será demonstrado no Gráfico 18 a seguir, quanto ao grau de impacto das entidades participantes dos mecanismos de participação, as

entidades representativas (sejam elas de agentes regulados, não regulados ou de consumidores) obtiveram maior grau de sucesso em suas manifestações. Tal resultado pode ser interpretado como fruto de maior cooperação entre agentes na formulação das contribuições, fator que tende a aumentar a qualidade da participação.

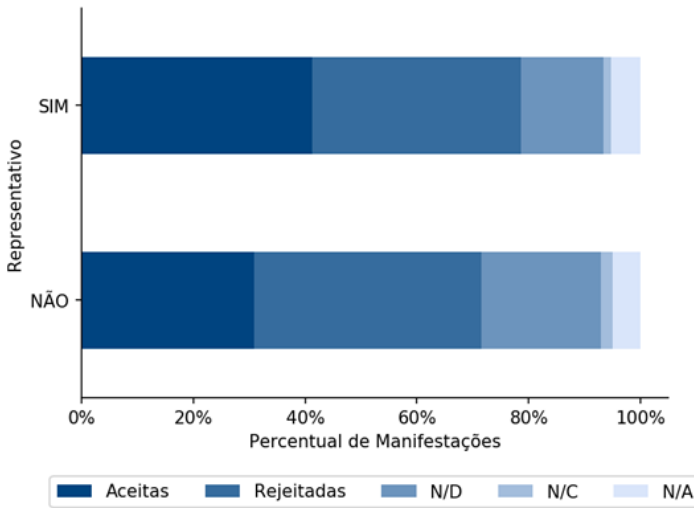


Gráfico 18. Impacto – entidades representativas x não representativas

Fonte: Projeto Regulação em Número – FGV Direito Rio.

6. CONCLUSÃO

A regulação tornou-se um dos instrumentos essenciais da produção normativa de democracias contemporâneas. Prometendo estabilidade econômica advinda da técnica apartidária e, ao mesmo tempo, responsividade para com a população, a moderna teoria da regulação encontra-se na delicada posição de ter de desenhar suas instituições para que sejam permeáveis à opinião pública, mas não ao ponto de poderem ser capturadas pelas empresas reguladas. Além desse desafio, existe a preocupação, sempre presente, de manter autonomia política em relação ao governo. Dada a centralidade que assumiram as agências reguladoras na contemporaneidade, uma análise empírica dos resultados de seu design institucional se tornou imperativa.

A análise conduzida por este trabalho procurou verificar se os mecanismos de participação da ANEEL cumpriam seus fins de (i) responsividade e autonomia (ii) para como o governo e (iii) empresas reguladas. Para tal, amostragem de 504 audiências e consultas realizadas de 1998 a 2018 foi analisada à luz das perguntas relevantes lançadas pela doutrina.

A conclusão a que se chegou, a partir da análise de dados, foi de que os mecanismos de participação da ANEEL não são suficientemente permeáveis a ponto de permitir uma participação efetiva da população civil, especialmente quando se compara à participação de agentes governamentais e agentes econômicos regulados. Tanto a (i) participação total, em número de manifestações, quanto o (ii) impacto surtido pelas manifestações de consumidores, usuários e indivíduos interessados ficou abaixo da registrada por empresas do setor elétrico. Nesse sentido, os mecanismos de participação social da ANEEL falham no quesito *responsividade*. O tempo permitido de participação, levantado por muitos como fator relevante, apresentou resultados díspares quanto à quantidade e efetividade das manifestações que ensejava, de maneira que mais pesquisa empírica na área é requerida. Também não se pode firmar, com certeza, que a *autonomia* da Agência esteja garantida, dados o alto número de contribuições acatadas de empresas reguladas e a alta taxa de sucesso de atores governamentais. Nessas áreas, igualmente, novas investigações se fazem necessárias para consolidar uma opinião fundamentada. Verificou-se, também, a inexistência de correlação de tempo de preparo e número de participantes. Além disso, pode-se observar um maior percentual de impacto positivo advindo de entidades representativas do que de entidades não representativas, o que indica que a estrutura organizacional e o intercâmbio dos representados na formulação de contribuições podem ser fatores relevantes para o sucesso no impacto no processo regulatório.

Por agora, basta reconhecer que o processo de design institucional das agências é uma fronteira em contínuo desbravamento, e que parte fundamental desse desbravamento resta na análise empírica dos resultados de desenhos já implementados, capaz, por meio de análise, de fornecer inestimável direcionamento e de servir de termômetro para o sucesso de iniciativas institucionais em matéria reguladora.

7. REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego; WERNECK, Joaquim Falcão; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo** 243, 2006. p. 79-112.

BRYER, Thomas A. Public participation in regulatory decision-making: Cases from regulations. gov. **Public Performance & Management Review** 37, n. 2, 2013. p. 263-279.

COGLIANESE, Cary. Citizen participation in rulemaking: past, present, and future. **Duke Law Journal**, 2006 p. 943-968.

DAHL, Robert Alan. **Polyarchy: Participation and opposition**. Yale University Press, 1973.

GOLDEN, Marissa Martino. Interest groups in the rule-making process: Who participates? Whose voices get heard? **Journal of Public Administration Research and Theory** 8, n. 2, 1998. p. 245-270.

LODGE, Martin, and Kai Wegrich. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2009. p.17-37.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. **West European Politics** 17, n. 3, 1994. p. 77-101.

OLIVEIRA, Fernanda Almeida Fernandes de. Audiências Públicas na Aneel: uma análise histórica da participação dos consumidores desde a criação da Agência. Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação da professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio apresentado à FGV Direito Rio como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito (2017).

PECI, Alketa, and Bianor Scelza Cavalcanti. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública** 34, n. 5, 2000. p. 99-118.

PRZEWORSKI, Adam. "Ama a incerteza e será democrático". **Novos Estudos CEBRAP**, n. 9, jul. 1984.

SABEL, Charles F., and William H. Simon. "Minimalism and experimentalism in the administrative state." **Geo. LJ** 100, 2011. p. 53.

SANSONOVE, Thais Gabriele Borella. "Mecanismos de interface com o cidadão nos programas de Concessão Federal de Energia Elétrica (1995-2015)". Trabalho de conclusão de curso de graduação em Administração Pública e Social apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Administração. Orientador: Prof. Dr. Aragon Érico Dasso Júnior. (2016).

SEIDENFELD, Mark. "Bending the rules: Flexible regulation and constraints on agency discretion." **Admin. L. Rev.** 51. 1999. p. 429.

DA SILVA, Marina Batista. "Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)". **Revista de Administração Pública** 46, n. 4. 2012. p. 969-992.

SPILLER, Pablo T. "Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or" Let Them Be Bribed". **The Journal of Law and Economics** 33, n. 1, 1990. p. 65-101.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of democracy: institutional design writ small**. Oxford University Press, 2007.

CONSEQUENCIALISMO E DECISÃO JURÍDICA: LIMITES ESTRUTURAIS E CONSTITUCIONAIS DAS RECENTES ALTERAÇÕES NA LINDB - O CASO DO ARTIGO 21

Aluno: Bernardo Andreiuolo Tagliabue¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da regulação

Sumário: 1. Introdução; 1.1 O ponto de partida: A justificação subjacente ao art. 21; 2. Consequencialismo e segurança jurídicos em estados regulatórios; 3. O art. 21 e seus críticos; 4. Uma crítica específica: A Anamatra e a ADI 6146; 5. Conclusão; 6. Referências

Resumo

As recentes alterações de caráter consequencialista na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), promovidas pela Lei 13.655/18 e regulamentadas pelo Decreto 9.830/19, suscitaram relevante discussão no meio jurídico nacional. Os novos artigos 20 a 23, introduzidos pela reforma legislativa, tiveram críticas doutrinárias à parte e sua constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6146, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra). Argui-se que, ao contrário de promoverem, como pretendem, maior segurança jurídica e ampliação da racionalidade das decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial, os novos artigos violariam os artigos 2º (Princípio da Separação dos Poderes) e 5º, LV (Princípio do Contraditório) da Constituição da República.

Este trabalho objetiva analisar o novo art. 21 da LINDB à luz dos questionamentos da Anamatra e das críticas presentes na doutrina. Após a análise e leitura da ADI 6146, de literatura indicada pelo professor e das reações no meio jurídico à promulgação do dispositivo normativo em questão, chegou-se à conclusão de que as alegações de inconstitucionalidade não prosperam.

1 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

2 Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu e membro do corpo docente permanente do PPGD da FGV Direito Rio. Professor da Graduação da FGV Direito Rio.

Palavras-chave

Lei de Introdução ao Direito Brasileiro; Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho

Abstract

The recent consequentialist changes to the Introduction Act to Brazilian Law Rules (LINDB), promoted by Law 13,655/18 and regulated by Decree 9,830/19, have sparked significant discussion in the national legal community. The new articles 20 to 23, introduced by the legislative reform, have been subject to doctrinal criticism and their constitutionality has been challenged by the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 6146, proposed by the National Association of Labor Judges (Anamatra). It is argued that, contrary to their intended purpose of promoting greater legal security and expanding the rationality of legal decisions in the administrative, control, and judicial spheres, the new articles would violate Articles 2 (Principle of Separation of Powers) and 5, LV (Principle of Adversarial Process) of the Constitution. This paper aims to analyze the new article 21 of the LINDB in light of the Anamatra's inquiries and the criticisms present in the doctrine. After analyzing and reading ADI 6146, literature indicated by the professor, and the reactions in the legal community to the promulgation of the normative provision in question, it was concluded that the allegations of unconstitutionality are unfounded.

Keywords

Law of Introduction to the Standards of Brazilian Law; National Association of Labor Judges

1. INTRODUÇÃO

Apesar das intenções das recentes mudanças na LINDB parecem ser nobres,³ como já notado em comentários ao PLS 349, elas foram alvo de duras críticas desde o nascimento. Este trabalho pretende realizar uma análise do art. 21 da LINDB à luz de posicionamentos quanto a seus limites constitucionais e estruturais identificáveis na literatura lida ao longo da pesquisa. Para isso, visitará a literatura de consequentialismo jurídico, além de comentários feitos por juristas e instituições ao art. 21 e à nova LINDB. Começa-se, no Tópico 1, por analisar os objetivos – a justificação subjacente – do art. 21 e a escolha, feita pelos autores do PLS, de como alcançá-los. Entender os objetivos da norma e a escolha de como alcançá-los é relevante para averiguar se, em um plano teórico, a forma escolhida – a injeção de raciocínios consequentialistas na tomada de decisão – é

3 LEAL, Fernando Angelo Ribeiro, Op. Cit., pp. 25-30.

adequada para promover os objetivos. Isso é discutido no Tópico 2. Já no tópico seguinte, analisa-se a concretização – em lei – das ideias que ensejaram o art. 21 – ou seja, o texto normativo de tal diploma. Nesse mesmo tópico, algumas críticas doutrinárias e institucionais ao artigo são consideradas, e avalia-se se sua redação é bem-sucedida em positivizar um consequencialismo que garanta segurança jurídica. O Tópico 4 pretende averiguar uma crítica específica ao art. 21: a alegação de inconstitucionalidade feita pela Anamatra. Por fim, o Tópico 5 conclui o trabalho.

1.1. O ponto de partida: a justificação subjacente ao art. 21

Toda norma possui uma justificação subjacente – um objetivo para o qual é desenhada.⁴ No caso das normas presentes no art. 21 da LINDB, parece ter sido a *rationale*, de acordo com o Projeto de Lei que originou a nova legislação, “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.”⁵ A necessidade de maior segurança e eficiência tem como pano de fundo a percepção, por parte dos autores do PLS 349/2015 – Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques –, de que, para além do alto grau de indeterminação das normas brasileiras, a superficialidade na formação dos juízos permitiria aos órgãos tomadores de decisão instrumentalizar essa indeterminação e fundamentar, com base no uso de conceitos vagos, qualquer decisão, criando um ambiente de instabilidade e imprevisibilidade jurídicas.⁶ A utilização de “valores jurídicos abstratos” – tais quais princípios – como “cláusulas mágicas” traria, para além de insegurança jurídica, a indesejável ampliação do escopo de poder dos tomadores de decisão – aumento da discricionariedade – e a baixa qualidade de decisões que, em um contexto de Estado regulador, como o brasileiro, exigiriam a observância de matizes “outrora consideradas como exógenas aos sistema jurídico” (como, por exemplo, dados econômicos ou sociológicos).⁷

Combater essa vil tendência, defendem os autores do PLS, passa por reforçar o ônus de argumentação na tomada de decisão em âmbito judicial, controlador e administrativo. Nessa lógica, o art. 21 promoveria

4 SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Boston: Harvard University Press, 2009. p. 15.

5 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 9 de junho de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

6 SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 278-280.

7 FREITAS, Rafael Vêras de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial*. *Conjur*, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

segurança jurídica ao consagrar, ao lado do art. 20, “alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas”, exigindo que os tomadores de decisões considerem as consequências jurídicas e administrativas da decretação de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.⁸ Seria uma injeção de consequentialismo no direito brasileiro: os decisores, que antes apenas citariam termos vagos sem desenvolver seus sentidos de maneira objetiva, seriam agora obrigados a incluir em seus raciocínios considerações dos efeitos práticos de suas decisões, o que não apenas facilitaria seu controle – a partir da criação de ônus argumentativos objetivamente verificáveis, como a elencação de estados futuros do mundo – como também aumentaria a segurança jurídica ao impedir que a decisão seja baseada exclusivamente em interpretações subjetivas e não suficientemente desenvolvidas de termos vagos.

Em suma: qual o *objetivo* do art. 21 da LINDB? Promover segurança jurídica. Qual o *meio* de que se vale o art. 21 para alcançar o objetivo? A introdução de raciocínios consequentialistas na tomada de decisão das esferas controladora, administrativa e judiciária. É possível discutir a adequação desse *meio* para a promoção desse *objetivo* independentemente da análise do texto normativo. Isso porque o texto pode falhar em consolidar juridicamente o *meio abstratamente concebido*; e tal *meio* pode ser, em um plano teórico, adequado para promover a justificação subjacente. Neste caso, o problema estaria nas escolhas legislativas que levaram à formulação textual do dispositivo, e não nos fundamentos que justificam a criação da norma que ele pretende comunicar. Por isso, é relevante discutir a relação entre a consideração das consequências na tomada de decisão e a promoção de segurança jurídica antes – e independentemente – de analisar o art. 21 em si.

2. CONSEQUENCIALISMO E SEGURANÇA JURÍDICOS EM ESTADOS REGULATÓRIOS

Para discutir em que medida faz sentido falar de consequentialismo jurídico como um fomento para a segurança jurídica, é preciso definir “consequentialismo jurídico” e “segurança jurídica”.

De maneira simples, consequentialismo jurídico pode ser definido como uma postura que leva em consideração, como elemento relevante na interpretação e na tomada de decisão, as possíveis consequências de

8 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 9 de junho de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

uma determinada postura interpretativa ou decisória.⁹ É verdade que há uma importante diferença entre o consequencialismo interpretativo e o decisório – de forma que um juiz pode adotar teorias não consequencialistas (digamos, por exemplo, originalistas) para interpretar o sentido da norma, e adotar uma postura consequencialista no momento de decidir como, em casos concretos, a norma será aplicada.¹⁰ Tanto teorias interpretativas quanto métodos decisórios podem impactar na segurança jurídica. Como as discussões envolvendo o art. 21 centraram-se no consequencialismo como método decisório, é essa a acepção abordada aqui.¹¹

Já o conceito de segurança jurídica que se trabalhará é aquele presente no direito brasileiro. Isso porque, quando as discussões que embasaram as recentes alterações na LINDB – que são o fulcro deste trabalho – propõem o consequencialismo como fomentador da segurança jurídica, estão a referir-se a ela enquanto norma-princípio da ordem constitucional brasileira – o que vem, inclusive, a legitimar juridicamente os fins das alterações frente à Constituição.

Portanto quando se fala aqui de segurança jurídica, fala-se da norma-princípio que pode ser extraída de diversos dispositivos presentes no ordenamento pátrio.¹² Segundo Humberto Ávila, denota um estado de *cognoscibilidade*, i.e., de acesso material e intelectual aos conceitos normativos; de *confiabilidade*, i.e., de garantia de um mínimo de estabilidade e continuidade normativas asseguradas por meio da permanência de regras que permitam o planejamento da vida; e de *calculabilidade*, i.e., de possibilidade de prever o espectro de mudança da norma no futuro e as consequências dessa mudança. *Não* denota um estado de *determinação*, e sim de *determinabilidade* do direito (capacidade de compreender alternativas interpretativas dos sentidos das normas), em função da inerente indeterminação linguística – textura aberta da linguagem. Também *não* pode denotar um estado de *imutabilidade*, porque a Constituição possibilita a mudança de princípios normativos, além de estabelecer um Estado de Bem-Estar caracterizado pela constante intervenção – no sentido de

9 Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização. p. 5. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020., e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23-103, apud MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios.” Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro Edição Especial Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro LINDB (Lei nº 13.655/2018): p. 43-61, 2018, p. 47.

10 Ou vice-versa, claro. Cf. SUNSTEIN, Cass R. If people would be outraged by their rulings, should judges care? *Stanford Law Review*, v. 60, p. 155, ago 2007. p.166-167.

11 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit., pp. 46-47.

12 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios jurídicos. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pp. 30-31.

mudança – no meio social. Por fim, segurança jurídica não implica *previsibilidade absoluta* na antecipação dos conteúdos normativos, visto que a indeterminação linguística impede a construção de univocidade dos enunciados jurídicos, condicionando a definição de seu sentido a processos argumentativos.¹³

A segurança jurídica não se contrapõe, portanto, à incerteza, mas tão somente ao que Falcão *et al.* denominam de *incerteza patológica* – aquela oriunda da frustração, por meio de uma decisão estranha ao conjunto (geralmente não único) de decisões juridicamente possíveis frente a um caso concreto, de uma expectativa juridicamente fundada. A incerteza estrutural, fruto da textura aberta da linguagem, da multiplicidade de respostas juridicamente corretas e da – em alguma medida – inevitável subjetividade na escolha da norma aplicável e na avaliação das circunstâncias do caso concreto, é inerente ao Direito, e não deve ser entendida como fonte de insegurança jurídica.¹⁴

Delineados os conceitos relevantes, pode-se adentrar na relação entre consequencialismo e segurança jurídicos, que deve ser compreendida no contexto brasileiro de Estado democrático regulatório em que se insere. Tal cenário se caracteriza, não somente, por um dever constitucional de intervenção estatal no meio social de maneira ampla¹⁵, como, também, por uma transição do Estado Liberal pautado no formalismo¹⁶ e nas regras (*government by rules*) para um Estado regulador pautado em princípios abertos e normas finalísticas (*government by policies*).¹⁷ O contexto regulatório também torna porosa a divisa entre Direito e disciplinas como Economia, Sociologia e, até mesmo, Medicina. Dessa modo, não apenas

13 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização. São Paulo: Malheiros, 2009. Pp. 249-254.

14 FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando e WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito, in: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 243, pp. 79-112, 2006. Pp. 90-91.

15 ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 249-254.

16 O formalismo, em termos gerais, pode ser entendido como a garantia, na aplicação das normas, de – alguma – centralidade aos sentidos extraídos do texto normativo em detrimento de elementos não textuais como a justificação subjacente. Cf. SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 31: “law operates formally in treating the meaning of the words of a rule as more important than achieving the law’s deeper purpose and reaching the ideal result in this particular case”. É também possível defender, como faz Luís Roberto Barroso, a prevalência, no Brasil liberal da virada do século XX, de um formalismo um tanto caricato, vinculado ao modelo silogístico e à ideia de unicidade da decisão correta em qualquer caso concreto. É uma caricatura semelhante à que Schauer (p. 30) identifica em decisões da Suprema Corte durante a mesma época histórica – Era Lochner. Cf. BARROSO, Luís Roberto. “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.” Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: UFV: 2014, p. 11.

17 COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102, apud PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 262, Rio de Janeiro, jan-abr, 2013. p. 112.

intervém mais o Estado no meio social, como o faz pautado em princípios abertos e em diálogo com áreas há pouco consideradas extrajurídicas.¹⁸

A necessidade de segurança jurídica se amolda a esse novo cenário, seja por meio de argumentos práticos como o discurso a vincular eficiência econômica a previsibilidade,¹⁹ seja por meio de demanda ideológicas, como, a título de exemplo, aquela liberal a vincular a capacidade de planejar a vida ao exercício da liberdade²⁰ – no entanto, a pretensão de previsibilidade carrega consigo os limites estruturais já mencionados, não devendo ser confundida com a utopia de previsibilidade absoluta.

O consequencialismo, nesse contexto, pode cumprir relevante papel na estabilização de expectativas jurídicas. No que se refere à utilização pouco casta de princípios enquanto uma geradora de insegurança jurídica, por exemplo, o raciocínio consequencialista afigura-se relevante por ser um elemento de métodos de controle intersubjetivo da aplicação de princípios.

É possível identificar, no diagnóstico do contexto jurídico brasileiro feito por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, o uso pouco parcimonioso de princípios vagos como uma das fontes de insegurança jurídica. Isso porque se, como argumentam os autores do PLS 349, tais princípios são meramente mencionados nas decisões para sustentar um ponto de vista subjetivo do decisor, eles justificam decisões que, advindas dos ideais pessoais dos decisores e não amparadas em critérios e definições fixos, não fornecem *previsibilidade* e *confiabilidade* algumas – i.e., não garantem, em suma, estabilidade decisória. É também possível argumentar que esse “principiachismo”, enquanto refúgio do jurista que conhece pouco o direito,²¹ livra o julgador do “ônus de enfrentar questões fáticas ou moralmente complexas”²² e permite que decisões fora do “juridicamente possível” sejam fundamentadas de maneira elusiva, fazendo com que expectativas juridicamente legítimas sejam frustradas por meio, por exemplo, do “mau uso do princípio da dignidade da pessoa humana para justificar qualquer decisão em qualquer circunstância”.²³

Nesses casos, o que existe é um problema na operacionalização das normas-princípios no Direito nacional. A incorporação de raciocínios

18 PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit., p. 97-102.

19 Cf. FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando e WERNECK, Diego., Op. Cit.

20 TAMANAHA, Brian Z. On the rule of law: History, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 90.

21 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Apud WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. Jota, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

22 WANG, Daniel Wei Liang. Op. Cit.

23 Ibid.

consequencialistas, de fato, faz parte da solução desse problema. A própria natureza teleológica dos princípios exigiria um esforço de projeção de consequências – o que tornaria a positivação de exigências de raciocínios consequencialistas supérflua, ou, nas palavras de Fernando Leal, redundante.²⁴

Pode-se dizer, portanto, que a consideração de consequências na tomada de decisão é, no mínimo, um aspecto de uma resposta possível e adequada à “farrá principiológica” e consequente insegurança jurídica que parece prevalecer no contexto brasileiro. No entanto, a mera projeção de consequências representa apenas parte da solução – i.e., precisa ser conjugada a outros parâmetros normativos que impeçam que o raciocínio consequencialista gere, por si, ainda maior indeterminação na tomada de decisão. Dois desses parâmetros são (i) parâmetros para projeção de estados futuros do mundo e (ii) parâmetros para ordenação dos estados futuros projetados. Veja-se:

(i) A projeção de consequências, em última instância, é sempre um esforço de futurologia, e, como tal, necessariamente sofre de indeterminação.²⁵ Embora seja impossível eliminar a incerteza na predição do futuro, é possível torná-la mais técnica e, portanto, menos sujeita a opiniões subjetivas dos decisores – que são precisamente aquilo que as reformas na LINDB buscam combater. É possível, dessa maneira, reduzir a incerteza ao estabelecer parâmetros que diminuam a assimetria de informação de juízes e outros decisores – especialmente acentuada no contexto de intensa interdisciplinaridade do Direito trazido pelo Estado regulatório. Um possível parâmetro, nesse caso, é a obrigatoriedade de consulta a instituições técnicas especializadas e a especialistas. Também é preciso de parâmetros para delimitar quando parar na cadeia de consequências. É sempre possível “atualizar” um estado do mundo projetado por meio da projeção de um outro estado do mundo consequente daquele. Sem um parâmetro expresso, a escolha do estado do mundo que servirá de base para a ordenação final entre as opções decisórias se torna subjetiva e de difícil controle. Aqui, por exemplo, é possível estabelecer parâmetros temporais.

(ii) Por fim, o raciocínio decisório com consequências também envolve a ordenação dos estados do mundo projetados, o que permitirá escolher a opção decisória vinculada ao melhor estado futuro. No contexto de um ordenamento repleto de princípios, isso pressupõe não apenas a capacidade de mensurar – ao menos comparativamente – valores jurídicos abstratos como “liberdade” ou “dignidade humana” em estados específicos projetados, como também a de ordenar os estados de mundo quando princípios diferentes sustentem opções decisórias diferentes. Nesse caso,

24 LEAL, Fernando Angelo Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 27.

25 PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof., *Op. Cit.*, pp. 123-129.

uma resposta para combater a indeterminação de caráter normativo dos raciocínios consequencialistas seria a imposição de um ônus de determinação do sentido dos princípios jurídicos vinculados a cada estado de mundo e a adoção de métodos decisórios em casos de conflitos de princípios, como a regra da proporcionalidade. Evidente que tal regra não se insere na utopia da *previsibilidade absoluta*, uma vez que não pretende alcançar objetividade absoluta no processo decisório;²⁶ os ônus argumentativos que coloca ao decisor, contudo, garantem que a decisão racional²⁷ se conforme ao espaço do “possível jurídico” e que o sentido dos valores jurídicos e os critérios de valoração utilizados sejam explicitados, contribuindo para a estabilização de expectativas jurídicas legítimas.²⁸

Em suma: as discussões que lastrearam a formulação do PLS 349 estavam corretas quando identificaram a utilização de raciocínios consequencialistas como uma possível garantia de segurança jurídica em contexto de “farra principiológica”. Para atingir tal fim, contudo, é preciso que o trabalho com consequências seja acompanhado de dispositivos normativos que atenuem as incertezas, vinculadas ao próprio consequencialismo, aqui expostas. Isso não necessariamente foi feito no PLS, como se verá. Discutir a relação entre consequencialismo e segurança jurídica no Brasil à parte de analisar especificamente o art. 21 permite diferenciar problemas e desafios teóricos independentes da norma de problemas de “execução” – ou seja: de formulação textual da norma. Isso é relevante porque várias das críticas visitadas a seguir são no âmbito da “execução”, e também porque, para um trabalho que pretende servir de base para possíveis construções doutrinárias acerca do art. 21 (“5.5.”), era necessário expor a teoria que embasou sua formulação separadamente das máculas que carrega seu texto normativo.

26 Ver, p. ex., DA SILVA, Virgílio Afonso, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 378. “[P]arece-me possível afirmar que não existe objetividade absoluta e demonstrável, mas que existe, sim, a possibilidade de uma objetividade em um sentido mais fraco.”

27 Para uma discussão sobre a racionalidade da proporcionalidade, ver LEAL, Fernando, *Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo*, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 14, n. 58, Rio de Janeiro, out-dez, 2014. p. 117-209, especialmente as páginas 178-180, para críticas à pretensa racionalidade da regra da proporcionalidade.

28 Não se pretende aqui defender a regra da proporcionalidade como o único (ou correto) caminho para promover segurança jurídica na operacionalização de princípios jurídicos, mas apenas expô-la como um possível caminho para tanto, o que basta para legitimar raciocínios consequencialistas como parte de uma solução adequada. Para críticas à aplicação da regra da proporcionalidade, R. Alexy destaca, (em “On balancing and subsumption. A structural comparison.” *Ratio Juris* v. 16, n. 4, dez. 2003: 433-449., p. 436), Bernhard SCHLINK, 2001: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Ed. Peter Badura & Horst Dreier. Tübingen: Mohr Siebeck. 445-65 e Jürgen HABERMAS, 1996: *Between Facts and Norms* (1992). Trans. William Regh. Cambridge: Polity Press, respondendo-os em *The Construction of Constitutional Rights. Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2010), p. 20-32.

3. O ART. 21 E SEUS CRÍTICOS

Explorada a relação, no campo teórico, entre consequencialismo jurídico e segurança jurídica em um contexto de Estado regulatório, é momento de analisar a incorporação dessas ideias de maneira concreta no texto normativo do novo art. 21 da LINDB, dispositivo em análise. Se é verdade – como se sustentará – que é possível extrair regras do texto normativo do art. 21, então também é certo que a prática jurídica tratará os sentidos objetivamente extraíveis de tal texto como, em alguma medida, independentes das ideias que o motivaram e formataram. Dessa forma, embora o recurso à finalidade da norma em detrimento de seu sentido literal seja um procedimento consolidado em diversos sistemas jurídicos,²⁹ na prática, são as regras concretas, e não as “razões de ser abstratas” de que advêm, que comumente ditam o resultado jurídico.³⁰ Por isso, a (contingente) validade do consequencialismo enquanto um remédio para a insegurança jurídica explorada no tópico anterior não se traduz em uma imediata aptidão das normas que se inspiraram nessa validade para atingir o mesmo fim – tudo dependerá de como as ideias que lastrearam a criação da norma foram concretizadas no texto normativo. O do art. 21 é como segue:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

É possível extrair algumas regras do texto do dispositivo. Uma é extraível do *caput*, e exige, para determinadas decisões, a indicação expressa de suas consequências jurídicas e administrativas. Do texto do parágrafo único, extraem-se duas regras: a primeira impõe, “quando for o caso”, a indicação de condições para que a regularização seja proporcional, equânime e não prejudique interesses gerais; a segunda proíbe que se imponha a sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das particularidades do caso, sejam “anormais ou excessivos”.

É fácil perceber que o dispositivo não incorpora importantes balizas necessárias para conformar o raciocínio consequencialista à garantia de segurança jurídica. Além disso, a redação do artigo parece trazer, por si só,

29 Cf. FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando e WERNECK, Diego., Op. Cit., p. 95.

30 SCHAUER, Frederick, Op. Cit., p. 16.

indeterminações terminológicas com potencial de aumentar a insegurança decisória por meio de interpretações dissonantes, por parte dos decisores, dos termos vagos presentes no texto normativo. De maneira geral, portanto, o artigo parece sofrer de grandes déficits e falhas estruturais. Por isso, não surpreende ter sido alvo de inúmeras críticas por parte de juristas e instituições.

Um primeiro grupo de críticas aponta para os perigos das indeterminações terminológicas presentes no texto normativo. Termos como “proporcional”, “interesses gerais”, “anormais” e “excessivos” parecem conter a mesma generalidade e vagueza dos princípios abstratos cujo uso pouco parcimonioso impulsionou a busca por maior segurança jurídica por meio das alterações na LINDB. O trabalho de definição desses termos pode ser feito pela doutrina e pela jurisprudência,³¹ mas parece contraditório a um projeto, nascido no bojo do ceticismo quanto à atuação do judiciário brasileiro no manejo de termos vagos, deixar para ele a definição de termos vagos em seu texto normativo. Mais problemática, talvez, seja a expressão “quando for o caso”, que delimita o escopo de incidência das regras do parágrafo único. Segundo Fernando Facury Scaff, o termo torna “letra morta” o parágrafo único, por abrir espaço para que ele seja afastado em qualquer circunstância, a depender da vontade subjetiva do decisor.³² Já José Vicente Santos de Mendonça considera que o termo aplica-se ao artigo como um todo, e cita como exemplo de não incidência das normas do parágrafo único a invalidação de norma administrativa que se encontrava em *vacatio* – não há efeitos jurídicos gerados nas esferas de pessoa alguma.³³ Em suas palavras:

Em rigor, toda norma só se aplica “quando for o caso”. Há, em todas elas, a possibilidade de que sejam interpretadas integrando-lhes uma “lacuna oculta por redução teleológica”, como diria Karl Larenz (LARENZ, 1997. p. 555 *et seq.*). Mas, de Karl Larenz, precisamos chegar ao Brasil: como sugere Seabra Fagundes, no Brasil “é preciso dizer tudo tintim por tintim, senão não se cumpre” (SEABRA FAGUNDES *apud* BARROSO, 2006, p. 42).³⁴

Santos de Mendonça está certo quando diz que qualquer norma só se aplica “quando for o caso”. Em assim o sendo, contudo, o legislador brasileiro parece não se ter vinculado ao célebre brocardo *verba cum effectu sunt accipienda* – “não há palavras inúteis na lei” –, pois de fato tratar-se-ia

31 Um desses esforços doutrinários pode ser encontrado em MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

32 SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. Conjur, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

33 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit., p. 57.

34 *Ibid.*

da inclusão, no texto normativo, daquilo que Nelson Rodrigues chamava de *óbvio ululante*, ou seja, a enunciação de algo que não quer dizer absolutamente nada em termos práticos.³⁵ A falta de refinamento na redação posta à parte não deixa clara, de toda maneira, quais os parâmetros de incidência das normas do parágrafo único. O caso de *vacatio* é um extremo, visto que não gera efeito jurídico sobre particulares. Mas como decidir sobre casos na “zona cinzenta”? Sem parâmetros fixos, restam subjetividade e insegurança, e o dispositivo incorre justamente naquilo que pretende combater.

Além de problemas terminológicos, o art. 21 também sofreu críticas por não remediar as incertezas inerentes ao raciocínio consequencialista. Uma dessas críticas foi feita por Ana Frazão, que, em uma série de artigos cujo ponto de partida são as alterações da LINDB, relativiza a racionalidade humana e a capacidade da estatística, da econometria e da Análise Econômica do Direito preverem o comportamento humano. A jurista ressalta, entre outras coisas, que a economia comportamental pode ser uma saída mais inteligente e sagaz e pontua, além disso, que a falsa segurança da economia ortodoxa pode criar um “consequencialismo” disfarçado de consequencialismo, uma vez que as previsões econômicas, com pretensão de universalização, não seriam mais do que um chute no escuro em um mercado imprevisível.³⁶

Embora válida, a crítica de Frazão pode ser vista como um ataque geral à lógica consequencialista com base em teorias da racionalidade limitada. Como já exposto, é possível estabelecer critérios normativos que atenuem as incertezas nos exercícios de predição e projeção de estados futuros do mundo. Bem ressalta Fernando Leal, contudo, que as alterações na LINDB não parecem incorporar balizas em tal sentido, como, por exemplo, a exigência de que os decisores recorressem, sempre que possível, a dados ou juízos técnicos para sustentar suas prognoses.³⁷ O mesmo autor também pontua, acertadamente, que falta ao dispositivo aqui em questão aquilo que, no Tópico 2, chamou-se de “parâmetros para ordenação dos estados futuros projetados” – critérios para que o decisor escolha entre os

35 A referência é emprestada de Fernando Sabino. Cf. SABINO, Fernando. Como nasce uma História. Portal da crônica brasileira. Disponível em: <<https://cronicabrasileira.org.br/cronicas/13150/como-nasce-uma-historia>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

36 FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica (partes I, II e III). Jota, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>>; <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-ii-06062019>> e <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

37 LEAL, Fernando Angelo Ribeiro, “Inclinações Pragmáticas ...”, p. 29.

estados projetados, o que possivelmente envolve conflito de princípios, como já visto.³⁸

Um outro problema apontado é a diminuição da capacidade de revisão dos órgãos controladores que o art. 21 pode acarretar. Élide Graziane Pinto, Ingo Wolfgang Sarlet e Jessé Torres Pereira Junior ressaltam que:

[...] após décadas de redução do espaço da discricionariedade administrativa/ técnica e de consequente majoração das instâncias e possibilidades de controle [...] o pêndulo reformista do PL 7.448 indica querer construir uma rede de responsabilidade compartilhada, paradoxalmente reduzindo o escopo do controle preventivo e concomitante.³⁹

Segundo os autores, isso constituiria uma contradição em termos, uma vez que a grande aposta do projeto é a de estabilizar as decisões por meio da ação de declaração de validade, o que tenderia a aumentar as ações de controle judicial.⁴⁰ Também crítico da diminuição do poder dos controladores, Júlio Marcelo de Oliveira considera que os ônus argumentativos presentes, por exemplo, no art. 21 tornam o trabalho do controlador desnecessariamente complicado, pois ele terá “de fundamentar sua decisão não apenas no ordenamento jurídico, mas terá de justificar e ponderar todas as consequências práticas de sua decisão, como se a responsabilidade pela ilegalidade fosse dele, e não do gestor que a praticou”.⁴¹ No mesmo sentido está a posição da PGR, para a qual “o dispositivo, na prática, enfraquece o sistema de responsabilização dos agentes públicos em qualquer esfera, seja a penal, a de improbidade, a civil e a administrativa”.⁴² Por fim, José Vicente Santos de Mendonça se posiciona afirmando que o controle da qualidade das prognoses deve ser “fraco”, pois o “controle judicial intenso a respeito das consequências poderia tornar as coisas ainda piores.”⁴³

Talvez a mais provocadora interpretação do artigo 21 – e das mudanças na LINDB de forma geral –, contudo, venha daqueles, como Frazão e Scaff, que acreditam que, na prática, os dispositivos não positivam o

38 Ibid.

39 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. PL 7.448 desequilibra equação entre custos e riscos da escolha pública. Conjur, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

40 I bid.

41 OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Projeto de lei ameaça o controle da Administração Pública. Conjur, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

42 FALCÃO, Márcio. PGR avalia medidas jurídicas contra PL 7.448/17. Jota, disponível em: <<https://www.jota.info/justica/pgr-avalia-medidas-juridicas-contra-pl-7-448-17-26042018>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

43 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit., p. 56.

consequencialismo, porque não obrigam que se decida com base em consequências, apenas que as indique. Segundo Scaff, as alterações na LINDB “não contêm nenhuma *obrigação de decidir de forma consequencialista*”, porque “não se vê no texto nada que *obrigue* o administrador a pautar sua decisão dessa forma”.⁴⁴ Já Frazão pontua que “em nenhum momento a lei prevê que apenas as consequências devem orientar a decisão ou que as consequências teriam prioridade sobre todos os demais aspectos envolvidos no processo decisório”, de maneira que “parece no mínimo apressado concluir que a alteração legislativa implementou o consequencialismo no Brasil, pelo menos no sentido mais restritivo que esta palavra assume no contexto do debate ético.”⁴⁵ Seria possível, segundo essa linha interpretativa, que o decisor apenas indicasse estados futuros do mundo, sem que deles se extraísse inferência ou juízo de valor algum, de forma que não influiriam de maneira prática na decisão final, constituindo apenas um ônus argumentativo vazio. Se assim for, não só será supérfluo o dispositivo, por apenas representar uma obrigação retórica – uma alteração no estilo (ou “gramática”) da decisão –, como também não alcançará seus fins – garantir maior segurança jurídica.

É possível dizer, portanto, com alguma segurança, que o art. 21, em meio a todas as controvérsias, possui relevantes problemas estruturais. A resolução desses problemas, na prática, pode se dar tanto jurisprudencialmente quanto doutrinariamente, não se descartando, evidente, uma reformulação legislativa da norma. Fato é que, por mais profundas e válidas que sejam as críticas até aqui analisadas, nenhuma alega a inconstitucionalidade do dispositivo – apenas apontam problemas na sua operacionalização. Por isso mesmo, diferenciam-se da crítica abordada a seguir.

4. UMA CRÍTICA ESPECÍFICA: A ANAMATRA E A ADI 6146

De todas as críticas lançadas ao art. 21, a mais relevante, em termos jurídicos, certamente é a presente na ADI 6146, que alega a inconstitucionalidade do dispositivo, ao lado dos arts. 20, 22 e 23 da LINDB. Quanto ao art. 21, a argumentação da Associação pode ser disposta da seguinte maneira:⁴⁶

Argumento I. o dispositivo exigiria um exercício de futurologia, que se situa no campo das hipóteses, o que transformaria o juiz em parecerista, deixando de lado sua função única de julgador, violando a separação de poderes (CRFB, art. 2º).

44 SCAFF, Fernando Facury., Op. Cit.

45 FRAZÃO, Ana. Op. Cit.

46 A inicial pode ser encontrada em: <https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/01-Anamatra-STF-ADI-LINDB-Inicial_-_Assinado_4.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020.

Argumento II. o dispositivo – especificamente o parágrafo único – viola a separação de poderes (CRFB, art. 2º) porque o juiz passaria a “ensinar” às partes como elas devem promover a regularização de ato, contrato, ajuste, processo ou norma, de maneira a transformar-se em um consultor destinado a tratar de hipóteses e questões que apenas decorrem da decisão.

Argumento III. o dispositivo viola princípio do contraditório (CRFB, art. 5º, LV) ao não restringir o exercício de projeção do decisor às consequências práticas apresentadas pelas partes.

Argumento IV. o dispositivo viola a separação de poderes (CRFB, art. 2º) ao exigir que o judiciário determine as condições para regularização de políticas públicas, o que viola competência exclusiva da Administração Pública.

Apesar de carregarem a autoridade da Associação que os sustenta, tais argumentos não devem subsistir a uma análise primária do atual contexto do judiciário no Estado de Direito brasileiro. Veja-se o porquê:

Resposta I. Em relação à “função única de julgador” do juiz impedi-lo de realizar prognoses hipotéticas, ressalte-se o já dito aqui: existe um aspecto do trabalho com normas jurídicas que requer raciocínios consequencialistas. Não é preciso adentrar na longa e celebrada literatura que originou a teoria da separação de poderes e em sua recepção pelo ordenamento brasileiro para demonstrar errado o “Argumento I”. Basta que se verifique que, no centro do função típica do judiciário – dirimir conflitos de interesse por meio da aplicação do direito a casos concretos⁴⁷ – existe um aspecto inafastável de raciocínios consequencialistas. Partindo-se de uma distinção entre regras e princípios, é possível dizer, como já se fez aqui, que o trabalho com princípios jurídicos, devido a sua característica teleológica, necessariamente requer exercícios de predição de consequências e estados futuros do mundo. Além disso, mesmo quando se trata de decisões baseadas em regras, a projeção de estados do mundo pode desempenhar um papel relevante, uma vez que:

[...] é geralmente reconhecida a possibilidade de os juízes aplicarem diretamente a finalidade subjacente à regra, especialmente em casos nos quais o apego puro e simples à formulação normativa – isto é, a recusa em considerar qualquer outro elemento não reconduzível ao texto – possam levar a resultados tratados como “absurdos”.⁴⁸

É evidente que, para aferir a absurdidade do resultado frente à justificacão subjacente, o juiz necessitará, muitas vezes, projetar as consequências

47 DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1984. p. 108

48 FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando e WERNECK, Diego., Op. Cit., p. 95.

da aplicação da norma. Dessa forma, não procede o argumento da Anamatra de que a posição decisória que a separação de poderes destinou aos juízes não comporta “exercícios de futurologia” hipotéticos. O trabalho com as consequências das alternativas decisórias – sempre envolvendo alguma incerteza, como já visto – é, em alguma medida, inerente ao exercício da função jurisdicional.

Resposta II. Quanto à função de consultoria que o juiz supostamente prestaria na regularização do ato, a inicial não é clara na sua caracterização no âmbito do art. 21. Embora cite longa jurisprudência reforçando a vedação de consultoria jurídica, a Anamatra não parece explicar como enxerga o exercício de consultoria jurídica: a associação parece confundir a determinação de como se dará o cumprimento de uma decisão judicial com a prestação de consultoria jurídica. Nos termos postos pela Anamatra, qualquer decisão que implicasse regularização de uma situação jurídica acarretaria consultoria – porque o judiciário “[ensinaria] às partes para dizer como elas devem promover a regularização”. Assim seria, por exemplo, no caso do juiz que determinasse o reajuste de prestações contratuais, verificada onerosidade excessiva – está ele a determinar às partes como devem fazer para promover a regularização do ato. Isso não se confunde com consultoria jurídica.

Resposta III. Esse argumento é confuso, porque parece misturar a análise de questões *ultra petita* com a projeção de estados do mundo que o art. 21 exige. Trata-se, em verdade, de um argumento que, a despeito de não prevalecer, é fundado no princípio do contraditório e no princípio da fundamentação de decisões. Nesse sentido, o contraditório “significa o espaço argumentativo em que às partes, em simétrica paridade, será garantida a participação na construção da decisão”, de maneira que “[s] e o juiz fundamenta sua decisão [...] em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação da decisão e, conseqüentemente, do contraditório, visto que as partes não participaram na construção do processo”⁴⁹.

Mas é preciso atentar para não pretender extrair, do exposto anteriormente, a – falsa – máxima de que o juiz é mero condutor do processo, não sendo capaz de iniciativa própria na investigação das pretensões jurídicas postas e dos fatos alegados, inclusive à luz de dispositivos normativos não levantados pelas partes – afinal, como diziam os romanos: *iura novit curia*. Nas palavras de Carlos de Oliveira:

Inexiste, porém, monopólio da parte quanto à instrução da causa, mesmo com referência a interesses puramente

49 FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. Revista Eletrônica de Direito Processual vol. 5, n. 5, 2010, p. 240.

privados. Como bem se ressaltou, entre nós, “[o] problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu”, com o que, concedendo-se poderes instrutórios ao juiz, subtrai-se da parte o poder de direção formal do processo, passando ela à condição de colaboradora do órgão judicial. A verdade é que não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes.⁵⁰

A delimitação, pelas partes, do escopo de análise jurídica a que procederá o magistrado precisa, portanto, ser temperada com a admissão de que os juízes analisem a realidade fática seja para confirmar um argumento apresentado, seja para verificar os efeitos da aplicação de uma norma. Segundo a Anamatra, o art. 21 estaria a “exigir do magistrado o exercício de um juízo de futurologia, d.v., que vai além da do processo judicial, caso não tenha sido objeto de apresentação pelas partes”.⁵¹ Como adiantado, a associação parece se confundir aqui. O juiz, no “exercício de futurologia”, não está a trazer um argumento *ultra petita*, mas sim a desenvolver as consequências da sustentação de uma pretensão jurídica já apresentada. Está a instruir a causa, como lhe é próprio, por meio de inferências sobre o mundo fático. A associação argumenta que a análise do magistrado deveria restringir-se às consequências práticas apresentadas pelas partes, mas isso é precisamente a ultrapassada concepção de “juiz inerte” a que se refere Carlos de Oliveira; compreendido enquanto diálogo entre as partes e o magistrado, o processo, na tradição romana, requer deste que não se limite a receber passivamente argumentos das partes, mas também que os analise frente à realidade fática e os desenvolva. O que requer o art. 21 é precisamente um desenvolvimento – no sentido de projeção de consequências – das posições já apresentadas pelas partes – “se o argumento [já posto por uma parte] em favor da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa for sustentado pela decisão, quais suas consequências jurídicas e administrativas?” Esse exercício exploratório, porque vinculado – e delimitado – pelas pretensões originais das partes, não é inovação *ultra petita*, não sendo vedado pelos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões.

Resposta IV. Aqui também a Anamatra parece confundir as condições de regularização de um vício dispostas pelo Judiciário com as escolhas políticas da administração sobre como organizar e conduzir políticas

50 DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS v. 9, n. 9, nov. 1993. p. 179.

51 ANAMATRA, inicial da ADI 6146. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/01-Anamatra-STF-ADI-LINDB-Inicial_-_Assinado_4.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020.

públicas. Segundo a Associação: “[é] que nesse ponto cumpre à administração pública promover a regularização do vício existente, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se sobre a forma como deverão aos demais Poderes promover a correção do vício reconhecido pela decisão judicial.”

Em primeiro lugar, é preciso dizer que o ordenamento brasileiro não adota uma teoria rígida de *separação de poderes*, prevendo, ao contrário, mecanismos de freios e contrapesos que, fluidificando as fronteiras das competências típicas de cada poder, fazem com que atualmente se prefira falar em *colaboração de poderes* no contexto nacional.⁵² Isso dito, é simplesmente falsa a ideia de que o estabelecimento de *critérios* – até mesmo normativos – para o funcionamento de políticas públicas seja uma competência exclusiva do Administração Pública, existindo situações, como a de omissão legislativa, em que o Judiciário, baseando-se em uma teoria acerca da efetividade das normas programáticas constitucionais, reconhece a própria competência para concretizar os programas constitucionais:

É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume papel de eventual protagonismo. [...] Um caso muito significativo de diálogo institucional informal se deu em relação ao art. 7º, I da Constituição, que prevê a edição de lei complementar disciplinando a indenização compensatória contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. No julgamento de mandado de injunção, o plenário do STF deliberou que iria fixar, ele próprio, o critério indenizatório, tendo em vista a omissão de mais de duas décadas do Congresso em fazê-lo. Diante de tal perspectiva, o Congresso aprovou em tempo recorde a Lei no 12.506/2011, provendo a respeito.⁵³

Em segundo lugar, não se trata, no art. 21, parágrafo único, como pretende a Anamatra, do Poder Judiciário *gerindo* a aplicação de uma política pública, e sim dos estabelecimentos de balizas para o cumprimento da sentença judicial anulatória – i.e., *critérios* que a Administração Pública deverá seguir na regularização de alguma política. Cumpre, sim, ao Poder Judiciário assegurar-se de que sua decisão não cause, na prática, o sacrifício desproporcional de um valor ou bem jurídico – no caso do art. 21, parágrafo único, o respeito a “interesses gerais” e a necessidade de evitar ônus ou perdas “anormais ou excessivos”. No fundo, a situação não difere da de qualquer sentença constitutiva – como, por exemplo, a alteração na prestação contratual nos termos do art. 480 do CC –, no sentido

52 DA SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 109

53 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. in GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017: 25-77. p. 45.

de que está o Judiciário a estabelecer balizas que precisarão ser seguidas pelas partes para que se dê o perfeito cumprimento da sentença. O art. 21, parágrafo único portanto, não viola a separação de poderes, porque não incumbe o Judiciário de *gerir* a regularização de uma política pública, mas tão somente de *estabelecer critérios* para que a regularização aconteça e os objetivos da norma não sejam obstados pelo cumprimento da sentença, de forma similar ao que ocorre em tantas outras sentenças judiciais.

Assim sendo, deve-se descartar as alegações de inconstitucionalidade por parte da Anamatra, não havendo necessidade de que o STF realize uma interpretação conforme a constituição do art. 21, como pede a associação⁵⁴.

5. CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho é de que, apesar de sofrer de graves problemas estruturais e falhar, em grande medida, em positivar meios jurídicos que permitam alcançar sua justificação subjacente, o novo art. 21 da LINDB não sofre de inconstitucionalidade, como argumenta a Anamatra. Não se pretendeu aqui criar uma interpretação doutrinária do referido artigo que pudesse sanar alguns de seus problemas. Tampouco foram exaustivamente expostas interpretações já feitas nesse sentido. O que se fez foi apresentar o estado da arte das discussões na literatura de consequentialismo jurídico e segurança jurídica, além de expor as principais críticas identificáveis em trabalhos acadêmicos e em posicionamentos institucionais na Administração Pública e nos tribunais ao art. 21. Como coletânea e diálogo de literatura, portanto, este trabalho pode servir para subsidiar algum esforço interpretativo do art. 21 que incorpore importantes elementos expostos na discussão teórica que parecem ter sido ignorados pelo legislador nacional na construção e aprovação do texto normativo.

54 Embora, evidentemente, o tribunal, ao decidir acerca do pleito da Anamatra, vá realizar uma interpretação dos dispositivos em questão que, se acatados os contra-argumentos aqui expostos, não será inconstitucional – portanto, uma interpretação conforme a Constituição. Trata-se de um critério interpretativo – a “interpretação conforme” – cujo uso no Brasil, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, apresenta relevantes problemas, embora não haja, infelizmente, espaço para abordá-los aqui. Cf. DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV v.2, n.1, jan-jun 2006: pp. 191-210.

COMPORTAMENTO JUDICIAL E ARENAS DE DECISÃO: COMPARANDO DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DOS MINISTROS DO STF EM *HABEAS CORPUS* (PARTE II)

Aluna: Bianca Gomes¹

Orientador: Leandro Molhano Ribeiro²

Área de concentração: Instituições e Políticas

Sumário: 1. Introdução; 2. Mapeamento dos dados e resultados da primeira pesquisa; 3. Resultados da segunda pesquisa; 4. Considerações sobre o comportamento judicial; 5. Considerações finais; 6. Anexos; 7. Bibliografia

Resumo

Esse trabalho é a continuação da pesquisa “Comportamento Judicial e Arenas de Decisão”, que tem o objetivo de mapear o comportamento decisório dos ministros do STF e entender se casos semelhantes recebem respostas diferentes conforme o espaço institucional no qual a decisão é tomada – espaço individual de decisões monocráticas ou espaço coletivo de decisões em turma e plenário. A primeira parte da pesquisa, concentrou-se em mapear decisões monocráticas e de plenário. O presente artigo mapeou as decisões da Primeira e da Segunda Turma e pretende realizar uma análise desses três espaços decisórios.

Palavras-chave

Comportamento judicial, tomada de decisão, Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This work is the continuation of the research “Judicial Behavior and Decision Arenas”, which aims to map the decision-making behavior of the STF’s Justices and understand whether similar cases receive different responses depending on the institutional space in which the decision was made. The first part of the research focused on mapping monocratic and plenary decisions. This article mapped the decisions of the First and Second Classes and intends to carry out an analysis of these three decision spaces.

1 Aluna da Graduação FGV Direito Rio.

2 Professor da FGV Direito Rio.

Keywords

Judicial Politics, Judicial Behavior, Brazilian Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

A maior participação de tribunais constitucionais na vida social, econômica e política em diversas democracias fez com que alguns estudiosos e muitos políticos começassem a apontar para ativismo judicial por parte dos ministros. A expressão é comumente usada para identificar uma atuação mais expansiva por parte dos juízes, entendida como uma interferência em decisões de outros Poderes (KMIEC, 2004).

No Brasil – seja por não haver instância superior que revise as decisões do Supremo, seja pela possibilidade de decisões coletivas em turma ou plenário ou de decisões individuais de forma monocrática – várias decisões dos ministros do STF ao longo dos últimos anos podem ser enquadradas como ativismo judicial, sendo algumas das mais noticiadas decididas de forma colegiada: a união homoafetiva, a possibilidade de pesquisa com células tronco e a prisão em segunda instância; e de forma monocrática: a decisão de deputados se filiarem a novos partidos sem perda de mandato, a negativa e depois a autorização para quebra de sigilo do ex-presidente Temer. Não entrando no mérito das discussões sobre os benefícios ou malefícios de uma Suprema Corte mais adepta do ativismo judicial, podemos apontar o desenho dos Tribunais como um dos fatores que possibilitam maior ou menor independência dos ministros e, portanto, possibilidade de adotar uma postura mais ativa na tomada de decisão.

Tendo isso em mente, o presente trabalho pretende mapear o comportamento dos ministros nos diferentes espaços decisórios possíveis do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa é observar se casos semelhantes podem receber respostas diferentes apenas com base no espaço no qual a decisão é tomada, se individual ou coletivo. A hipótese do trabalho é a de que decisões realizadas de maneira monocrática permitem maior nível de liberdade e possibilitam uma expressão de preferências pessoais dos ministros. Por outro lado, decisões de turma e de plenário impõem maior constrangimento à manifestação de preferências pessoais.

O presente trabalho se insere em duas frentes de discussão que foram tratadas na Parte I deste projeto. A primeira frente é a escolha do desenho institucional da Corte – quais são seus órgãos decisórios, quais são suas competências, quais são suas limitações – e as crescentes delegações de poderes para decisões individuais. A segunda frente são os modelos de comportamentos judiciais – legal, atitudinal e estratégico – que podem ser observados nas decisões dos ministros (MALTZMAN, WAHLBECK e SPRIGGS, 2002). A possibilidade apontada pela presente pesquisa é a de que os ministros não seguem exclusivamente uma das linhas de comportamento,

mas se adequam de acordo com algumas variáveis, como espaço institucional, composição do Tribunal e momento em que a decisão é tomada.

2. MAPEAMENTO DOS DADOS E RESULTADOS DA PRIMEIRA PESQUISA

A primeira parte dessa pesquisa foi realizada em 2018/19 e analisou 52.243 *Habeas Corpus* decididos monocraticamente e 300 decididos em plenário. A classificação escolhida (e replicada na segunda parte da pesquisa) foi dividir as decisões em: (a) não conhecimento; (b) não conhecimento com concessão *ex officio*³; (c) indeferimento; (d) prejudicado; (e) indeferimento com concessão *ex officio*; (f) concessão parcial; (g) concessão total. Ainda que as decisões de “não conhecimento” e “prejudicado” tenham informações interessantes acerca de questões como tentativa de supressão de instância ou demora para pautar e julgar os casos levados ao judiciário, elas foram descartadas por não serem questões consideradas centrais a essa pesquisa. Quanto às outras, optamos, para melhor comparar o comportamento dos ministros, por classificá-las como “deferimento” – no caso das decisões catalogadas como (b), (e), (f) e (g) – e “indeferimento” para as decisões do tipo (c). Além disso, criamos uma razão (R) = “indeferimento”/“deferimento” para analisar os dados e medir se determinado ministro concede ou indefere mais casos ao longo do tempo.

A partir dessa razão, geramos gráficos do comportamento dos ministros – optamos por analisar os que ficaram por mais tempo no Tribunal dentro do período de setembro de 2001 a outubro de 2018 e os atuais ministros do STF – de maneira individual (Anexo A) ou em pleno (Anexo B). Os dados revelam que alguns ministros, como Marco Aurélio e Celso de Mello, mostraram-se relativamente constantes ao longo do tempo e dos espaços institucionais analisados, o que seria contrário ao entendimento de que os ministros não seguem exclusivamente uma das classificações de comportamento judicial. Contudo, outros ministros apresentaram comportamentos consideravelmente mutáveis ao longo do tempo e do espaço. No entanto, os dados encontrados ainda não permitem uma afirmação da hipótese, já que podem ser outros os motivos pelos quais o comportamento do ministro mudou, como uma mudança de jurisprudência da Corte.

3. RESULTADOS DA SEGUNDA PESQUISA

Para garantir que todos os espaços institucionais fossem estudados, durante a vigência do presente PIBIC (2019/20), mapeamos a primeira e a

3 As concessões *ex officio* ocorrem quando o tribunal não conhece do recurso – normalmente por irregularidades de forma –, mas o concede.

segunda turma do STF. Para isso, selecionamos uma amostra que, após uma primeira “limpeza” na qual retiramos decisões que não conseguimos encontrar na ferramenta de consulta do Supremo Tribunal Federal e decisões que tivemos dificuldade de classificar com base nos parâmetros estabelecidos, continha 496 casos da primeira turma e 440 da segunda. Classificamos as decisões com base nos mesmos critérios utilizados na primeira fase da pesquisa e aplicamos a razão (R) = “indeferimento”/“deferimento” para os ministros selecionados (Celso de Mello, Marco Aurélio, Mendes, Barbosa, Lewandowski, Lucia, Toffoli, Fux, Weber, Zavascki, Fachin, Moraes e Barroso).

Apesar de um ou outro caso destoante, os ministros apresentaram comportamentos mais aproximados em situação de turma do que em situação de decisão monocrática, ainda que as maiores aproximações ocorram nos dados do plenário, o que revela alteração de comportamento de acordo com o espaço institucional de tomada de decisão e indica que pode haver uma maior liberdade de atuação em espaço de decisão individual e mais estratégico em espaço de decisão coletivo.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMPORTAMENTO JUDICIAL

Algumas questões podem ser levantadas a partir dos resultados encontrados. Em primeiro lugar, como as decisões nas quais mais ministros participam tendem a apresentar resultados mais similares, é possível aceitar a existência de algum movimento ativo para formação de maioria ou algum constrangimento para votos contrários; em segundo lugar, é possível que casos semelhantes recebam respostas diferentes a depender do espaço institucional, já que os ministros se comportam de maneira diferente quando estão em cada uma dessas situações decisórias; em terceiro, com o passar do tempo, o Tribunal se tornou menos deferente aos HCs, o que pode ter sido tanto pela situação política brasileira como por uma dificuldade em filtrar quais casos realmente devem ser levados ao Supremo^{4,5}.

Sobre a primeira hipótese, cabe pontuar que a opção pelo tribunal colegiado é feita com base em expectativas quanto ao resultado final ocasionado pela adoção desse modelo. Segundo Valadares, são quatro as razões subjacentes ao optar por tal estrutura: “(i) a despersonalização; (ii) a contenção do arbítrio individual; (iii) a abertura de várias vozes e ao

4 Movimentação processual no STF, 1940-2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 04 maio 2020.

5 BACELO, Joice; OLIVON, Beatriz. “Milhões de processos estão parados à espera de decisões do Supremo e STJ”. VALOR, 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/06/milhoes-de-processos-estao-parados-a-espera-de-decisoes-do-supremo-e-stj.ghtml>>. Acesso em: 04 maio 2020.

desacordo; e (iv) o reforço das chances de acerto”⁶. Essas motivações só fazem sentido se buscarmos um colegiado no modelo de *collegial enterprises* (KORNHAUSER e SAGER, 1993), segundo o qual as decisões feitas de maneira colegiada devem ser debatidas, por partes dispostas a rever e mudar suas opiniões, de forma a construir uma decisão. Assim, argumenta-se que o princípio da colegialidade deve ser lido em conjunto com a necessidade de deliberação.

Nesse sentido, os resultados encontrados indicam que ou os casos julgados em espaços de decisão monocrática são muito diferentes dos julgados em plenário ou a situação de plenário exerce impacto na maneira como os ministros decidem. Pensando em um desenho ideal de uma Suprema Corte, a posição esperada seria a de que os ministros adotassem um modelo de decisão do tipo *collegial enterprise*, no qual os ministros estariam dispostos a ouvir o Relator, ouvir os seus pares e rever seus posicionamentos, debatendo de maneira a chegar à decisão mais acertada. De acordo com esse modelo, o aumento na proximidade entre os ministros quando observamos as turmas e as comparamos com o Plenário vai ao encontro da teoria de Sunstein⁷, segundo o qual quanto menor a homogeneidade de um colegiado maior probabilidade de decisões moderadas.

Apesar desse modelo combinar com os resultados alcançados pela análise dos dados deste artigo, a prática dos ministros irem ao plenário com os votos já formulados e escritos⁸ faz com que o *collegial enterprise* não seja a resposta para a atual postura dos ministros.

De qualquer maneira, as decisões monocráticas – como exceções ao colegiado – apontam um comportamento consideravelmente distinto entre os ministros em relação às decisões colegiadas – nas quais eles demonstram maior coordenação no voto –, o que reforça a ideia de uma

6 VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 724.

7 “But it is plausible to speculate that a unified panel is far less likely to be moderate than a divided one is”. SUNSTEIN, Cass R., et al. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press, Washington D.C., 2006. p. 72.

8 “A sessão de julgamento do Supremo é geralmente uma farsa, um teatro contraproducente”, opinou o professor Hübner Mendes. “Todos chegam com seus votos prontos e gastam horas apenas para lê-los em público. Eventualmente, até há alguma interação entre eles, uma pergunta, uma rápida discussão, mas quase sempre superficial, que nunca muda o voto de ninguém.”. In: CARVALHO, Luiz Maluf. “DATA VENIA, O SUPREMO: Como funciona e o que acontece no STF”. PIAUÍ, 2010. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

“Essa visão é compartilhada por vários ministros, que argumentam que quem leva um voto pronto tende a “não querer refletir e querer brigar pelo seu voto”,¹⁹ e que “o debate [acaba] sendo irrelevante, porque o sujeito já vem comprometido com uma linha”. SILVA, Virgílio Afonso da. “UM VOTO QUALQUER”? O PAPEL DO MINISTRO RELATOR NA DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”. In *JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES* 1 (2015).

atuação menos estratégica nesse espaço decisório. Essa diferença entre a atuação monocrática dos ministros abre espaço para outros três questionamentos: (i) como já apontado, podemos nos perguntar se casos semelhantes recebem respostas diferentes dependendo do espaço institucional e/ou do ministro que toma a decisão; (ii) se o primeiro questionamento se mostrar verdadeiro, será que o Tribunal deveria aceitar que cada vez mais casos sejam decididos de maneira monocrática; (iii) se, por outro lado, uma análise mais qualitativa dessas decisões demonstrar que os comportamentos observados nos resultados da pesquisa foram causados por outros fatores e que os casos são decididos da mesma forma nos diferentes espaços institucionais, será que a Corte estará decidindo de maneira deliberativa como *collegial enterprises* ou estará decidindo como *colegiado redundante*? E se estiver decidindo como *colegiado redundante*, deveríamos repensar o desenho do nosso Supremo?

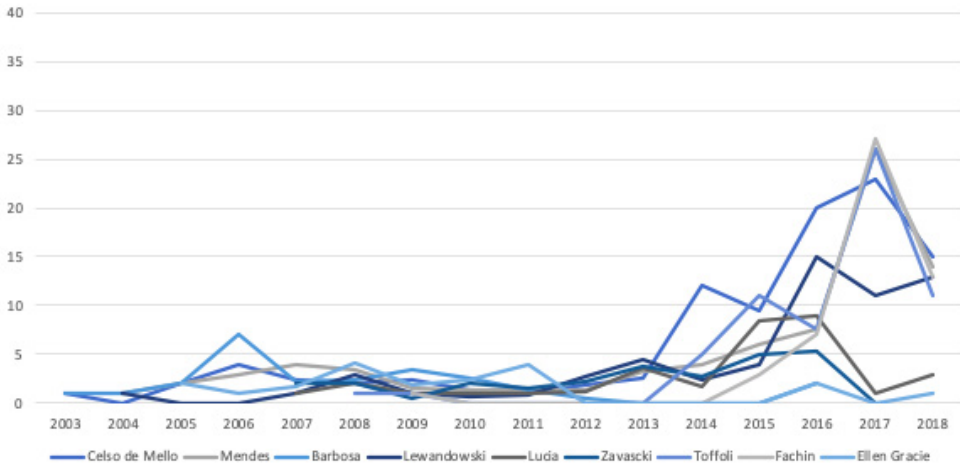
Quanto à segunda hipótese, os casos estudados, ainda que façam parte da mesma classe penal, foram coletados de forma ampla, isto é, sem divisão de assunto, tipo penal ou quaisquer outras categorias que permitam oferecer uma resposta definitiva. Podemos atestar que os ministros se comportam de forma mais ou menos deferente a depender do espaço institucional no qual se encontram, mas acreditamos ser necessária uma avaliação qualitativa para confirmar tal questionamento.

Quanto à terceira hipótese, o Supremo Tribunal Federal recebe muito mais casos do que muitos dos países que possuem o modelo de Suprema Corte semelhante ao brasileiro. Ainda que seja possível apontar o impacto disso no processo decisório – quantidade de tempo dedicado para julgar cada caso, por exemplo, e inclusive o aumento dos casos que podem ser decididos de forma monocrática – não podemos afirmar que isso leve a decisões diferentes ou de menor qualidade.

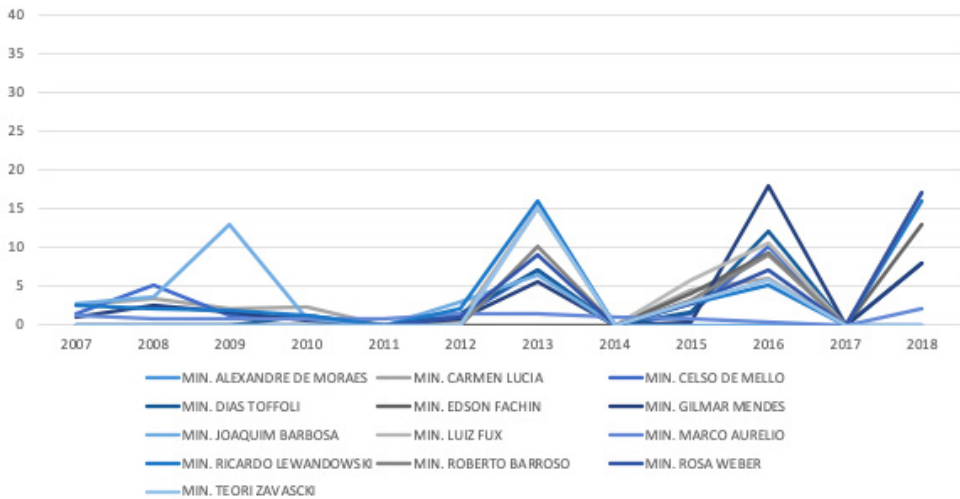
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mapeamento do comportamento dos ministros nos diferentes espaços institucionais auxilia no melhor entendimento acerca do Supremo Tribunal Federal e de sua atuação no cenário brasileiro. Os dados encontrados demonstram que existe uma diferença na maneira como os ministros atuam quando decidem de forma monocrática ou colegiada – em turma e/ou em plenário. Ainda que não seja possível afirmar se essas diferenças têm como única explicação o espaço institucional, é possível levantar novas perguntas acerca do desenho do Tribunal e suas (dis)funcionalidades.

Segunda Turma



Plenário



7. REFERÊNCIAS

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004.

KORNHAUSER, Lewis A; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, v. 81, n. 1, 1993.

SUNSTEIN, Cass R., et al. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

VALERIE HOEKSTRA. Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game Forrest Maltzman James F. Spriggs, II Paul J. Wahlbeck. **The Journal of Politics**, [s. l.], v. 64, n. 3, 2002. p. 924.

A CULPA DA VÍTIMA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Alunos: Bruna Babo Araujo de Matos¹ e Jullia Silva Correa²

Orientador: Daniel Pires Novais Dias³

Área de concentração: Direito, Direito Civil, Responsabilidade Civil

Sumário: 1. Introdução; 2. O surgimento da discussão jurídica brasileira do dever de mitigação de danos; 3. A recepção do *Duty to Mitigate the Loss* no Direito nacional; 4. As controvérsias sobre o tema; 4.1. A Abrangência do “dever” da vítima de mitigar o seu dano; 4.2. A natureza do instituto; 4.2.1. Dever acessório 4.2.2. Abuso de direito; 4.2.3. *Venire contra factum proprium*; 4.2.4. A incumbência da vítima de evitar o próprio dano; 4.3. Consequência jurídica do descumprimento 5. Referências

Resumo

O dever da vítima de mitigar os danos está presente no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980. Sob influência desse dispositivo, o Enunciado 169 foi elaborado e aprovado na III Jornada de Direito Civil, gerando debate sobre a adoção do instituto do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil. Qual é o fundamento jurídico da recepção da norma de mitigação? Qual a natureza da situação jurídica do credor em face do dano evitável (dever, ônus ou incumbência)? É possível sua recepção pelo direito brasileiro? É necessária a recepção pelo direito brasileiro? A partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscamos analisar o instituto à luz do direito brasileiro, chegando a conclusões de que não há lacuna normativa para tutelar a redução da indenização nos casos em que a vítima possui a incumbência de mitigar o seu dano, porém não mitiga.

Palavras-chave

Responsabilidade civil; *Duty to Mitigate the Loss*; incumbência da vítima; mitigação de danos; indenização; dano evitável.

1 Graduanda da FGV Direito Rio.

2 Graduanda da FGV Direito Rio.

3 Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) e no Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional privado, na Alemanha (2014-2015). Estágio pós-doutoral na Harvard Law School, nos EUA (2016-2017). Advogado e consultor jurídico.

Abstract

The victim's duty to mitigate damages is presented in article 77 of the Vienna Convention of 1980. Under the influence of this article, *Enunciado* 169 was elaborated and approved at the 3rd Civil Law Journey, creating the debate about the adoption of the institute known as "Duty to Mitigate the Loss" in Brazil. What is the legal basis for receiving the mitigation institute? What is the nature of the creditor's legal situation in cases when avoidable damage occurs (duty, burden or charge)? Is it possible to receive the institute under Brazilian juridical system? Is the reception of the institute possible by the Brazilian juridical system? Based on doctrinal and jurisprudential research, we aimed to analyze the institute under the light of Brazilian law. In the end, we reached the conclusion that there is no normative gap to protect the reduction of damages in cases where the victim has the task of mitigating his damage, but do not do it so.

Keywords

Civil Liability; Duty to Mitigate the Loss; victim's task; damage mitigation; avoidable damage.

1. INTRODUÇÃO

No campo da responsabilidade civil, caso a vítima de um dano tenha, de alguma maneira, contribuído para a sua ocorrência ou agravamento, ela pode ter o montante da sua indenização reduzido ou mesmo suprimido. A doutrina brasileira tradicionalmente aborda essas situações por meio de duas figuras: a culpa exclusiva e a culpa concorrente da vítima.

A primeira é descrita como uma situação em que terceiro e a vítima contribuem para o dano, mas a contribuição da vítima é de tal maneira mais grave que juridicamente entende-se que o dano foi causado exclusivamente pela própria vítima. A segunda figura, a da culpa concorrente da vítima, é descrita como a situação em que terceiro e a vítima contribuem para o dano, mas de uma maneira em que ambos são tidos como cocausadores do dano. Nesse caso, a vítima ainda será indenizada, mas terá o valor da sua indenização reduzido. A figura da culpa concorrente da vítima é a que se tem como prevista no art. 945 do Código Civil brasileiro.

No presente projeto de pesquisa, partimos de uma análise unitária das situações em que a vítima de um dano de alguma maneira contribui para a sua ocorrência ou agravamento. Utilizamos, portanto, a expressão mais genérica "culpa da vítima" para designar essas situações. Ou seja, dentro da expressão culpa da vítima estão inseridas tanto a figura da culpa exclusiva quanto a da culpa concorrente da vítima. Dessa maneira, optamos por figura unitária que, em princípio, não nega a referida separação entre culpa exclusiva e concorrente da vítima.

A figura da culpa da vítima é de grande importância prática, pois as situações em que a vítima contribui de alguma maneira para o próprio dano ocorrem frequentemente na realidade, em especial, nas situações de acidentes rodoviários. Apenas para ilustrar essa afirmativa, na França concluiu-se que em 70% dos acidentes entre veículo e pedestre verifica-se a culpa concorrente da vítima. Na Alemanha, em 80% dos danos resultantes de acidentes de trânsito são verificados elementos contributivos por parte da vítima. Além disso, ainda na Alemanha, já foi afirmado que o dispositivo de culpa concorrente da vítima (§ 254 do BGB) é um dos dispositivos mais utilizados da responsabilidade civil.

Além da importância prática, a pesquisa sobre o tema da culpa da vítima goza de grande interesse dogmático pela importância e riqueza do conteúdo que se irá analisar, uma vez que o tema leva “necessariamente para o círculo de questões mais delicadas e controversas do direito da responsabilidade civil, como são os problemas da culpa, do nexo de causalidade e da extensão indenizatória”. (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 26; ALCOZ, María Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 23.)

No Brasil, a figura da culpa da vítima apresenta graves problemas de compreensão e regulação jurídica. Em primeiro lugar, uma questão ainda em aberto é o fundamento do reconhecimento da culpa da vítima, isso é, a justificativa para que haja redução da indenização da vítima que de algum modo tenha contribuído para o próprio dano.

O problema é que a própria delimitação das situações em que a culpa da vítima se configura não é de todo pacífica. O Código Civil fala em “aquele que concorrer (...) para o evento danoso”. Em princípio, essa noção de concurso da vítima para o evento danoso corresponde ao pressuposto do nexo de causalidade, tradicionalmente presente na responsabilidade civil. No entanto, a relação de causalidade entre a conduta da vítima e o próprio dano é peculiarmente problemática, como por exemplo em uma situação de dano evitável pela vítima, como em que outrem desencadeia o evento danoso, mas a vítima poderia ter agido para evitar sofrer o dano ou reduzir sua extensão. Nesse caso, só será possível afirmar que a vítima concorreu para o evento danoso se for reconhecido um dever ou uma outra situação jurídica passiva de agir para evitar o próprio dano, uma vez que a causalidade por omissão é essencialmente normativa. Acontece que a existência de um tal dever é tradicionalmente negada pela generalidade da doutrina brasileira. Essa problemática, no entanto, levou a que recentemente se vivenciasse no Brasil um fenômeno de suposta recepção do instituto do direito anglo-saxão chamado de *Duty to Mitigate the Loss*.

Diante do exposto, a partir de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, essa pesquisa buscou verificar a recepção e a aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil, sendo possível chegar a certas conclusões.

2. O SURGIMENTO DA DISCUSSÃO JURÍDICA BRASILEIRA DO DEVER DE MITIGAÇÃO DE DANOS

A atenção sobre a vítima e o objetivo de garantir, na maior medida, a reparação dos danos por ela sofridos levou à expansão dos danos indenizáveis, à consagração crescente de responsabilidade objetiva e, nos casos de responsabilidade subjetiva, à expansão dos limites de interpretação do elemento culpa. Em contrapartida, esse panorama já tem sido criticado como excessivamente reparador e irrazoavelmente oneroso ao inadimplente. Dessa maneira, a culpa da vítima é apontada como principal instrumento jurídico para contrabalancear os excessos, ajudar a equilibrar o sistema de responsabilidade civil e garantir uma distribuição adequada de danos.

Em 2004, com a publicação do artigo “Pode o credor ser instado a diminuir seu próprio prejuízo?”, a autora Vera Fradera propôs a recepção do instituto *Duty to Mitigate the Loss*. O instituto, importado do ordenamento jurídico anglo-saxão, como uma maneira de suprir uma suposta lacuna do direito brasileiro relativa à mitigação de danos, na sua tradução literal foi entendido, inicialmente, como um dever. No entanto, essa tradução distancia a realidade da aplicação da norma no *common law*, que funciona como uma balizadora da indenização que a vítima receberá em decorrência de um descumprimento contratual ou extracontratual (DIAS, Daniel Pires Novais. Mitigação de Danos na Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, 2020).

No ano de 2004, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 169 proposto pela autora foi aprovado com a seguinte redação: “art. 442: o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Com isso, iniciou-se a dúvida sobre a possibilidade de recepção do *Duty to Mitigate the Loss* pelo direito nacional, fundamentado pela boa-fé (art. 422, CC) fazendo com que o tema de mitigação de danos ganhasse espaço nas discussões doutrinárias e jurisprudências brasileiras.

3. A RECEPÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO NACIONAL

A recepção do instituto pelo direito brasileiro, como já apontado, busca sanar uma suposta lacuna do ordenamento, que teria como resultado, em termos práticos, indenizações irrazoáveis que abrangem, além dos danos decorrentes direta e imediatamente do inadimplemento, os danos que o inadimplido poderia ter evitado. No entanto, a tese sustentada na pesquisa

é que não há lacuna para essas situações e, ainda que houvesse, não há como importar o instituto anglo-saxão para preenchê-la, visto que, as particularidades do sistema jurídico brasileiro devem ser levadas em consideração.

Para fins de exemplificação, abordaremos dois casos brasileiros obtidos a partir de pesquisas na base de dados da Convenção de Viena, os quais foram solucionados com o instituto do *Duty to Mitigate the Loss*. No primeiro deles (TJRS, 5 Câmara Cível, AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, J. 20.05.2009, DJ 27.05.2009), uma empresa compra uma máquina e, após a compra, identifica defeitos, ajuizando uma ação contra a vendedora. No entanto, foram identificados prejuízos decorrentes da não adoção, por parte da empresa, de medidas que mitigassem as suas perdas (como, por exemplo, o aluguel de uma máquina para reduzir o período de inatividade da empresa), de modo que, esses danos foram considerados não indenizáveis.

O segundo caso (TJRS, 6 Câmara Cível, AC 700028036465, Rel. Desa. Liége Puricelli Pires, J. 09.04.2009, DJ 07.05.2009) consiste em uma situação na qual um indivíduo tem os seus documentos roubados, no entanto, não informa o ocorrido imediatamente às autoridades policiais. Essa demora possibilita que falsários utilizem os seus dados, realizando compras e contraindo dívidas. Como consequência, a vítima do roubo ajuizou uma ação contra a empresa de cobrança. Contudo, o tribunal entendeu que a vítima contribuiu para o agravamento dos prejuízos do ocorrido ao demorar para reportar o roubo, ocasionando uma redução na sua indenização.

Tendo ilustrado esses casos, partimos para a análise da adoção do *Duty to Mitigate the Loss* para justificar a impossibilidade de se indenizar o dano evitável, como proposto por Vera Fradera, no seu artigo sobre o tema e no Enunciado nº 169. A jurista se pauta no argumento de que não mitigar o dano violaria a boa-fé, amparada pelo art. 422, CC. Ou seja, havendo como evitar o agravamento do dano, o credor teria um dever de cooperação, decorrente da boa-fé contratual. Contudo, esse raciocínio encaminhariam a um paradoxo, pois, partindo da premissa de que o dano evitável não é indenizável, o credor teria o dever de cooperar com ele mesmo, já que, não mitigar o seu prejuízo traria consequências negativas somente a ele. Logo, resta evidente que o instituto da boa-fé se aplica entre partes, para o credor perante o devedor e vice-versa, não havendo como uma parte aplicar perante ela mesma, como propõe Vera Fradera.

Assim, entendemos que o Código Civil Brasileiro e institutos do direito civil pátrio tutelam os casos de inadimplemento nos quais a vítima possui artifícios que a capacitam de evitar o agravamento do seu prejuízo, porém opta por se manter inerte e isso tem como consequência o aumento da

indenização. A discussão se pauta em elementos da responsabilidade civil que delimitam, como indenizáveis, apenas os prejuízos decorrentes direta e imediatamente da conduta do inadimplente.

A pesquisa encaminhou à resposta de que o fundamento jurídico da impossibilidade de se indenizar o dano evitável está no artigo 403 do Código e a análise se pauta em uma norma de interrupção do nexos de imputação objetiva entre o causador do dano e o dano em si. Desse modo, para fins de cálculos de indenização, computam-se apenas os danos sobre os quais é possível inferir que há nexos de imputação entre o causador e o prejuízo. Ou seja, são indenizáveis apenas os danos causados direta e imediatamente por uma conduta do inadimplente, excluindo da indenização aqueles decorrentes da omissão da vítima. Com isso, faz-se desnecessária a importação do instituto *Duty to Mitigate the Loss* por não haver a lacuna apontada por Fradera.

4. AS CONTROVÉRSIAS SOBRE O TEMA

O estudo do tema da exigência de a vítima mitigar o próprio dano é pauta de inúmeras discussões doutrinárias que buscam delinear de qual instituto essa exigência decorre e quais os limites da sua aplicação, não havendo entendimento uníssono sobre o tema. Enquanto esses limites não são definidos, os tribunais, após o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, vêm aplicando de maneira, muitas vezes, atécnica, o *Duty to Mitigate the Loss* (Resp 758.518/PR Rel. Min. Vasco della Giustina [Desembargador convocado do TJ/RS], Terceira Turma, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2020, DJE 28/06/2010; REsp 12011672/MS, Rel. Min. Lázaro Guimarães [Desembargador convocado do TRF 5 região], Quarta Turma, julgado em 21/11/2017, DJE 27/11/2017; AgINT no AREsp 1154040/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 27/11/2018, DJE 04/12/2018). O referido instituto do *common law*, apesar de, após uma análise rasa, parecer solucionar os casos nos quais a vítima poderia reduzir seus prejuízos, na verdade, mostra-se incompatível com o sistema jurídico brasileiro, gerando consequências indesejadas.

Para elucidar a questão, devem ser abordadas três controvérsias que norteiam o estudo do dever de a vítima evitar o agravamento do seu dano. São elas: (I) a abrangência desse “dever”; (II) a natureza do instituto; (III) consequência jurídica do descumprimento.

4.1. A abrangência do dever da vítima de mitigar o seu dano

Em primeiro lugar, é necessário delimitar o âmbito de aplicação do instituto, o qual, apesar de ampliado para a responsabilidade civil aquiliana e para o direito processual por outros autores, foi projetado para casos de responsabilidade civil contratual. Pelo fato de o objetivo da pesquisa

consistir em analisar a recepção do instituto pelo direito brasileiro ou a identificação da sua existência no ordenamento jurídico pátrio, o enfoque foi o campo para o qual o *Duty to Mitigate the Loss* foi inicialmente projetado, qual seja, a responsabilidade civil contratual.

4.2. A natureza do instituto

Tanto em relação ao *Duty to Mitigate the Loss* quanto a qualquer instituto que supostamente supra a lacuna já mencionada, há controvérsias no que concerne ao fundamento jurídico a ser aplicado. Sendo assim, diferentes doutrinadores defendem três de fundamentos jurídicos: dever acessório, *venire contra factum proprium* ou incumbência de evitar o próprio dano.

4.2.1. Dever acessório

Prevalece, como defesa principal pela doutrina nacional, o entendimento do instituto como um dever acessório da vítima, que decorreria do dever de lealdade e de colaboração entre as partes, amparados pelo princípio da boa-fé presente no art. 422 do CC.

Entretanto, não há que se falar em “dever” de mitigar a própria perda devido ao que foi abordado no tópico anterior – a recepção do *Duty to Mitigate the Loss* no direito nacional. Como também, ao fato de dispositivos do Código Civil de 2002 – art. 385; art. 538; art. 1.275, II; art. 1.806 – permitirem a diminuição do patrimônio, resta claro o não caráter de dever da vítima mitigar seu dano para impedir a redução da indenização, visto que pode dispor do seu patrimônio.

4.2.2. Abuso de direito

Parte da doutrina reconhece o abuso de direito como fundamento da recepção do instituto, de modo que a violação do **dever** do credor de mitigar os danos constituiria abuso do direito de crédito. Nesse caso, a incongruência é clara, visto que o abuso de direito se dá quando há uma situação jurídica ativa, ou seja, um direito – por exemplo, o direito de ser indenizado, que pode ser exercido abusivamente. No entanto, caso a vítima tenha o dever de evitar o agravamento do dano, ela é titular de uma obrigação, não havendo facultatividade em exercê-la ou não (ela deve exercê-la). Portanto, é incompatível o fundamento de abuso de direito para se conceber o *Duty to Mitigate the Loss* como um dever.

4.2.3. *Venire contra factum proprium*

Uma terceira vertente entende que o fundamento jurídico do instituto se encontra no *venire contra factum proprium*, uma ramificação do abuso de

direito. Nesse caso, o *factum proprium* seria o agravamento do dano pela vítima e a conduta contraditória seria exigir que o causador do dano indenizasse integralmente o dano agravado. Há de se lembrar, no entanto, que o *venire contra factum proprium*, conforme entendimento doutrinário, decorre da tutela da confiança. Por essa razão, é incoerente afirmar que uma omissão do credor consistiria em uma violação da confiança do devedor. Ou seja, não há como afirmar que o devedor esperava que o credor agisse de modo a mitigar os danos causados para que não houvesse um aumento na sua indenização, não havendo tutela da confiança.

4.2.4. A incumbência da vítima de evitar o próprio dano

A figura da incumbência se conforma, também, como um dever, no entanto, possui especificidades que se adaptam, com precisão, à situação da redução da indenização do inadimplido que não adota medidas para impedir que o seu dano se agrave. Isso porque, a incumbência, como apontado pelo doutrinador português Antônio Menezes de Cordeiro, consiste na necessidade da adoção de uma conduta pelo titular que, caso não adotada, terá como resultado consequências negativas, tanto para o titular, quanto para terceiros (CORDEIRO, Tratado de direito civil português, v. I, t. I, p.359). Esses terceiros, no entanto, não poderão exigir o cumprimento da incumbência pelo titular, assim como o inadimplente não pode exigir que o inadimplido atue de modo a reduzir o dano indenizável.

Desse modo, a incumbência da vítima de evitar o agravamento do próprio dano é a classificação mais precisa para o que se busca prescrever. A vítima não é obrigada a agir para mitigar o dano, assim como o causador do dano não possui o direito de cobrar que ela mitigue. Mas, caso ela opte por se manter inerte quando podia fazer algo e, da sua inércia, o resultado seja o aumento do prejuízo, esse aumento não será concedido em termos de indenização. Logo, em conformidade com o artigo 403 do Código Civil Brasileiro, o aferimento dos prejuízos e dos lucros cessantes se dará com base nos efeitos diretos e imediatos que a inexecução do devedor causou. Excluindo, portanto, os efeitos indiretos e mediatos, dentre os quais se incluem aqueles decorrentes da inatividade da vítima frente a situações que agravam os prejuízos do inadimplemento.

4.3. Consequência jurídica do descumprimento

Caso a incumbência seja cumprida pela parte, ela tem o direito de receber o reembolso por todos os gastos razoáveis que teve devido ao descumprimento contratual. Em situação contrária, ou seja, caso a vítima pudesse ter evitado ou ao menos minimizado seus danos, mas não o fez, há uma discussão sobre qual seria a consequência jurídica do descumprimento.

Especificamente, há uma vertente que afirma que a vítima passa a incorrer em perdas e danos, e outra que defende meramente a redução da indenização. A última nos pareceu a mais correta, por não fazer sentido exigir da vítima pagar por algo que deixou de fazer, mas sim deixar de receber. Com isso, a vítima pode sofrer a perda total ou parcial de seu direito de indenização. Nesse sentido, a aplicação da perda integral ocorrerá em função da aplicação do art. 402 e 403 do CC, já a perda parcial ocorrerá quando se tratar de caso de dano extracontratual e de culpa concorrente da vítima. Dito isso, é importante esclarecer que, sob a luz do art. 945/CC, a perda será parcial por, em casos de culpa concorrente, a indenização ser fixada com base na contraposição da culpa da vítima com a culpa do autor do dano.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. **RDC** 82/61. Disponível em <https://actbr.org.br/uploads/arquivo/718_Artigo_RDC.pdf> Acesso em: 11 jul 2020.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. [1984 ou 1985] 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **RDPriv**. São Paulo: RT, n. 45, a. 12, p. 89-145, jan.-mar. 2011.

DIAS, Daniel Pires Novais. Mitigação de danos na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** [3. ed., 1954]. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 171, p. 35-48, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências creditícias e privilégios creditórios**. [2004] 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 13. p. 601.

FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, p. 109-119.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Duty to mitigate the loss**. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. [1968], 2ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 1995.

LEITE, Gisele. **Roteiro sobre o princípio da boa-fé objetiva**. Jus Vigilantibus, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Acesso em: 11 out. 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. Responsabilidade extracontratual - algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *In: Revista EMERJ*. v. 11, n. 44 - Rio de Janeiro: EMERJ, 2008, p. 135-139.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil** [1989]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Problemas na importação de conceitos jurídicos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais>>. Acesso em: 14 out. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

SANTOS JÚNIOR, E. "Mitigation of damages", redução de danos pela parte lesada e "culpa do lesado". *In: Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem**. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 11 jul 2020.

ARTIGO 22 DA LINDB: CONSTITUCIONALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Aluno: Egmon Henrique de Oliveira Costa¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da Regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. Identificação das possíveis inconstitucionalidades do art. 22; 3. Um dever de futurologia ou de retrospecção?; 4. Futurologia e retrospecção na atividade jurisdicional; 4.1 Separação de poderes e independência do Judiciário; 4.2 Inércia da jurisdição, contraditório e devido processo legal; 5. O art. 22 promove segurança jurídica?; 6. Parâmetros para a definição dos “obstáculos e dificuldades”; 7. Conclusão; 8. Referências

Resumo

Este artigo tem o objetivo de interpretar o caput do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O dispositivo permite que julgadores realizem juízos de equidade, no intuito de dar uma solução satisfatória para casos em que, dificilmente, uma interpretação literal da legislação forneceria. Seu objetivo principal é aumentar a qualidade das decisões de juízes e controladores e contextualizá-las na realidade do gestor público, assim como promover segurança jurídica aos administradores e eficiência na Administração Pública. Contudo, a literatura aponta para problemas relacionados a dois pontos: constitucionalidade e eficácia. Quanto ao primeiro, este artigo analisou a argumentação da Anamatra, na ADI 6.146, e concluiu que existem equívocos em sua interpretação, de maneira que os problemas constitucionais são apenas aparentes. Já o segundo ponto se deve à falta de clareza da redação do dispositivo, mas é provável que ela seja resolvida pelas vias interpretativas. Ao fim, o artigo aborda a inclusão de certos parâmetros na dogmática do art. 22. Espera-se que este artigo contribua para o desenvolvimento das discussões sobre as mudanças na LINDB.

Palavras-chave

Art. 22; LINDB; consequencialismo; teoria da decisão; segurança jurídica; indeterminações.

1 Graduando do 8º período da FGV – Direito Rio.

2 Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu e membro do corpo docente permanente do PPGD da FGV Direito Rio. Professor da Graduação da FGV Direito Rio.

Abstract

This article aims to interpret the heading of article 22 of the Introduction Act to Brazilian Law Rules (LINDB). The provision allows judges to make equitable judgments in order to provide a satisfactory solution for cases where a literal interpretation of the law would be difficult to apply. Its main objective is to increase the quality of judges' decisions and contextualize them in the reality of public managers, as well as to promote legal certainty for administrators and efficiency in Public Administration. However, the literature points to problems related to two points: constitutionality and effectiveness. Regarding the first, this article analyzed the argumentation of Anamatra, in ADI 6.146, and concluded that there are mistakes in its interpretation, so that the constitutional problems are only apparent. The second point is due to the lack of clarity in the wording of the provision, but it is likely that it will be resolved through interpretive means. Finally, the article addresses the inclusion of certain parameters in the dogma of Article 22. It is expected that this article will contribute to the development of discussions on changes in LINDB.

Keywords

Art. 22; LINDB; consequentialism; decision theory; legal certainty; indeterminacies.

1. INTRODUÇÃO

Em 2018, o PL 7.448/2017 foi aprovado e trouxe diversas mudanças à LINDB para combater o excesso de controle público sobre as decisões dos gestores.³ Seu intuito é aumentar a qualidade decisória dos Poderes e dos controladores,⁴ e também promover segurança jurídica e eficiência no Direito Público de uma maneira geral.⁵ O projeto de lei é bastante inovador na medida em que, em determinadas hipóteses⁶, obriga julgadores das esferas controladora, judicial e administrativa a considerarem as consequências de suas decisões e condições sob as quais gestores públicos executam suas atividades. Entretanto, justamente por se tratar de inovações na ordem jurídica, muitos dos elementos introduzidos carecem de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial para a construção de seus

3 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 45, nov. 2018. ISSN 2238-5177.

4 Parecer do Senado Federal nº 22 de 2017, p. 2

5 SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias*. FGV Direito Rio, p. 22.

6 Um exemplo de hipótese é no caso da decisão ser fundamentada com base em valores abstratos (art. 20 da LINDB).

sentidos. Isso acarreta diversas dúvidas sobre a interpretação e aplicação dos novos dispositivos, e até mesmo sobre sua constitucionalidade.

Em 2019, o Decreto 9.830/2019 foi criado no intuito de regulamentar as mudanças. Por um lado, ele apenas repete parte da redação das alterações; por outro, ele diverge da LINDB em alguns aspectos. Assim, o decreto não só manteve as indeterminações da lei, como também gerou novas incertezas sobre a sua aplicação.⁷ Além disso, em maio de 2019, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou a ADI 6.146, alegando que os arts. 20, 21, 22 e 23 violam diversos princípios constitucionais, como a separação de Poderes e a independência do Judiciário.⁸ Atualmente, o processo está concluso ao ministro-relator Celso de Mello e ainda não há previsão para seu julgamento, aumentando a incerteza sobre os dispositivos – dessa vez, não sobre a sua aplicação, mas em relação à sua permanência no ordenamento jurídico.

O presente trabalho teve o objetivo de estudar o art. 22, que está intimamente relacionado com as inovações pretendidas (e as indeterminações). A sua redação consiste em um comando geral para juízes e controladores considerarem, em suas decisões, obstáculos enfrentados pelos gestores e pelas políticas públicas que eles devem cumprir:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Seu objetivo é possibilitar que as normas de gestão pública permitam a aplicação do conceito de equidade:⁹ o julgador deve considerar uma variedade de fatores do caso para tomar uma decisão satisfatória. Essa alteração demonstra um esforço de contextualização das decisões de magistrados e órgãos de controle no cenário da Administração Pública brasileira.¹⁰ Nas palavras de Juliana Bonacorsi, o art. 22 emite um “comando de sensibilização do controlador à realidade da burocracia

7 KANAYAMA, Ricardo Alberto; TRISTÃO, Conrado. LINDB e sua regulamentação pelo decreto 9.830/19. JOTA. Publicado em: 20 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-e-sua-regulamentacao-pelo-decreto-9-830-19-20072019>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

8 Juizes do Trabalho questionam novas regras inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Notícias STF. Publicado em: 18 de junho de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414378>>. Acesso em: 03 de set 2019.

9 ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática, p. 20. Brasília, Senado Federal, 2015.

10 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p.76, nov. 2018. ISSN 2238-5177.

pública brasileira”¹¹. Para Aragão, ele permite uma aplicação mais “justa”¹² e inteligente do Direito, que considera os fins sociais de normas jurídicas.

Exemplificando: se o gestor descumpriu uma regra por conta de dificuldades, mas atendeu aos seus objetivos sociais, ele não deveria ser sancionado – e o art. 22 traz essa possibilidade. Neste caso, para Aragão:

Sua grande falta [a do gestor] teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.¹³

Em outras palavras, a tarefa do art. 22 é enfrentar casos em que a lei se aplica a uma situação concreta, mas a consequência jurídica, que se extrai dela, não é satisfatória devido a certas peculiaridades do caso. O que o art. 22 faz é qualificar essas peculiaridades como fatores juridicamente relevantes, sendo necessário que o juiz ou o controlador as considere em seus julgamentos, a fim de alcançar uma solução satisfatória. É isso o que se pode entender como a solução “justa” ou como “comando de sensibilização”.

Entretanto, para cumprir seu objetivo, o art. 22 deverá enfrentar duas críticas. A primeira está na ADI 6.146, em que a principal alegação da Anamatra é a de que o dispositivo obriga o juiz a agir apenas como consultor das partes, obrigando-o, ainda, a fazer isso sem previamente provocado para tanto. Ao ter que identificar os obstáculos e dificuldades do gestor, o Judiciário estaria realizando um exame de futurologia, o que foge do escopo da atividade jurisdicional.

A segunda crítica, mais presente na literatura, refere-se à eficácia do art. 22. Sabe-se que seus objetivos são trazer eficiência, segurança jurídica e aumentar a qualidade das decisões, mas o artigo seria capaz de alcançá-los? O uso do conceito indeterminado “obstáculos e dificuldades” não seria um fator prejudicial para a eficácia da norma?¹⁴ O questionamento se foca no aspecto da segurança jurídica e estabilidade decisória.

O último ponto que este trabalho abordará é a definição de parâmetros para se identificar como os “obstáculos e dificuldades” podem

11 PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. SBDP, p. 9. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

12 ARAGÃO, Alexandre Santos, op. cit., p. 20.

13 Idem.

14 DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. Revista Argumentum. v. 19, n. 2, 2018, p. 309-310. ISSN eletrônico: 2359-6880. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

impactar na atividade do gestor. Isso pode contribuir para racionalizar a argumentação e a atividade judicial ou controladora. Ao conhecer os efeitos das dificuldades sobre as atividades do gestor, é possível argumentar se um determinado fator gera esses efeitos e, portanto, deve ser enquadrado como uma dificuldade.

Ressalta-se que as contribuições a serem feitas neste trabalho não têm o objetivo de responder a todas as questões sobre o art. 22. Existem outras críticas e outros problemas que não serão abordados, como as dificuldades de interpretar quais consequências jurídicas decorrem após a identificação dos “obstáculos e dificuldades”.¹⁵ Além disso, este trabalho também não tem o intuito de fornecer uma solução definitiva aos problemas identificados. As discussões sobre as mudanças da LINDB ainda estão em um estágio inicial e é necessário aguardar a decisão do STF sobre o tema. Apesar disso, o art. 22 tem objetivos importantes e pode causar efeitos positivos na interpretação do Direito Público.

2. IDENTIFICAÇÃO DAS POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES DO ART. 22

O argumento principal da Anamatra pode ser sintetizado da seguinte maneira: os arts. 20, 21, 22 e 23 da LINDB obrigam o Judiciário a realizar um exame de futurologia sem a provocação das partes. Consequentemente, os dispositivos violam os princípios constitucionais do contraditório do devido processo legal, da inércia da jurisdição, da independência do Judiciário e da separação de poderes.

Especificamente quanto ao art. 22, a Anamatra afirma que o exercício de futurologia leva à prestação de consultoria para as partes, o que consiste na invasão de competência do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. O exame de futurologia do art. 22 pode ser encontrado no trecho em negrito do seu caput:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Nas palavras da Anamatra, o comando marcado anteriormente “viola o princípio da separação de poderes, porque [...] transforma o julgador de uma lide em um consultor destinado a tratar de hipóteses e questões que apenas decorrem da decisão”.¹⁶ A autora da ADI ainda afirma que a futurologia será “casuística” – dependendo do gestor do caso concreto – e

15 JORDÃO, Eduardo, op. cit., p. 79-80.

16 ADI 6.146, p. 17

desproporcional ao juiz, pois ela envolverá fatos que o magistrado não tem o dever de conhecer.

No fim da ADI, a Anamatra pede a declaração de nulidade do art. 20 ao art. 23 ou, se possível, a interpretação dos dispositivos conforme os princípios constitucionais elencados. No caso da segunda alternativa, ela enfatiza a necessidade de compatibilizar uma interpretação dos artigos com o respeito ao contraditório e à inércia da jurisdição, de maneira que as partes tenham o ônus de identificar as possíveis consequências a serem analisadas pelo juiz.

Percebe-se que a Anamatra alega que o art. 22 implica ensejar as mesmas violações dos outros artigos e sob a mesma justificativa: imposição do exame de futurologia, ou seja, o de prever possíveis consequências futuras. Para avaliar se esse argumento está bem fundamentado, duas questões devem ser feitas: (a) o art. 22 realmente impõe um dever de futurologia?; e (b) a futurologia foge do escopo da atividade jurisdicional?

3. UM DEVER DE FUTUROLOGIA OU DE RETROSPECÇÃO?

Regras jurídicas podem ser classificadas de acordo com o tempo dos fatos que o juiz deve considerar no julgamento de um caso. Algumas regras obrigam o juiz a analisar fatos passados, como a ocorrência de um crime ou uma infração administrativa, enquanto outras condicionam o julgamento à análise de fatos que podem ocorrer. No segundo caso, é necessário realizar um exame de futurologia; no primeiro caso, o exame é de retrospecção.

O problema do argumento desenvolvido na ADI é enquadrar o artigo 22 na segunda categoria. O art. 20 exige uma análise das “consequências práticas da decisão”; o art. 21 requer a indicação das “consequências jurídicas e administrativas” da decisão judicial; e a previsão de regime de transição do art. 23 não pode gerar efeitos que prejudiquem interesses gerais. Esses três dispositivos requerem, em alguma medida, o sopesamento de consequências futuras na decisão, mas esse não é o caso do art. 22.

Os “obstáculos e dificuldades reais do gestor” e as “exigências de políticas públicas” se referem a fatos existentes durante um processo de tomada de decisão do gestor público. No momento da análise judicial, essa decisão já foi tomada. Há três razões para se pensar dessa maneira. A primeira deve partir da leitura dos parágrafos do dispositivo:

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Os trechos em negrito mostram para quais decisões judiciais o art. 22 será aplicado: decisões sobre regularidade, validade e aplicação de sanção. Seja qual for o objeto da decisão, trata-se de um ato já praticado pelo gestor. Um outro fator que indica isso é o tempo verbal nos trechos “houverem imposto, limitado ou condicionado” e “infração cometida”. Portanto, a linguagem utilizada pelo dispositivo remete a um dever de retrospecção, e não a uma análise de consequências futuras.

A segunda razão se relaciona com os objetivos para os quais o art. 22 foi criado. Para isso, é possível identificá-los em uma publicação do Senado Federal que apresenta estudos sobre o PL que originou os novos dispositivos da LINDB. Na publicação, o professor Alexandre Santos de Aragão fez uma breve interpretação sobre o art. 22 e o seu §1º (eles correspondiam ao art. 21 e parágrafo único no PL 349/2015, mas a redação não sofreu alterações no conteúdo).

Segundo o professor, o art. 22 tem o objetivo de adequar a aplicação de normas conforme as peculiaridades do caso concreto.¹⁷ O exemplo¹⁸ fornecido no texto é um caso hipotético em que, após a construção de uma ponte por uma empresa que já rescindiu o contrato, percebe-se que a obra apresenta problemas. Diante disso, o gestor contrata uma empresa para reparar a ponte e, em troca, faz uma cessão a ela dos direitos de ressarcimento que a Administração Pública tem contra a empresa que rescindiu. No entanto, isso é feito sem seguir os procedimentos da Lei de Licitações, pois haveria um gasto excessivo de tempo e recursos públicos na operação e violaria os princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

A questão que se coloca ao juiz é: o gestor deve sofrer alguma sanção? Numa interpretação literal da Lei de Licitações, a resposta seria sim, mas o art. 22 impõe ao magistrado a consideração de outros fatores para a sua decisão (os obstáculos, as dificuldades e as exigências de políticas públicas). A nova variedade de fatos juridicamente relevantes é relativa a um momento anterior à análise judicial do caso. Logo, o entendimento e o exemplo de Aragão sobre o art. 22 não indicam que o seu objetivo é impor a realização de uma futurologia, mas o de ampliar o escopo de fatores a serem considerados pelo juiz na retrospecção.

17 ARAGÃO, Alexandre Santos, op. cit., p. 20-21.

18 Idem.

A terceira razão é o entendimento de outros autores, que confirma os objetivos do art. 22. Para Flávio Jardim, o juiz deve compreender as “dificuldades encontradas pelo gestor no momento em que ele tomou a decisão administrativa”,¹⁹ ou seja, de fatos passados. Nas palavras de Fernando Scaff:²⁰

A despeito de se identificar o mesmo perfil consequencialista criticado na análise do artigo anterior, não há nada que obrigue o gestor a perseguir os resultados acima do Direito — o que caracteriza a análise consequencialista. O que se lê no texto é a busca da impregnação do ato administrativo por dados fáticos, que devem ser expostos na motivação, a qual deve ser clara e pública, não sendo suficiente declarar que se decide com base no “interesse público” — é necessário motivar, à luz dos fatos evidenciados.

Percebe-se então que, pelas três razões explicadas, as violações alegadas pela Anamatra não podem ser extraídas do art 22. Os arts. 20, 21 e 23 obrigam que o juiz olhe para consequências futuras, mas o 22 impõe a ele o dever de olhar para o passado. Contudo, isso não significa dizer que inexistem elementos de teoria da decisão no art. 22. Pelo contrário, para compreender quais são as dificuldades e os obstáculos do gestor no caso concreto, é necessário refazer, em alguma medida, o raciocínio de tomada de decisão. É necessário que o juiz se coloque na posição do administrador.²¹ Isso implica que o magistrado deve conhecer as limitações fáticas e jurídicas, o grau de incerteza na tomada de decisão, as alternativas de decisão do gestor e as suas respectivas consequências. Logo, o art 22 não emite um comando de futurologia, mas o de retrospecção da futurologia de um gestor.

4. FUTUROLOGIA E RETROSPEÇÃO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Embora se conclua que o art. 22 não impõe um dever de previsão de consequências futuras, dificilmente o uso de futurologia pelo Judiciário pode ser equiparado a uma consultoria para as partes. Isso também pode ser

19 JARDIM, Flávio. Teoria Interacionista do Direito: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA. Publicado em: 23 de abr 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 03 de set 2019.

20 SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre alterações na Lindb. CONJUR. Publicado em: 17 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 03 de set 2019.

21 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 14, n. 2, 2018, p. 129. ISSN: 2316-6959. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366/340340384>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

afirmado em relação à retrospecção do dispositivo: ela não foge do escopo da atividade jurisdicional. Para sustentar esses dois pontos, serão analisadas as violações alegadas pela Anamatra.

4.1. Separação de poderes e independência do Judiciário

Segundo a Anamatra, o exame de futurologia supostamente exigido pelo art. 22 invade as competências do Poder Executivo. Mais especificamente, “a norma transforma o juiz em um consultor ou parecerista, deixando de lado sua função única de julgador”.²² Além disso, como é dito brevemente no início da ADI,²³ a independência do Poder Judiciário também estaria sendo violada, pois o Legislativo está impondo aos juízes a indicação de dificuldades e obstáculos do gestor como condição de validade para as decisões judiciais.

Apesar desses argumentos levantarem pontos potencialmente problemáticos do art. 22, eles não foram adequadamente explorados na ADI. Por exemplo, é difícil de compreender como o Judiciário está substituindo o Poder Executivo. Afinal, qual seria, exatamente, a função consultiva da Administração Pública que estaria sendo substituída? Independentemente de ser uma retrospecção ou, como diz a Anamatra, uma futurologia, a Anamatra não especificou qual função seria essa, sendo difícil de identificá-la, e, portanto, de avaliar o argumento sobre violação à separação de poderes.

Mas, independentemente dessa função do Poder Executivo ser identificável, também não é possível afirmar que o Judiciário está ultrapassando os limites ou, até mesmo, abandonando a atividade jurisdicional. As mudanças da LINDB têm como um dos objetivos levar o juiz a considerar mais fatores para o julgamento de lides. Elas não abrem margem para prestar consultoria às partes. O art. 22 não impõe ao juiz o dever de considerar obstáculos e dificuldades para apenas informar as partes sobre algum fato, mas para resolver questões relativas a um litígio – e o juiz deverá considerar somente os obstáculos e as dificuldades necessários para exercer tal função.

Considerando que o art. 22 somente amplia o escopo da retrospecção do juiz, ele não está exorbitando a sua função jurisdicional. Afinal, reconstruir fatos juridicamente relevantes é uma atividade que o Judiciário executa rotineiramente para resolver grande parte dos casos. Mesmo seguindo a linha da Anamatra sobre a futurologia do art. 22, não se pode negar que a previsão de consequências é também uma atividade comum para o julgamento de lides. Alguns exemplos são as decisões que buscam promover princípios e análise do pedido de tutela provisória de urgência. No primeiro caso, a realização de qualquer princípio depende dos efeitos

22 ADI. 6.146, p. 16

23 ADI 6.146, p. 2

da decisão no mundo.²⁴ No segundo, a análise deve considerar as possíveis consequências que o indeferimento do pedido pode gerar sobre um direito material ou resultado útil do processo.

A questão que resta envolve uma possível violação à independência do Judiciário (o que também está dentro do escopo de separação de poderes). Evidentemente, o Legislativo não tem competência para fazer ingerências na atividade jurisdicional. Entretanto, o Congresso Nacional pode definir e aperfeiçoar regras processuais, inclusive estabelecer os fatores que o juiz deve considerar em um julgamento. Segundo José Afonso da Silva, uma análise detalhada do princípio da separação de poderes indica que a dimensão da “independência” consiste em três aspectos:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].²⁵

O art. 22 não se enquadra em nenhum desses três aspectos. O exercício das funções jurisdicionais não ficou dependente da autorização de determinado órgão, tampouco é uma violação à organização dos serviços do Judiciário. Na verdade, como afirma José Afonso no trecho anterior, essa organização deve respeitar “as disposições constitucionais e legais” – e as mudanças da LINBD passaram a compor tais disposições. Portanto, existe um espaço para a atuação do Legislativo.

Além disso, caso se negue que o Legislativo tenha esse escopo para atuação, certos dispositivos que amplamente são considerados constitucionais deverão enfrentar a tese de que são inconstitucionais. Um exemplo deles é o art. 489, §1º do CPC, que estabelece certas condições para a validade de decisões judiciais.

Por fim, considerando que as mudanças da LINDB têm o objetivo de melhorar a qualidade das decisões judiciais, alterações nesse sentido não são apenas permitidas, mas desejáveis. É claro que saber se elas

24 LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias, p. 27-28 FGV Direito Rio, p. 25-30. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%20a7%20e3%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

25 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Edição 34ª, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 de dezembro de 2010. Ed. Malheiros Editores, p. 110.

alcançaram o seu objetivo depende de um estudo empírico – talvez o comando do art. 22 tenha piorado a qualidade das decisões. No entanto, o comando não foge da competência do Congresso, o que significa que não existe um enfraquecimento da independência do Judiciário.

4.2 Inércia da jurisdição, contraditório e devido processo legal

A Anamatra diz que o art. 22 obriga o juiz a considerar obstáculos e dificuldades sem a provocação das partes, uma vez que isso é condição de validade da decisão judicial. Dessa maneira, é possível que o juiz adentre em matéria que não é necessária para o julgamento da lide. Para que isso seja evitado e as partes tenham a oportunidade de se manifestar, a Anamatra afirma que é necessário interpretar o artigo conforme os princípios constitucionais da inércia da jurisdição, do contraditório e do devido processo legal. Apesar de ela não explicitar como essa interpretação se operacionalizaria, é possível entender que a Anamatra sugere que o escopo de fatores que podem ser considerados pelo juiz seja delimitado pela indicação pelas partes. Logo, o ônus de indicar os obstáculos e dificuldades do gestor caberia ao autor e ao réu e deveria ser submetido ao contraditório.

Embora seja uma interpretação que atenda aos princípios constitucionais, é questionável a afirmação de que o art. 22 obrigue os juízes a ignorarem o contraditório e a provocação das partes. O dispositivo apenas impõe o dever de consideração de certos fatores no julgamento de lides, mas não diz nada sobre a sua operacionalização. Nesse caso, o caminho compatível com a legislação é recorrer às regras processuais existentes: o juiz deverá considerar somente os obstáculos e dificuldades do gestor que passarem pelo contraditório e forem comprovados.

Fredie Didier e Rafael Alexandria sugeriram esse caminho em relação ao dever de considerar as consequências práticas da decisão ao art. 20 da LINDB²⁶. Uma das razões para isso é o risco de que “as consequências consideradas pelo julgador não guardem relação com o caso concreto, ou guardem relação muito tênue e indireta”²⁷. O mesmo risco está presente no art. 22, mas em relação a um aumento indiscriminado do escopo de obstáculos e dificuldades que o juiz pode considerar. Submeter esses fatos ao contraditório e à sua comprovação possibilita que esse risco seja amenizado. Portanto, essa maneira de interpretar o art. 22 não é só compatível

26 DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 75, ano 19, 2019, p. 154. ISSN 1516-3110. Disponível em: <https://www.academia.edu/39537199/Dever_judicial_de_considerar_as_consequências_práticas_da_decisão_interpretando_o_art._20_da_Lei_de_Introdução_às_Normas_do_Direito_Brasileiro>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

27 Idem.

com a legislação atual, como é viável para exercer o controle da atividade jurisdicional.

Percebe-se que não há muita diferença entre essa interpretação e a sugerida pela Anamatra. A distinção está no fato de que a Anamatra entende que o art. 22 tem uma interpretação inconstitucional e outra constitucional, enquanto argumento apresentado neste trabalho é que não há interpretação inconstitucional, pois o art. 22 não fala sobre o procedimento para que o juiz considere os obstáculos e as dificuldades. Assim, havendo apenas um sentido vinculado ao texto compatível com a Constituição, não há razão para se fazer uma interpretação conforme no caso.

5. O ART. 22 PROMOVE SEGURANÇA JURÍDICA?

Aparentemente, grande parte da literatura não compartilha com a Anamatra as críticas em relação à constitucionalidade do art 22 nem das outras mudanças da LINDB. Muitos autores entendem que ele pode cumprir com seus objetivos. Contudo, isso não exime o art. 22 de críticas. Um questionamento é sobre se o dispositivo seria capaz de atender ao seu objetivo de promover segurança jurídica. O principal ponto do artigo que poderia instaurar insegurança é o conceito indeterminado “obstáculos e dificuldades reais do gestor”.

Segundo Maria Helena Diniz, ao ser obrigado a considerar as dificuldades, o magistrado deverá realizar um juízo valorativo sobre “as particularidades concretas do caso”, impossibilitando que haja estabilidade.²⁸ Ela questiona como o magistrado seria capaz de identificar obstáculos e dificuldades do gestor com as informações dispostas em um processo, sem que haja um alto grau de subjetivismo e casuismo na interpretação. Nesse sentido, o esforço do dispositivo “cai por terra por dar margem a uma interpretação casuística, marcada pelo subjetivismo”.²⁹

Essa crítica encara um sério problema da legislação sobre as mudanças da LINDB: não há parâmetros legais adequados para nortear a interpretação sobre o sentido do conceito. No próprio art. 22, a única especificação sobre quais são os obstáculos e as dificuldades é o adjetivo “reais”³⁰ – o qual contribui pouco para um aumento na clareza da norma. Por sua vez, o Decreto 9.830/2019 mantém as dúvidas sobre a expressão ao repetir a redação do art. 22:

28 DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum*, V. 19, n. 2, 2018, p. 11. ISSN eletrônico: 2359-6880. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

29 Idem.

30 JORDÃO, Eduardo, op. cit., p. 76.

Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Dado esse cenário, a doutrina assumiu o protagonismo para definir o sentido do conceito. Até então, “obstáculos e dificuldades” normalmente são relacionados a aspectos “materiais, temporais, orçamentários e de pessoal”.³¹ Algumas outras definições são mais abrangentes. Eduardo Jordão considera que as dificuldades de interpretação do direito também são relevantes.³² Por sua vez, considerando o exemplo de Aragão, pode-se deduzir que este autor entende que a exigência legal de procedimentos excessivamente morosos pode ser um obstáculo ao gestor em certas ocasiões, como em situações de urgência. Outros fatores que podem se enquadrar em “obstáculos e dificuldades” são:

[...] a ausência de orientação interpretativa ou a divergência jurisprudencial sobre o assunto em questão, o excesso de demanda e a inviabilidade de atendimento geral, a ausência de autorização necessária de outra repartição pública, o desfalque de servidores públicos por adesão a plano de demissão voluntária etc.³³

Em 2019, o IBDA aprovou alguns enunciados para auxiliar na interpretação dos novos artigos da LINDB, e dois deles estão relacionados ao art. 22. Embora não sejam vinculantes, a contribuição deles é importante para operacionalizar o dispositivo. O Enunciado 11 tentou consolidar um núcleo para o conceito “obstáculos e dificuldades”:

Enunciado 11. Na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor.

Percebe-se que a definição não destoa das interpretações realizadas, mas tenta abranger as contribuições de diversos autores. Além disso, ao falar “estão compreendidas”, o enunciado não limita o sentido do conceito para apenas as dificuldades listadas. O Enunciado 12 reforça que a consideração de outras dificuldades deve ter um amparo na argumentação:

31 Idem.

32 JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público. *Direito do Estado*. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

33 PALMA, Juliana Bonacorsi, op. cit., p. 11.

Enunciado 12. No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art. 22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade

Logo, as interpretações tendem a convergir a um mesmo sentido para “obstáculos e dificuldades”, de maneira a impedir que esse conceito seja utilizado apenas retoricamente.³⁴ No entanto, ainda existe algum grau de vagueza nas definições. Mesmo que o sentido do conceito seja consolidado, ele não deixará de ser aberto em alguma medida. Assim, pode-se formular uma pergunta: essa margem de indeterminação é incompatível com a segurança jurídica? Entendo que não.

Para isso, é necessário analisar dois pontos relevantes abordados em uma obra de Humberto Ávila sobre segurança jurídica. Em primeiro lugar, a linguagem naturalmente contém algum grau de indeterminação.³⁵ Isso impossibilita que o sentido de conceitos jurídicos seja totalmente determinado, mas não impede que exista um “núcleo de significação” que conviva com “margens de indeterminação”. Assim, apesar de ser possível apenas enxergar um esboço do núcleo de “obstáculos e dificuldades”, não se pode esperar que todo o grau de indeterminação seja eliminado.³⁶ Além disso, a construção desse sentido parece receber a atenção de muitos autores, o que indica que não é necessário levantar tantas preocupações com a solução de riscos à segurança jurídica nesse aspecto.

Em segundo lugar, segurança jurídica não significa apenas a “segurança do resultado” após a aplicação da norma, mas também compreende o caráter racional e argumentativo do Direito.³⁷ O sentido de um conceito não é previamente determinado em relação à atividade interpretativa; a interpretação tem um papel fundamental para o desenvolvimento dele. Isso significa que qualquer interpretação é válida? Não. A argumentação deve ser orientada mediante certos critérios ou parâmetros, que irão orientá-la de maneira racional.³⁸ Desse modo, é possível conhecer o caminho argumentativo que pode levar a um determinado resultado.

Considerando que o conceito “obstáculos e dificuldades” abre margem para que novos elementos sejam incorporados ao seu sentido, parece necessário o desenvolvimento de alguns parâmetros para controlar essa

34 LECHUGA, Matheus Rangel. O controle judicial das agências reguladoras e o consequencialismo implantado pela Lei Nº 13.655/2018: é possível a compatibilização com a teoria crítica hermenêutica do Direito?, p. 11-12. Monografia. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5836/1/MRLuchaga.pdf>>. Acesso em 03 de setembro de 2019.

35 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. São Paulo: Malheiros. 2012, pp. 250-251.

36 Idem.

37 Ibidem, p. 255.

38 Idem.

incorporação. Como é um conceito um conceito recente na ordem jurídica, será demandado algum tempo para que esses parâmetros sejam construídos pela doutrina e jurisprudência. Embora a ausência desses critérios seja um risco para a segurança jurídica, ela não é irremediável e tem caráter eventual.

Portanto, a conclusão que se pode extrair sobre o art. 22 é: seu sentido está em um desenvolvimento inicial e pode apresentar riscos à segurança jurídica. Isso não significa que o dispositivo tem uma má redação ou que deva ser retirado do ordenamento jurídico. Esses riscos parecem que serão sanados com o tempo e a evolução da dogmática sobre o tema. No próximo tópico, há uma contribuição para esse desenvolvimento. Abordaremos alguns parâmetros que podem ser utilizados para racionalizar a argumentação, já que esse parece ser um ponto que tem recebido pouca atenção dos autores.

6. PARÂMETROS PARA A DEFINIÇÃO DOS “OBSTÁCULOS E DIFICULDADES”

A construção de parâmetros pode ser bastante útil para conciliar o conceito “obstáculos e dificuldades” com a segurança jurídica. Esses parâmetros não definirão o núcleo de significação do conceito, mas serão capazes de racionalizar a atividade judicial ou controladora. Como o art. 22 impõe um dever de retrospectiva da futurologia do gestor, esses parâmetros devem ser pensados a partir das etapas da tomada de decisão. É necessário que o juiz ou o controlador verifique se existem dificuldades associadas a uma das etapas.

O primeiro parâmetro está relacionado com a etapa de identificação das alternativas. As condições materiais e jurídicas são limitadoras dessas alternativas, e são as dificuldades ressaltadas pelos autores. A escassez de orçamento, de pessoal e de tempo revelam quais alternativas são viáveis para solucionar determinado problema. Já as condições jurídicas são relevantes para classificar quais alternativas são lícitas ou ilícitas. Nesse caso, a divergência jurisprudencial ou a falta de técnica da legislação pode criar uma dificuldade de se determinar quais são as alternativas compatíveis com a lei. Portanto, há duas perguntas que devem ser feitas: quais fatores limitaram a viabilidade das alternativas? E quais criaram dúvidas sobre a licitude delas?

O segundo parâmetro está presente na etapa de realização de prognoses. Após definir as alternativas, é necessário que o gestor preveja as possíveis consequências de cada uma. Entretanto, dificilmente uma decisão será tomada sob condições de certeza, ou seja, quando há 100% de probabilidade de que certo evento ocorrerá. As decisões normalmente são tomadas sob condições de incerteza (há uma probabilidade do evento ocorrer ou não) ou de ignorância (as chances de o evento ocorrer são desconhecidas).³⁹

39 Para uma definição de “condições de ignorância”, ver: RESNIK, Michael D. *Choices: An Introduction to Decision Theory*. University of Minnesota Press, 1987, p. 21.

Essas condições podem contribuir para a realização de prognoses não confiáveis. Um aumento na sua confiabilidade depende da obtenção e do processamento de mais informações, o que pode gerar custos ao gestor. Por sua vez, esses custos têm reflexos no orçamento, demandam tempo e qualificação de pessoal. Dependendo da situação, incorrer em certos custos seria prejudicial para a própria tomada de decisão. Por exemplo, se há urgência para solucionar um problema, a morosidade para fazer uma previsão confiável pode permitir que ocorram danos irreparáveis. Dessa maneira, quanto à segunda etapa, o juiz deve perguntar: quais eram os custos de informação para aumentar o grau de confiabilidade da prognose?

Por fim, o terceiro parâmetro está associado à etapa de definição do critério de decisão e a eventual escolha de uma alternativa. As dificuldades que podem surgir nessa fase estão ligadas a aspectos jurídicos. Diferentemente da primeira etapa, em que o direito qualifica se a alternativa em si é lícita ou ilícita, na terceira etapa, as dificuldades estão relacionadas à qualificação das consequências como legais ou ilegais. Assim, a terceira pergunta a ser feita é: quais fatores jurídicos criaram dúvidas sobre a licitude das consequências?

Esses parâmetros são apenas uma orientação para racionalizar a aplicação do art. 22 da LINDB. Eles indicam como as dificuldades impactam na atividade do gestor: limitam alternativas de decisão, reduzem o grau de confiabilidade das prognoses, e levantam incertezas sobre a licitude das consequências. No entanto, esses parâmetros não definem quais dificuldades são mais ou menos gravosas; eles também não dizem quais consequências jurídicas podem ser extraídas após a consideração das dificuldades. Portanto, esses parâmetros podem ser considerados como um dos passos iniciais para a interpretação do art. 22.

7. CONCLUSÃO

Este trabalho tentou fornecer um norte às interpretações do art. 22 da LINDB. Ao longo dele, buscou-se dialogar com a literatura existente sobre o assunto e com a ADI 6.146. Em relação à constitucionalidade, o dispositivo não aparenta ter problemas ligados aos princípios alegados pela Anamatra. A argumentação da associação apenas indica tensões aparentes entre o art. 22 e a Constituição. Isso se deve a duas razões. Primeiramente, a Anamatra pressupõe equivocadamente que o dispositivo obriga o juiz a fazer um exame de futurologia, quando, na verdade, ele deve reconstruir a futurologia do gestor público. Em segundo lugar, um exame de futurologia não exorbita a atividade jurisdicional se ele for necessário para a resolução de lides.

Quanto às preocupações com a segurança jurídica, demonstrou-se que são válidas, considerando que o art. 22 inseriu o conceito “obstáculos

e dificuldades” no ordenamento jurídico. No entanto, tais preocupações devem ser restritas à determinação de um núcleo de significação, admitindo a existência de margens de indeterminação. Esse núcleo está sendo esboçado e, atualmente, abrange limitações materiais e jurídicas. Além disso, é possível desenvolver parâmetros para filtrar quais fatores podem ser incorporados ao sentido de “obstáculos e dificuldades”.

Por fim, talvez o art. 22 tenha gerado preocupações em excesso. De fato, a construção do seu sentido depende principalmente do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Isso não significa que o dispositivo seja inconstitucional ou ineficaz, mas apenas que ele precise de tempo para ser testado e aperfeiçoado.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília, Senado Federal, 2015, p. 20-22.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros. 2012.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 75, a. 19, 2019. ISSN 1516-3110. Disponível em: <https://www.academia.edu/39537199/Dever_judicial_de_considerar_as_consequencias_praticas_da_decisao_interpretando_o_art._20_da_Lei_de_Introducao_às_Normas_do_Direito_Brasileiro>. Acesso em: 03 de set de 2019.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 2, 2018. ISSN eletrônico: 2359-6880. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 03 de set de 2019.

JARDIM, Flávio. Teoria Interacionista do Direito: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA. Publicado em: 23 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 63-92. ISSN 2238-5177.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público. *Direito do Estado*. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>>. Acesso em: 03 de set 2019.

KANAYAMA, Ricardo Alberto; TRISTÃO, Conrado. LINDB e sua regulamentação pelo decreto 9.830/19. JOTA. Publicado em: 20 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-e-sua-regulamentacao-pelo-decreto-9-830-19-20072019>>. Acesso em: 03 de set 2019.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias. FGV Direito Rio, p. 25-30. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%C3%A7%C3%B5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de set 2019.

LECHUGA, Matheus Rangel. O controle judicial das agências reguladoras e o consequencialismo implantado pela Lei Nº 13.655/2018: é possível a compatibilização com a teoria crítica hermenêutica do Direito? Monografia. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5836/1/MRLuchaga.pdf>>. Acesso em 03 de set 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 43-61. ISSN 2238-5177.

PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. SBDP. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 03 de set 2019.

RESNIK, Michael D. Choices: An Introduction to Decision Theory. University of Minnesota Press, 1987.

SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre alterações na Lindb. CONJUR. Publicado em: 17 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 03 de set de 2019.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Edição 34ª, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 de dezembro de 2010. Ed. Malheiros Editores.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 14, n. 2, 2018. ISSN: 2316-6959. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366/340340384>. Acesso em: 03 de set de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias. FGV Direito Rio, p. 21-24.

CONSEQUENCIALISMO E DECISÃO JURÍDICA: LIMITES ESTRUTURAIS E CONSTITUCIONAIS DAS RECENTES ALTERAÇÕES NA LINDB - O CASO DO ART. 23.

Autor: Fábio Amorim da Rocha Filho¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da Regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. O art. 23 e a segurança jurídica; 2.1. Aspectos finalísticos da segurança jurídica; 2.1.1. Determinação e determinabilidade; 2.1.2. Imutabilidade e confiabilidade; 2.2. O consequencialismo do art. 23 e a sua compatibilidade com o estado de direito; 3. O art. 23 e a Anamatra; 3.1. Regime de transição como requisito de validade das decisões judiciais; 3.2. Função consultiva; 3.3. Violação à separação dos poderes; 3.3.1. Interpretação conforme; 4. Conclusão; 5. Referências.

Resumo

As recentes alterações de caráter consequencialista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promovidas pela Lei 13.655/18 e regulamentadas pelo Decreto 9.830/19, suscitaram relevante discussão no meio jurídico nacional. Os novos artigos 20 a 23 introduzidos pela reforma legislativa tiveram, críticas doutrinárias à parte, sua constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6146, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra). Argui-se que, ao contrário de promoverem, como pretendem, maior segurança jurídica e ampliação da racionalidade das decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial, os novos artigos violariam os artigos 2º (Princípio da Separação dos Poderes) e 5º, LV (Princípio do Contraditório) da Constituição da República.

Este trabalho objetiva analisar o novo art. 23 da LINDB à luz dos questionamentos da Anamatra e das críticas presentes na doutrina. Após a análise e leitura da ADI 6146, de literatura indicada pelo professor e das reações no meio jurídico à promulgação do dispositivo normativo em

1 Graduando na FGV Direito Rio.

2 Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu e membro do corpo docente permanente do PPGD da FGV Direito Rio. Professor da Graduação da FGV Direito Rio.

questão, chegou-se à conclusão de que as alegações de inconstitucionalidade não prosperam.

Palavras-chave

Consequencialismo; artigo 23 da LINDB; mudanças; constitucionalidade; segurança jurídica.

Abstract

The recent consequentialist changes in the Introduction Act to Brazilian Law Rules (LINDB), enacted by Law 13.655/18 and regulated by Decree 9.830/19, raised relevant discussion in the national legal environment. The new articles 20 to 23 introduced by the legislative reform had, aside from scholarly criticism, their constitutionality questioned by the ADI 6146, proposed by the National Association of Labor Magistrates (Anamatra). It is argued that, instead of promoting greater legal certainty and an increase in the rationality of legal decisions in the administrative, controlling and judicial spheres, the new articles would violate articles 2 (Principle of Separation of Powers) and 5, VL (Principle of the Right to a fair hearing) of the Constitution of the Republic.

This paper aims to analyze the new art. 23 of the LINDB in light of Anamatra's questionings and of the criticism present in the literature. After analyzing and reading ADI 6146, the bibliography referred to by the professor and the reactions in the legal environment to the enactment of the normative device at hand, the conclusion was reached that the allegations of unconstitutionality do not thrive.

Keywords

Consequentialism; Article 23 of LINDB; Amendments; Constitutionality; Legal Certainty.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.655/18 inclui nove artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Esses artigos (arts. 20 ao 30, excetuando-se o art. 25, que foi integralmente vetado) dispõem, sobretudo, acerca da segurança jurídica e da eficiência na criação e na aplicação das normas do direito público, como ressalta a própria ementa da Lei³.

A referida lei, que tem Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto como os seus idealizadores, tem como *ratio essendi* a assunção

3 Ementa da Lei Nº 13.655, de 25 de abril de 2018: Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

de que a antiga racionalidade da Lei de Introdução é atualmente insustentável. Isto é, considera-se que a realidade jurídica está dissociada do Direito enquanto matéria codificada e, como efeito deletério, há instabilidade e imprevisibilidade nas decisões que concernem ao Direito Público brasileiro. Nesse sentido, a fim de dirimir o “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”⁴, característico desse anacronismo, pretende-se dar ao Direito Público uma visão mais atenta à realidade, que “cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões”. Tem-se como objetivo, pois, “balizar a interpretação e a aplicação” das normas que regem as decisões administrativa, controladora e judicial⁵.

Observa-se, no entanto, desde a proposição do Projeto de Lei 349/2015 (PL convertido na Lei 13.655), críticas doutrinárias ao diploma legal⁶. Critica-se, em linhas gerais, a vasta utilização de conceitos vagos e abstratos, de modo que seria promovida não maior segurança jurídica, mas o efeito inverso.

Ressalta-se, além disso, a propositura da ADI 6146, por parte da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). A referida ADI alega a inconstitucionalidade dos arts. 20 ao 23 da Lei 13.655 e requer, com base nisto, interpretação conforme a Constituição. Segundo a Anamatra, esses artigos violam a separação dos poderes (art. 2º, CRFB) e o contraditório (art. 5º, CRFB). O presente texto tratará apenas do art. 23 da Lei 13.655/18, transcrito a seguir:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar criticamente o artigo supracitado em suas diversas interpretações possíveis, dialogando necessariamente com as críticas doutrinárias e com a ADI 6146 da Anamatra.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205 apud LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias, Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 25.

5 NETO, Floriano Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 11.

6 C.f. LEAL, Fernando, op.cit

Assim sendo, no Tópico 2, serão explicitadas as noções acerca da Segurança Jurídica – fim último da referida Lei – e subsequentemente, no Tópico 3, será dada ênfase às alegações da Anamatra. Finalmente, no Tópico 4, concluir-se-á de modo a avaliar a validade e a importância de realizar uma interpretação conforme a Constituição desse artigo.

2. O ART. 23 E A SEGURANÇA JURÍDICA

2.1. Aspectos finalísticos da segurança jurídica

A reforma da LINDB tem como objetivo primário, conforme consagra o seu art. 30, a promoção de maior segurança jurídica. Nesse sentido, pretende-se analisar se o texto do art. 23 cumpre de fato com a justificação subjacente da norma, ou se, no caso do art. 23, atestam-se verdadeiras as críticas gerais à Lei 13. 655, isto é, se este dispositivo seria não somente incapaz de promover maior segurança jurídica, mas também acarretaria maior *insegurança* jurídica.

Inicia-se, logo, este tópico definindo o termo “segurança jurídica”. Dada a sua complexidade, recorre-se aos ensinamentos de Humberto Ávila para uma melhor compreensão de seus significados. Na obra *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*⁷, Ávila subdivide o termo “segurança jurídica” em seis distintas seções: segurança como elemento definitivo; segurança como fato; segurança como valor; segurança como norma-princípio; aspectos finalísticos e aspectos instrumentais. Não é o propósito deste artigo realizar uma minuciosa análise dogmática a respeito de cada uma das possíveis significações de “segurança jurídica”. Portanto, tendo sempre em vista o art. 23 da Lei 13.655, opta-se, apenas, por explorar com mais detalhe os aspectos finalísticos, de tal modo que será possível melhor observar os acertos e as falhas do art. 23.

2.1.1. Determinação e determinabilidade

Sob a ótica finalística, qual seja a do estado de coisas a ser promovido, pode-se afirmar que a segurança jurídica não demanda, necessariamente, a determinação do Direito, mas a determinabilidade de conteúdos normativos. Isto é, exige-se a “cognoscibilidade de aspectos materiais e inteligíveis referentes à acessibilidade do conteúdo”. A segurança jurídica é, pois, algo que pode ser progressivamente realizado mediante “processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”⁸. Nesse sentido, ainda que o

7 Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

8 *Ibid*, p. 123.

dispositivo analisado esteja repleto de termos vagos⁹, isso não seria óbice à segurança jurídica, haja vista que a impossibilidade de conhecimento prévio de todas as hipóteses de aplicação, ainda que contraintuitivamente, confere certeza ao direito, pois gera flexibilidade para lidar com um futuro desconhecido¹⁰. Assim sendo, aumenta-se o poder discricionário do operador do direito – por exemplo, na avaliação do que é *de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais*, sem, contudo, resultar em uma aplicação arbitrária da norma, visto a existência de critérios que disciplinam a sua aplicação.

Os arts. 6º e 7º do Decreto nº 9.830/19¹¹, inclusive, delimitam a “zona de penumbra” relativa ao art 23 na instituição de um regime de transição. Além disso, embora o seminário promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo¹² não tenha elaborado nenhum enunciado relativo ao art 23 – talvez por não julgar necessário –, Floriano de Azevedo Marques Neto, esmiúça a correta interpretação da norma, desde as esferas e o objeto de incidência da norma até a indispensabilidade do regime de transição e a ponderabilidade da modulação¹³. Nada obstante isso, o artigo

9 Floriano de Azevedo Marques Neto rebate as críticas à potencial vagueza e à indeterminação dos conceitos da Lei. 13.655/18. Este afirma que, primeiramente, a LINDB existe há quase um século e não se argumenta, apesar de possuir “conceitos indeterminados” como “fins sociais e bem comum” (art. 5º) que ela traz insegurança. Além disso, a LINDB contém normas de aplicação reflexa, isto é, normas que contêm pautas e parâmetros hermenêuticos e que, portanto, não criando ou limitando direitos, não devem possuir uma textura normativa fechada (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. In Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 98, nov. 2018). Acrescento que, haja vista a existência, em seu texto normativo, de critérios que delimitam a sua aplicação (decisão que inove entendimento; que interprete outra norma de conteúdo indeterminado e que inaugure novo dever ou condicionamento), reduz-se eventual vagueza dos termos do art. 23 e fixa-se melhor a sua moldura.

10 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the open texture of language. Law and Philosophy. England: Springer Netherlands, 1991. vol 10.

11 Arts. 6º e 7º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019: Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. § 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º. § 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais. § 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá: I – os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários; II – as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e III – o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

12 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>

13 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. In Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição

não padece das mais ferrenhas críticas doutrinárias e, assim, não é o dispositivo mais controverso das recentes alterações na LINDB.

2.1.2. Imutabilidade e confiabilidade

Outro aspecto a ser ressaltado no que se refere à questão finalística reside no binômio imutabilidade *versus* confiabilidade. A imutabilidade é a acepção relativa à estabilidade, à petrificação, à intangibilidade de um Direito que, por óbvio, não sofre modificações, ao passo que a ideia de confiabilidade é compreendida como, vide a indeterminação intrínseca do Direito, a exigência de um ordenamento jurídico que proteja as expectativas e assevere a “estabilidade nas mudanças”¹⁴. Portanto, a imprescindibilidade de um regime de transição para decisões que imponham novo dever ou novo condicionamento de direito é instrumento que atua no sentido da promoção de maior segurança jurídica, representando, também, mais um ônus de justificação para a mudança de entendimento ou orientação de um órgão ou ente. Desse modo, pretere-se a ideia de previsibilidade e, ainda que redundante, de certeza absoluta do direito; dando, não obstante, primazia à noção de calculabilidade, isto é, a capacidade de previsão definida pelo conhecimento prévio do âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais¹⁵. Segundo Floriano de Azevedo, ademais, o art. 23 reforça a segurança jurídica seja no que concerne à estabilidade das mudanças, à ponderabilidade e à razoabilidade na aplicação do Direito e à previsibilidade de suas mudanças¹⁶. Marilda de Paula Silveira, também, afirma que, vide as exigências do artigo, a obrigatoriedade de imposição de regime de transição, densifica e concretiza a segurança jurídica¹⁷.

2.2. O consequencialismo do art. 23 e a sua compatibilidade com o estado de direito

Ressalta-se, por fim, que o art. 23 não se pauta em um mero consequencialismo judicial baseado em quaisquer juízos probabilísticos. Pormenorizando, a obrigatoriedade de imposição de regime de transição – que, por óbvio, exige a avaliação e o impacto que a mudança de entendimento/ interpretação acarretará – é no sentido da calculabilidade e não de mero “consequenciachismo”. Assim, ao contrário do que argumentam Janaína

Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

14 ÁVILA, Humberto, p. 124, *op.cit.*

15 *Ibid.*, p. 126.

16 NETO, Floriano de Azevedo Marques, p. 99, *op.cit.*

17 SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 23-26. p. 24.

Penalva e Adriene Domingues¹⁸, não se pretende restringir a atuação de órgãos de controle e judiciais à argumentação com base em finalidades, muito menos promover o fim dos princípios – visto que tanto consequências, quanto princípios exigem o raciocínio teleológico¹⁹. Pelo contrário, isto se deve ao fato de que, conforme afirma Mariana Pargendler e Bruno Salama, recentemente, na aplicação do direito, cresce-se a utilização de argumentos consequencialistas e esta não é incompatível com o Estado de Direito²⁰. Assim, o art. 23 consagra a noção de que o Judiciário tem de se preocupar cada vez mais com as consequências agregadas de suas decisões, vide vetores de ordem ideológica, política e jurídica. Mais: visando à organização e à unicidade do sistema jurídico, consagra esta noção mediante lei geral de aplicação do Direito²¹.

3. O ART. 23 E A ANAMATRA

A ADI 6146 questiona o art. 23 na medida em que “[se institui] como requisito de validade das decisões judiciais a indicação [...] de regime de transição para a execução da decisão jurisdicional”²². Afirma, além disso, que o dispositivo atribui ao julgador função de prestar consultoria às partes e não de realizar o julgamento de lides. Por fim, e de maneira mais incisiva, argumenta que o art. 23 viola o princípio da separação de poderes, visto que o poder-dever de prever regime de transição delegado ao Estado Juiz atribuiria ao órgão julgante a função de atuar como legislador positivo.

3.1. Regime de transição como requisito de validade das decisões judiciais

Primeiramente, convém ressaltar que a ADI parece cometer um equívoco ao generalizar as pretensões do artigo. O artigo 23 não tem como objetivo estabelecer a necessidade de regime de transição como “outro critério para o fim de considerar-se a decisão judicial devidamente fundamentada”²³. Não se trata de qualquer decisão judicial, mas, como é possível

18 PENALVA, Janaína; DOMINGUES, Adriene. O PL 7448/2017 e o fim dos princípios. JOTA, 2018.

19 LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. JOTA, 2018.

20 PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 262, Rio de Janeiro, jan-abr, 2013.

21 SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma Sociedade Democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 23-26. p. 14.

22 ADI 6146, p. 14. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/01-Anamatra-STF-ADI-LINDB-Inicial_-_Assinado_4.pdf

23 ADI 6146. p. 17.

extrair do texto do artigo e conforme elucida Floriano de Azevedo²⁴, de decisão que (a) inove entendimento; (b) interprete outra norma de conteúdo indeterminado e (c) inaugure novo dever ou condicionamento. A ADI também parece cometer um equívoco ao restringir o âmbito de incidência do artigo às decisões judiciais, visto que, primeiramente, a LINDB é aplicável tanto na esfera pública, quanto na esfera privada; e o próprio artigo delimita o seu âmbito de incidência, incluindo não somente as decisões judiciais, como as administrativas e controladoras. De todo modo, este requisito, além disso, é visto de forma positiva pela doutrina, como pode-se verificar no Enunciado 17 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), segundo o qual:

É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas.

Observa-se, pois, que este é um requisito ciente do fato de que mudanças administrativas dependem de atos complexos²⁵ e podem acarretar consequências de grandes proporções. Assim, dá-se estabilidade à mudança de entendimento.

Outro ponto que distancia a visão da Anamatra do real objetivo do artigo é o parágrafo único do art. 22 do PLS 349/2015.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Ainda que o parágrafo tenha sido vetado quando o Projeto foi convertido na Lei 13.655, extrai-se deste – à medida que sujeito obrigado teria o direito de negociar regime de transição com a autoridade, caso este não estivesse previamente previsto – que o artigo não tem como objetivo prever a imposição de regime de transição como requisito de validade das decisões judiciais tal qual alega a ADI.

24 NETO, Floriano de Azevedo Marques, p. 102-106, op.cit

25 FREITAS, Vladimir Passos de. Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito Brasileiro. Conjur, 2018.

3.2. Função consultiva

A ADI assenta, como premissa, o entendimento jurisprudencial pacífico de que é vedado ao Judiciário exercer função consultiva às partes. Não se objeta o entendimento jurisprudencial, questiona-se, contudo, o que, no texto do art. 23 indica o exercício de função consultiva. A Inicial não responde a essa pergunta, apenas afirma que os arts. 20 a 23 “parecem estar atribuindo ao órgão julgador a função de prestar consultoria às partes e não de realizar o julgamento de lides”²⁶. Tendo em vista a inexistência de correlação entre a previsão de regime de transição nas decisões que preenchem o suporte fático do artigo e a existência de função consultiva, opta-se por não abordar esta crítica de maneira detalhada. Conquanto a referida crítica não seja pertinente no que diz respeito ao art. 23, conforme se extrai da própria ADI da Anamatra, há um maior ônus argumentativo em negá-la para os arts. 20, 21 e 22; o que, no entanto, não é o objetivo deste trabalho²⁷.

3.3. Violação à separação dos poderes

A questão principal pela qual a Anamatra impugnou o artigo foi uma suposta violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CRFB). Este consistiria no fato de que, sendo o regime de transição uma disciplina a ser apresentada pelo julgador, destinada a ser observada pelas partes, o poder judiciário atuaria como legislador positivo, ultrapassando os seus limites constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 positiva a dogmática da separação de poderes em seu artigo 2º. Segundo o artigo, a relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deve se dar de maneira independente e harmônica, isto é, não há relação hierárquica entre os poderes e ela deve se dar de modo a respeitar as funções e as obrigações de cada poder. Segundo Montesquieu²⁸, inclusive, é fundamental para a independência e a harmonia entre os poderes que não haja acúmulo de funções. No entanto, tem-se nos escritos Federalistas²⁹ a concretização da noção

26 ADI 6146, p. 15

27 A Anamatra expressamente afirma, no que concerne aos arts. 20 a 22, que estes pretendem “transformar o juiz em consultor ou parecerista, deixando de lado a sua função única de julgador” (ADI 6146, p. 16). É, então, provável que, não havendo crítica expressamente direcionada ao art. 23 no que se refere à existência de função consultiva, que este artigo tenha sido incluído erroneamente nessa crítica.

28 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das leis. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169.

29 MADISON, James. Capítulo 51. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. O federalista. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

de freios e contrapesos, ou seja, de controle mútuo e recíproco de cada um dos três poderes estatais.

Nesse sentido, percebem-se duas dimensões relativas ao princípio da separação de poderes: uma dimensão negativa e uma dimensão positiva³⁰. Grosso modo, a dimensão negativa consiste na divisão formal dos três poderes e de suas funções típicas, isto é, legislativa, executiva e jurisdicional, ao passo que a dimensão positiva preconiza a ideia das funções atípicas dos poderes, ou seja, o exercício de funções secundárias/de competência principal dos demais poderes como compatível ao ordenamento jurídico. O Judiciário, por exemplo, nos arts. 96, I e 103-A, ambos da CRFB, tem a competência de, respectivamente, dispor sobre o seu regimento interno e aprovar súmulas vinculantes. Assim, o Judiciário exerce função legislativa, visto que propõe as regras às quais estará submetido e vide a semelhança de definição (geral, abstrata, impessoal e inovadora na ordem jurídica) e de tratamento entre as leis e as súmulas vinculantes.

A Anamatra, todavia, questiona a competência do Estado Juiz de legislar no caso concreto. Em outras palavras, considera a necessidade de prever regime de transição para os casos que incidem no âmbito normativo do art. 23 da LINDB como uma autorização para que o poder judiciário atue como legislador positivo. Esta alegação é, contudo, improcedente, haja vista que a previsão de regime de transição não se trata de inovação na ordem jurídica brasileira. O regime de transição, mais uma vez em conformidade com os ensinamentos de Floriano de Azevedo³¹, traduz a ideia de modulação dos efeitos e diferimento temporal da aplicação de decisão novidadeira. Esta ideia é, como supracitado, consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se constatar na leitura do art. 27, Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, e nos arts. 525, §§12, 13 e 927, §3º, CPC. Percebe-se, pois, que o art. 23 representa menos uma inovação institucional e mais uma ampliação do dever de transição visando à previsibilidade das decisões e à estabilidade das mudanças, isto é, à segurança jurídica.

3.3.1. Interpretação conforme

Logo, considera-se incabível a interpretação conforme a Constituição do art. 23 da LINDB. A interpretação conforme é, de maneira simplificada, um método hermenêutico orientado pela presunção de que o legislador busca positivar uma norma constitucional. Assim, essa variante da decisão

30 BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal (RERE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3047881/mod_resource/content/1/Texto%20Lu%C3%ADs%20Roberto%20Barroso%20CPI.pdf.

31 NETO, Floriano de Azevedo Marques, p. 106-107, op.cit.

é utilizada nos casos em que há mais de uma interpretação possível da norma, e uma (ou mais de uma) se mostra incompatível com a Constituição. Consoante Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco³², tem-se, dogmaticamente, que a interpretação conforme é a declaração de constitucionalidade de uma Lei com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão julgador. Em consonância com o que foi argumentado acima, porém, não se entende como possível qualquer interpretação do artigo que seja incompatível com o texto constitucional e, então, não se verifica violação à separação dos poderes. Reitera-se, não há “evidente violação ao princípio da separação de poderes”³³ e, pois, não há fundamento que justifique interpretação conforme à Constituição do art. 23 e, menos ainda, conforme à necessidade de “proclamação da nulidade absoluta da norma”³⁴.

4. CONCLUSÃO

A posição defendida neste trabalho é, portanto, a de que o art. 23 da LINDB é um dispositivo útil e importante para a promoção de maior segurança jurídica. Reitera-se, entretanto, que o presente trabalho não diz respeito às alterações promovidas pela Lei. 13.655/18, mas trata especificamente do referido art. 23. Nesse sentido, as conclusões a que se chegaram partiram da análise isolada do dispositivo.

Então, como buscou-se demonstrar, com amparo doutrinário, durante o artigo, a norma em questão preconiza a segurança jurídica, sobretudo no que concerne ao seu aspecto finalístico. Isto porque não somente confere ao interprete cognoscibilidade dos aspectos materiais e inteligíveis, como também protege as expectativas legítimas diante de eventuais mudanças de entendimento. O dispositivo não é problemático, também, no referente ao raciocínio com base em consequências, não propondo um consequencialismo judicial baseado em quaisquer juízos probabilísticos, mas atendendo-se à realidade e à necessidade de se considerarem relevantes as consequências agregadas das decisões.

Outrossim, considerou-se incabíveis as alegações da Anamatra. Isto se deve ao fato de que, mormente com base no texto do artigo e em contribuições doutrinárias, entendeu-se como equivocada e não possível a interpretação que a Anamatra fez do artigo. Assim, crê-se ser pautada em uma interpretação generalizante e errônea do artigo a afirmação de que o regime de transição tornar-se-ia requisito de validade das decisões; e injustificável, vide o texto do artigo, a assunção de que o art. 23 estaria

32 MENDES, Filmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 7. ed., 2012, p. 1822. Disponível em: <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/curso-de-direito-constitucional-gilmar-mendes.pdf>

33 ADI 6146, p. 25

34 ADI 6146, p. 25

atribuindo ao órgão julgador função consultiva. Por fim, entende-se como inexistente eventual violação à separação de poderes, uma vez que a previsão de regime de transição não é inovação na ordem jurídica brasileira e, pelo contrário, é consagrada em diversos dispositivos do ordenamento. Assim sendo, não há base para se requerer, com relação ao art. 23 da LINDB, interpretação conforme a Constituição.

5. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas Competências: política, direito e devido processo legal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3047881/mod_resource/content/1/Texto%20Lu%C3%ADs%20Roberto%20Barroso%20CPI.pdf. Acesso em: 01 jul 2020.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the open texture of language. **Law and Philosophy**. England: Springer Netherlands, 1991. vol 10.

FREITAS, Vladimir Passos de. Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito Brasileiro. **Conjur**, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 25 jun. 2020.

LEAL, Fernando. *Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno*. **JOTA**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>. Acesso em: 01 jul. 2020.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**, Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

MADISON, James. Capítulo 51. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

MENDES, Filmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 7ª ed., 2012, p. 1822. Disponível em:

<https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/curso-de-direito-constitucional-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 25 jun 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NETO, Floriano Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, v. 262, Rio de Janeiro, jan-abr, 2013.

PENALVA, Janaína; DOMINGUES, Adriene. O PL 7448/2017 e o fim dos princípios. **JOTA**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-pl-7448-2017-e-o-fim-dos-principios-17042018>. Acesso em: 24 jun 2020

SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma Sociedade Democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *In*: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.); ANASTASIA, Antonio (apres.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

PARTICIPAÇÃO DE ATORES NÃO ESTATAIS NOS TREATY BODIES DA ONU

Aluno: Guilherme Soares Rodrigues da Silva¹

Orientadora: Paula Wojcikiewicz Almeida²

Área de concentração: Direito Internacional

Sumário: 1. Atividades desenvolvidas em 2019-2020; 2. Resultados Alcançados; 3. Referências

Resumo

A introdução no sistema e o aumento da influência dos atores não-estatais (ANEs ou NSAs) representam uma grande mudança de paradigma no Direito Internacional diante da concepção clássica Westfaliana. Esses novos atores ampliaram sua participação nesse ramo de maneira considerável, saindo de uma posição de coadjuvantes para ocupar uma posição mais central nas mais diversas áreas, majoritariamente respaldados em uma questão de expertise técnica, tornando-se cada vez mais proeminentes no *lawmaking* internacional. Em vista desse fenômeno e dessa mudança paradigmática, questiona-se se há de fato um impacto dessa participação dos atores não-estatais no *lawmaking* internacional, especialmente na esfera dos *Treaty Bodies* da ONU, nos quais a participação dos NSAs é bastante recorrente.

-
- 1 Guilherme Soares Rodrigues da Silva é graduando em Direito na Fundação Getúlio Vargas e graduando em História na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É membro da Sociedade Literária da Fundação Getúlio Vargas, membro da Liga de Estudos de Direito Constitucional da Fundação Getúlio Vargas.
 - 2 Doutora summa cum laude em Direito Internacional e Europeu pela École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI (Paris-Sud), Faculté Jean Monnet. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professora da Graduação da FGV Direito Rio. Professora titular do FGV Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, financiado pela Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Eleita membro brasileira do Comitê sobre Procedure of International Courts and Tribunals da International Law Association (ILA). Título de 'maître des conférences' pelo Conselho Nacional das Universidades (CNU) da França. Professora visitante na École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Professora visitante na Universidade de Salzburgo (desde 2017). Realizou estudos de pós-doutorado, na condição de pesquisadora visitante, no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014) e na University of Oxford, Faculty of Law (2014). Pesquisadora associada na na South African Institute of International Affairs (2012) e do Centre d'études et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (2010). Atuou como docente substituta na UERJ (2006/2007).

Palavras-chave

atores não-estatais; *Treaty Bodies*

Abstract

The introduction and the raise in influence of the non-state actors (NSAs) represent a great shift in the scenery of International Law before the classic (Westphalian) conception of the system. These new actors have amplified their participation in this field considerably, having moved from collateral position towards a more central place in multiple areas, mainly supported by their technical expertise, becoming increasingly more prominent in the international lawmaking. In view of this phenomenon, it can be questioned if there is, in fact, an impact of this NSA participation in the international lawmaking, especially when it comes to the UN Treaty Bodies, in which the participation of NSAs is notably recurrent.

Keywords

non-state actors; *Treaty Bodies*

1. ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM 2019-2020

As atividades envolveram, em primeiro lugar, um levantamento bibliográfico acerca do tema, a fim de buscar o posicionamento das doutrinas de Direito Internacional no que se refere à caracterização dos atores não estatais e a participação deles na arena internacional. Assim, buscou-se artigos e livros que tratassem sobre o tema de atores não estatais (ANE – NSA, na sigla em inglês) e *soft law*, com objetivo de definir quais lentes seriam usadas para tentar entender o fenômeno hipotético.

Tendo sido concluída essa etapa, escolheu-se os Comitês da ONU (*Treaty Bodies*) como campo de estudo para a atuação dos atores não estatais. Isso se justificou pelo fato de esse ser um exemplo proeminente da ação dos atores no cenário internacional em vários níveis – porque muitos *treaty bodies* apresentam vias de acesso legal ou jurisprudencial para esses atores e podem influenciar os Estados de diversas formas, além de expedirem diversas normas de *soft law* que orientam a interpretação de tratados (que são *hard law*, ou seja, vinculantes). A participação de atores não estatais nesses comitês se dá especialmente por meio do procedimento de comunicações individuais, no qual um indivíduo pode levar uma demanda de uma alegada violação de Direitos Humanos perpetrada por um Estado para a análise do comitê. Trata-se de um procedimento detalhado e com uma relativa gama de informações disponíveis. Uma mensuração do impacto que se busca verificar faz-se mais possível dessa maneira.

Nos tratados, os procedimentos de comunicação individual se encontram nos seguintes dispositivos: o CCPR (ou HRC ou Comitê de Direitos Humanos), encontra-se no Artigo 1º do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional para Direitos Civis e Políticos; o **CEDAW**, encontra-se no Artigo 2º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; o **CERD**, encontra-se no Artigo 14 da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o **CAT**, encontra-se no Artigo 22 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; o **CRPD**, encontra-se no Artigo 1º do Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; o **CESCR**, encontra-se no Artigo 1º do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o **CRC**, encontra-se no Artigo 1º do Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos da Criança; o **CMW**, encontra-se no Artigo 77 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. São esses os dispositivos autorizativos do procedimento de comunicações individuais em todos os tratados relativos aos comitês.

Em seguida, a fim de buscar o aprofundamento do posicionamento dos comitês, buscou-se fazer um levantamento jurisprudencial das decisões desses órgãos nos procedimentos de comunicação individual. Em virtude da quantidade de decisões de alguns dos comitês e também da necessidade de se analisar a maior quantidade possível de decisões – em vista de mapear mudanças de entendimento dos órgãos quanto à possibilidade de participação dos atores não estatais nos *individual communications* e também fazer um recorte temporal –, optou-se por tentar fazer uma amostragem aleatória no universo das decisões que fosse proporcional à quantidade de definições de cada comitê a partir da base de dados do site do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (The Office of the High Commissioner for Human Rights).

Elaborou-se um código na linguagem *python* para a busca de palavras-chave que pudesse indicar em quais casos dentre os selecionados houve a participação de NSAs. As palavras-chave foram escolhidas de modo a deixar a busca supersensível, isto é, de modo a garantir que casos “duvidosos” fossem incluídos na análise mais profunda, executada manualmente. Além disso, o código auxiliou na procura na medida que foi programado para recortar os trechos nos quais se poderia constatar indícios de participação dos NSAs. Com esses recortes, pôde-se observar, de maneira mais dinâmica, os casos em que houve certeza de participação. Nos casos de incerteza, a análise exclusivamente manual foi feita de modo a buscar com mais detalhes algum tipo de participação. Vale ressaltar que, neste ponto, refere-se à certeza ou à incerteza quanto

a alguma participação específica, não se refere à certeza ou à incerteza quanto ao caso possuir participação ou não. Essa distinção é importante pois, dentro do mesmo caso, há trechos que evidenciam participações claras e trechos em que há dúvida quanto à existência de participação. Portanto, nas participações em que houvesse quaisquer dúvidas, optou-se pela checagem manual.

A lista de palavras-chave utilizadas é a seguinte:

“Union”, “union”, “NGO”, “ngo”, “Ombudsman”, “ombudsman”, “Non Governmental Organization”, “non governmental organization”, “Non Governmental Organisation”, “non governmental organisation”, “Non- Governmental”, “non-governmental”, “Organization”, “Organisation”, “organisation”, “Unión”, “unión”, “união”, “União”, “organization”, “bank”, “enterprise”, “company”, “Company”, “companies”, “Companies”, “transnational”, “Transnational”, “multinational”, “Multinational”, “center”, “Center”, “Centre”, “Centro”, “centre”, “centro”, “association”, “Association”, “asociación”, “Asociación”, “Associação”, “associação”, “European Court”, “American Court”, “Interamerican Court”, “African Court”, “group”, “Group”, “grupo”, “Grupo”, “Court of Justice”, “Third-Party Submission”, “Third-Party Submissions”, “Third-Party”, “Third Party”, “Clinic”, “Law School”, “Asylum Access”, “Federation”, “United Nations”, “Institute”, “institute”, “accueil”, “Accueil”, “office”, “Office”, “Bureau”, “bureau”, “Consultancy”, “groupe”, “Groupe”, “Amnesty”.

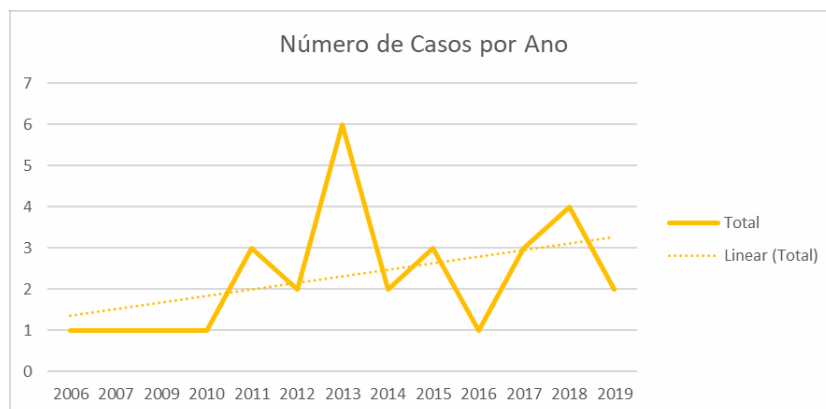
Essa lista foi pensada, em primeiro lugar, a partir da leitura de alguns casos- exemplo, nos quais se tentou mapear os principais nomes e maneiras em que a participação se manifestava e, além disso, foi cunhada a partir da experiência. Quando surgia uma maneira nova de participação que não podia ser mapeada a partir das palavras-chave listada, a(s) palavra(s) nova(s) que pudesse(m) encontrá-la novamente era(m) adicionada(s) e o código era rodado novamente nos casos que já tinham sido analisados a fim de captar se havia a incidência da(s) palavra(s) ou não. Além disso, os casos dos primeiros comitês analisados (CESCR e CEDAW), a partir dos quais primeiro se cunhou a lista, foram reanalisados no futuro, já com a lista integralmente expandida a partir da análise dos outros comitês. A lista também optou por tentar detectar diferenças de grafia e erros de digitação, além de maiúsculas e minúsculas, para realmente aumentar a sensibilidade quanto à detecção da incidência de participação.

A partir dos resultados obtidos com a análise partindo do código e, posteriormente, do exame manual, montou-se diversas tabelas (uma para

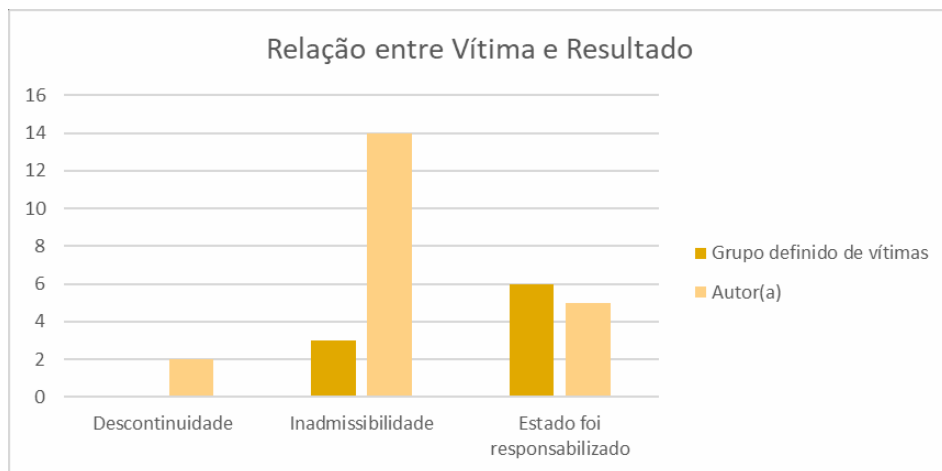
cada comitê) para o tratamento e estudo dos dados. Até o momento, uma análise mais concreta foi feita para o CEDAW, comitê usado como exemplo da maneira de lidar com a análise dos dados referentes aos outros comitês.

2. RESULTADOS ALCANÇADOS

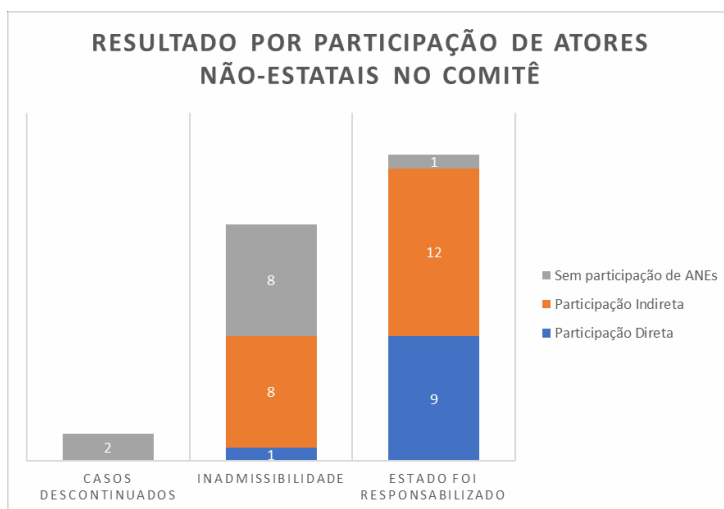
Traçou-se, então, em primeiro lugar, um panorama-geral do comportamento do CEDAW referente à integralidade do espectro analisado, ou seja, nos casos com e sem participação de atores não estatais. Isso porque na ideia da mensuração do impacto, faz-se relevante saber também como o comitê lida com os casos em que não há participação alguma. O universo amostral de casos do CEDAW analisados na pesquisa compreende 30 casos aleatoriamente selecionados. Em primeiro lugar, vale analisar o recorte temporal demonstrando o número de casos por ano e as tendências observadas pelo comitê, conforme aponta o gráfico a seguir:



Nesse panorama, notou-se uma tendência linear crescente no recebimento de novos casos pelo comitê nos últimos anos, podendo perceber uma projeção também crescente para o futuro. O pico da atuação do comitê no recorte temporal analisado (2006 a 2019) foi o ano de 2013, quando recebeu seis casos. Uma observação interessante feita a partir, ainda, desta análise é que o comitê responsabilizou o Estado-parte levado no procedimento de comunicação individual em todos os casos que passaram do exame de admissibilidade. Isso pode ressaltar tendência do comitê em se posicionar num sentido “pró-vítima”, apesar de ser apenas um indício. Tendo isso em mente, agora partiremos para uma análise das relações entre vítima e resultado, conforme mostrado no gráfico a seguir:



Entrando na análise das participações, em primeiro lugar no que se refere à relação do tipo da vítima (ou seja, um indivíduo ou um grupo de vítimas) com o resultado (isto é, como o comitê decidiu o caso), é perceptível que, quando em grupo, a taxa de sucesso na demanda levada é maior. Ou seja, existe mais chance de um grupo de vítimas ter sua demanda acolhida pelo comitê que um autor individual. Do lado contrário, a taxa de “insucesso” das demandas levadas por autores individuais é bastante alta. Conforme mostra o gráfico anterior, em 14 desses casos, a demanda nem sequer passou do exame de admissibilidade (em contraste com os três casos levados por grupos de indivíduos que também não passaram no exame). Na análise de mérito, houve apenas cinco casos levados por indivíduos que obtiveram sucesso, em contraste com os seis levados por grupos de indivíduos que tiveram o mesmo resultado. Em outras palavras, considerando o comportamento apresentado pelo comitê de responsabilizar o Estado em todos os casos analisados que passaram do exame de admissibilidade e adentraram na análise do mérito – isto é, considerando que é raro que o comitê entenda que a razão não assiste ao indivíduo, mas sim ao Estado, o que faz com que a passagem pelo exame de admissibilidade seja um forte indicativo da provável decisão do comitê em favor do demandante –, tem-se que a taxa de sucesso das demandas levadas por indivíduos é de apenas 27%, enquanto a taxa dos casos levados por grupos de indivíduos é de 66%, uma diferença significativa. Apenas dois casos foram descontinuados (todos foram casos em que o indivíduo demandante era a própria vítima alegada, ou seja, o demandante atuara em causa própria). Dito isso, partiremos para uma análise dos resultados (as decisões) conjugados com a participação dos atores não estatais, conforme o gráfico a seguir:



Como pode-se observar no gráfico (que agora usa o referencial da participação, não dos casos, isto é, pode haver mais de uma participação em um mesmo caso, não sendo uma proporção de um para um – uma participação por caso), são constatadas algumas tendências de comportamento do comitê na hora do resultado que podem ter relação com atores não estatais. Em primeiro lugar, observa-se que há mais participações nos casos em que o Estado foi responsabilizado por violações do que nos outros tipos de decisão. Para além da superioridade em números absolutos, também se vê uma superioridade proporcional. Assim, percebe-se que os casos em que há participação de atores não estatais costumam ter mais sucesso no acolhimento das demandas levadas, especialmente no caso das participações diretas, ou seja, nas hipóteses em que o NSA atua no caso representando diretamente a vítima (ou grupo de vítimas), a si próprio ou terceiro em uma espécie de *amicus curiae* – geralmente intercedendo em favor da vítima. Das 10 participações diretas constatadas nos casos, nove se deram em casos cuja demanda levada pelo indivíduo foi acolhida e apenas um caso em que essa participação foi considerado inadmissível. Assim, transformando esses valores numa taxa, tem-se que 90% das participações diretas são bem-sucedidas, o que implica também dizer que casos com esse tipo de participação têm mais chances de ter suas demandas acolhidas pelo comitê. No que se refere à participação indireta, percebe-se que essa é menos efetiva (ou decisiva), tendo em vista que a quantidade de participações desse tipo em casos em que o Estado foi responsabilizado e em casos considerados inadmissíveis foi pouco discrepante. Ainda assim, vale observar que, até nesses casos, ocorreram mais participações desse tipo nas situações em que o Estado foi responsabilizado. Por fim, é

evidente a discrepância do resultado dos casos com e sem participação (incluindo-se, aqui, os dois tipos: direta e indireta). O Estado foi considerado responsabilizado por violações ao tratado em apenas um caso em que não houve participação de ator não estatal, em comparação com os oito casos também sem participação que o comitê considerou inadmissíveis. Assim, pode-se dizer que uma taxa de sucesso para os casos em que não é constatada nenhuma participação de ator não estatal é de 12,5%. Por último, uma análise que também vale a pena ressaltar é a da participação direta especificamente, como mostrada no gráfico e na tabela a seguir.

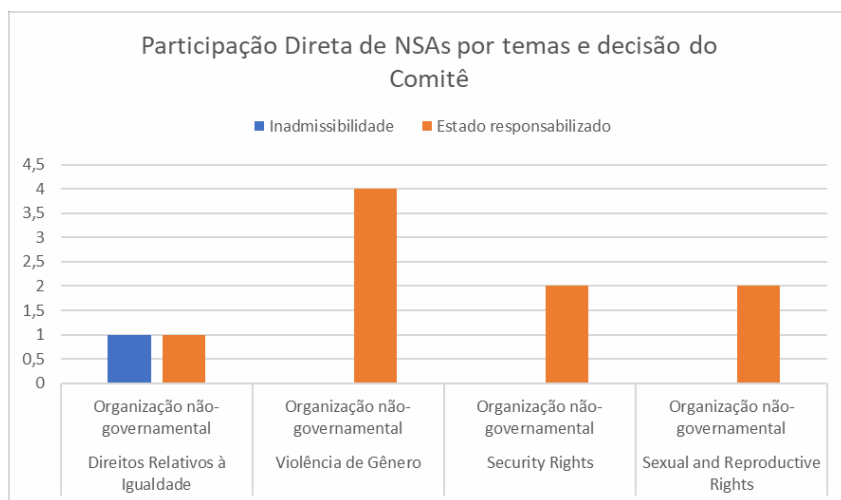


Tabela 1. Quais atores participaram diretamente e quais resultados eles obtiveram?

Atores	Inadmissibilidade	Estado foi responsabilizado	Total geral
Advocacia cidadã		1	1
Association for Women's Access to Justice		2	2
Center for Reproductive Rights		1	1
European Roma Rights Center		1	1
Groupe d'Interêt pour le Matronyme		1	1
Howard League for Penal Reform Legal	1		1
Defence Bureau for National and Ethnic Minorities		1	1
The Vienna Intervention Centre Against Domestic Violence		2	2
Total geral	1	9	10

A partir do gráfico, pode-se constatar que as organizações não governamentais foram o único tipo de ator que participou diretamente nos casos levados ao CEDAW. Vale ressaltar que esse gráfico não representa um universo integral dos casos levados ao comitê, mas sim um espaço amostral, o que significa que não se pode afirmar com certeza que apenas as organizações não governamentais atuam no comitê, mas há indícios de uma proeminência de sua atuação. As participações se deram em quatro diferentes temas, sendo: direitos relativos à igualdade de gênero, direitos relativos à segurança, direitos relativos à violência de gênero e direitos sexuais e reprodutivos. Foi verificada maior participação nos casos relativos à violência de gênero (quatro participações em onze casos que tiveram “violência de gênero” como um dos temas em discussão). No entanto, apenas uma análise mais específica será capaz de elaborar razões mais precisas que possam explicar esse comportamento.

Vale ressaltar que a pesquisa ainda tem resultados inexplorados a partir dos dados levantados das bases referidas e que esses que foram expostos anteriormente representam uma parcela da análise feita sobre o comitê do CEDAW. Para os outros comitês, outras análises específicas precisam ser feitas sobre seus respectivos dados – tomando como base o aprendizado com a análise desse primeiro comitê –, mas tendo em mente que, dadas as grandes diferenças temáticas e comportamentais de cada *treaty body*, não se pode tomar o comportamento do CEDAW como norma geral relativa aos outros comitês. Assim, a pesquisa ainda pretende, no futuro, expandir a análise para os outros órgãos citados para observar o comportamento desses em relação à participação de atores não estatais e também do comportamento dos próprios NSAs em si, porém levando em consideração as devidas especificidades que podem recair sobre e/ou alterar o fenômeno tal como ele ocorre em cada um dos comitês.

AS OUVIDORIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA ATUAÇÃO

Aluno: Igor Martins dos Santos¹

Orientadora: Natasha Schmitt Caccia Salinas²

Área de concentração: Direito da regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Resultados alcançados; 4. Considerações finais; 5. Referências

Resumo

As ouvidorias funcionam como um importante mecanismo de participação social, ouvindo as manifestações e opiniões dos cidadãos, usuários de serviços públicos, no contexto das agências reguladoras federais. Em face dessa atuação, há de se verificar, contudo, se as ouvidorias das agências reguladoras vêm exercendo seu papel de maneira correta e adequada. Isso porque, caso se constate que determinada ouvidoria não está cumprindo plenamente seu papel, medidas podem ser tomadas para corrigir essa atuação defeituosa. Os remédios podem, nesse sentido, vir da atuação de ouvidorias de outras agências, que demonstrem um bom funcionamento e utilizem de bons mecanismos para responder às pessoas e dirimir conflitos. É com este panorama em mente que esse estudo foi realizado. Aqui, portanto, procurou-se sistematizar a atuação das ouvidorias das agências reguladoras nacionais; identificar o funcionamento de cada uma dessas entidades; verificar seus instrumentos de atuação; e recomendar possíveis direções e ferramentas que podem ser adotadas por demais ouvidorias com a finalidade de exercer o seu papel de maneira mais adequada. O estudo baseou-se principalmente na coleta de dados primários das ouvidorias das próprias agências. Espera-se, com esta pesquisa, ter contribuído para a compreensão do real funcionamento das ouvidorias das agências reguladoras federais no país.

1 Graduando na FGV Direito Rio.

2 Professora da FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela USP. Master of Laws (LL.M) pela Yale University. Foi também pesquisadora visitante da Yale Law School (2011-2012) e Fellow pela FGV Direito Rio (2016). Professora do curso de graduação e do programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, em regime de dedicação integral à docência.

Palavras-chave

Ouvidorias públicas; agências reguladoras federais

Substract

Ombudsmen serve as an important mechanism for social participation by listening to the expressions and opinions of citizens who are users of public services within the context of federal regulatory agencies. However, it is necessary to verify whether ombudsmen of regulatory agencies are performing their roles correctly and appropriately. If it is found that a particular ombudsman is not fulfilling its role, measures can be taken to correct its defective performance. Remedies may come from the performance of ombudsmen from other agencies that demonstrate good functioning and use good mechanisms to respond to people and resolve conflicts. With this in mind, this study was conducted to systematize the performance of national regulatory agency ombudsmen, identify the functioning of each of these entities, verify their performance instruments, and recommend possible directions and tools that can be adopted by other ombudsmen to perform their role more adequately. The study was primarily based on the collection of primary data from ombudsmen of the agencies themselves. It is hoped that this research will contribute to a better understanding of the actual functioning of federal regulatory agency ombudsmen in the country.

Abstract

Ombudsman; regulatory agencies

1. INTRODUÇÃO

O projeto aqui desenvolvido tem por objetivo analisar o desempenho das ouvidorias das agências reguladoras federais, que se caracterizam por receber, por meios de comunicações diversas, manifestações, solicitações e reclamações de grupos de interesse diretamente afetados pelos serviços e atividades econômicas regulados pelas agências. A análise desse desempenho é de primordial importância, pois as ouvidorias são dotadas de uma função social essencial, que é a de dar voz a esses grupos de interesse.

Vários estudos teóricos sobre a importância do papel das ouvidorias foram realizados, assim como análises de casos específicos de certas agências, como uma maneira de encontrar um modelo comportamental a ser seguido na realização de suas atividades. Nesse sentido, Miranda *et al* apontam que as ouvidorias públicas seriam um dos “vários instrumentos capazes de viabilizar a participação da sociedade na administração pública”³ criados no contexto da redemocratização brasileira, fortalecidos

3 MIRANDA, Mariele de Fátima Soares; MARTINS, Simone; PINTO, Tainá Rodrigues Gomide

pelo advento da Constituição de 1988. Desse modo, elas atuam como uma espécie de “elo de comunicação entre a instituição e a sociedade, pois, através deste canal, interagem entre si os mais variados agentes: demandantes-cidadãos, empresas reguladas, agências reguladoras e outros órgãos governamentais”⁴.

Nesse sentido, Marques e Tauchen destacam que a ouvidoria se caracteriza por ser “um instituto de controle e participação social”⁵. O termo controle, aqui, referindo-se a “duas acepções, quais sejam: o controle interno exercido em parceria com os outros órgãos citados, e o controle social que permite a participação da sociedade nas decisões e na forma de gerir as políticas públicas”⁶.

Para além disso, a Controladoria-Geral da União (CGU) também identifica que as ouvidorias possuem um certo tipo de papel pedagógico, de modo que “atuam numa perspectiva informativa, trazendo aos cidadãos mais conhecimento sobre seus próprios direitos e responsabilidades, incrementando, assim, a capacidade crítica e autonomia dos demandantes”⁷.

Como evidenciam Marques e Tauchen, parte do trabalho da ouvidoria envolve a “capacidade de decodificar os anseios da população trazendo-os para dentro do Estado e, por outro lado, disponibilizando respostas com linguagem de fácil acesso”⁸.

Identificando uma maneira efetiva de lidar com as manifestações, Miranda *et al.*, informados pelo Manual de Ouvidoria Pública da Controladoria-Geral da União, afirmam que “a ouvidoria deve identificar suas causas, sua procedência e os meios para responder ao cidadão adequadamente”⁹. Dessa maneira, essas instituições de participação devem auxiliar “o aprimoramento de procedimentos técnicos e dinamizar a relação com o

Souza; PEREIRA, Jansen Cardoso. A ouvidoria como mecanismo de participação social: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Revista de Ciências Humanas, v. 17, n. 1. Viçosa: 2017. p. 96.

4 Idem, p. 96.

5 MARQUES, Paulo Marcelo Fonseca; TAUCHEN, Gionara. Ouvidorias públicas: cidadania e participação na perspectiva da ação comunicativa. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 30, n. 3. Goiânia: 2014. p. 502.

6 Idem, p. 502.

7 MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO: OUVIDORIA GERAL DA UNIÃO. Ferramentas de Resolução de Conflito para Ouvidorias Públicas. Brasília: 2015. p. 7.

8 MARQUES, Paulo Marcelo Fonseca; TAUCHEN, Gionara. Ouvidorias públicas: cidadania e participação na perspectiva da ação comunicativa. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 30, n. 3. Goiânia: 2014. p. 499.

9 MIRANDA, Mariele de Fátima Soares; MARTINS, Simone; PINTO, Tainá Rodrigues Gomide Souza; PEREIRA, Jansen Cardoso. A ouvidoria como mecanismo de participação social: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Revista de Ciências Humanas, v. 17, n. 1. Viçosa: 2017. p. 99.

cidadão, constituindo um mecanismo de diálogo permanente e, portanto, de exercício da cidadania”¹⁰.

Segue disso que o fortalecimento desse tipo de atuação pelas ouvidorias “pode assegurar a cidadania aos brasileiros, garantindo a vigência de seus direitos”¹¹. Ademais, isso contribuiria para a consolidação da democracia, “pois a verdadeira democracia é aquela que permite e incentiva a participação dos cidadãos na gestão pública, sendo conhecida como democracia participativa”¹².

Contudo, como apontam Marques e Tauchen, para que se consiga promover o exercício adequado de cidadania por meio da atuação das ouvidorias, estas devem: (i) possuir uma postura proativa; (ii) realizar parcerias com diferentes instituições que trabalham no campo da participação social; e (iii) realizar e captar inferências sobre a eficiência, a eficácia e a efetividade de sua atuação. Este último ponto, não obstante não partir diretamente da vontade da agência, informa parte do propósito do estudo aqui realizado.

De outra maneira, com a finalidade de ressaltar a essencialidade da existência e do emprego de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, estudo da CGU afirma que:

Na democracia participativa, os conflitos devem ser resolvidos de maneira produtiva, ou seja, com o objetivo de fortalecer a relação social na qual estão envolvidas as partes da disputa, a partir de valores, técnicas e habilidades específicas. Isso significa estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização de interesses aparentemente contrapostos.¹³

Dentro dessa visão, a CGU também afirma que o emprego desses mecanismos dentro do contexto da ouvidoria pode trazer mais benefícios à sua atuação, de maneira que:

Qualquer cidadão, seja pertencendo ao público interno ou externo, pode apresentar, sem qualquer ônus, manifestação a uma ouvidoria pública. Nesse contexto, a resolução de conflitos surge como um bom método de atuação por parte das ouvidorias. Por meio do diálogo entre as partes, a resolução pacífica permite a criação ou recriação da relação,

10 Idem, p. 99.

11 Ibid., p. 99.

12 Ibid., p. 99.

13 MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO: OUVIDORIA GERAL DA UNIÃO. Ferramentas de Resolução de Conflito para Ouvidorias Públicas. Brasília: 2015. p. 6.

propiciando a solução de conflitos por meio da comunicação, do exercício partilhado da autonomia e da força transformadora do diálogo entre o Estado e o cidadão.¹⁴

Por todas essas observações e informações, busca-se observar, portanto: se (i) as ouvidorias das agências reguladoras federais atuam corretamente – i.e., de maneira correspondente à previsão de suas atividades; e se (ii) a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos pode ser um meio útil para auxiliar a realização de parte das atividades de uma ouvidoria – i.e., solucionando problemas entre agentes regulados e entre estes e consumidores.

Diante desse cenário, este trabalho tem por objetivo analisar a estrutura e o funcionamento das ouvidorias das agências reguladoras federais, seus instrumentos de ação e sua capacidade para atender aos anseios da população assistida. Além disso, este trabalho pretende levantar possíveis caminhos e ferramentas para aperfeiçoar a atuação dessas ouvidorias.

2. METODOLOGIA

Os dados utilizados nesta pesquisa referem-se àqueles já disponibilizados nos endereços eletrônicos das agências, assim como no site consumidor.gov.br e no site da Ouvidoria-Geral da União. Eles podem ser encontrados em diversos documentos, sendo os consultados: (i) bases de dados sobre as manifestações (contendo números e informações sobre os tipos de manifestações e sobre as pessoas reclamantes); e (ii) relatórios temporais sobre a atuação das ouvidorias no recebimento e atendimento das manifestações, os quais indicam em que sentido a agência emprega suas atividades e quais são seus resultados numéricos.

Ademais, consultou-se as leis e os regimentos internos das agências a fim de se obter um embasamento normativo sobre sua atuação e a de suas respectivas ouvidorias. Além desses dados, também buscou-se informar a pesquisa com os dados obtidos por meio de pedidos de informação via Lei de Acesso à Informação (LAI). Por meio desse método, pôde-se obter: (i) dados brutos sobre os números temporais de reclamações; (ii) bases de dados sobre as manifestações; (iii) relatórios temporais sobre a atuação das ouvidorias; bem como (iv) informações sobre a existência e utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos pelas agências.

¹⁴ Ibid., p. 7.

A Tabela 1 mostra que apenas a ANA, a ANATEL, a ANS e a ANTT responderam que já disponibilizavam dados sobre suas respectivas ouvidorias. Já a ANM, a ANTAQ e a ANVISA disponibilizaram informações após serem solicitadas via LAI. Por fim, as demais agências responderam à solicitação via LAI, remetendo a outros documentos e bases de dados não solicitados diretamente. Cabe evidenciar, no entanto, que nenhuma agência reagiu ao pedido de informação negando a disponibilidade dos dados.

Dessa maneira, com o conjunto dessas informações, encontra-se um corpo de dados que auxiliam a visualização da atuação das ouvidorias em uma dimensão quantitativa, demonstrando, ainda, em que sentido as agências realmente empregam suas atividades.

Tabela 1. Coleta de dados sobre manifestações

	Agência respondeu que já disponibiliza os dados em seu site	Agência disponibilizou os dados solicitados via LAI	Agência não disponibilizou os dados solicitados via LAI	Agência disponibilizou dados não solicitados pelo autor
ANA				
ANAC				
ANATEL				
ANCINE				
ANEEL				
ANM				
ANP				
ANS				
ANTAQ				
ANTT				
ANVISA				

Fonte: Elaborado pela autoria.

Já no que diz respeito às solicitações sobre reclamações recebidas pelas ouvidorias das agências, vale ressaltar que apenas a ANAC, a ANEEL, a ANS e a ANTT (essas duas últimas, novamente) afirmaram que já disponibilizam os dados em suas plataformas, conforme pode-se ver na Tabela 2. Ademais, a ANA, a ANATEL, a ANCINE, a ANM, a ANS, a ANTAQ e a ANVISA responderam informando o número de reclamações

recebidas pelas suas respectivas ouvidorias referente aos anos de 2015 a 2019. Ainda, a ANA, a ANAC e a ANP também remeteram, em suas respostas, a outros documentos e bases de dados que não se referiam diretamente à solicitação do número de reclamações em si.

Tabela 2. Coleta de dados sobre reclamações

	Agência respondeu que já disponibiliza os dados em seu site	Agência disponibilizou os dados solicitados via LAI	Agência não disponibilizou os dados solicitados via LAI	Agência disponibilizou dados não solicitados via LAI
ANA				
ANAC				
ANATEL				
ANCINE				
ANEEL				
ANM				
ANP				
ANS				
ANTAQ				
ANTT				
ANVISA				

Fonte: Elaborado pela autoria.

3. RESULTADOS ALCANÇADOS

A partir dos dados coletados, foi possível identificar semelhanças e diferenças na atuação das ouvidorias das agências reguladoras. A Tabela 3 mostra quais atividades foram desempenhadas por cada ouvidoria. Essa visão comparativa pode auxiliar na compreensão de eventuais falhas, insuficiências e inadequações na atuação das ouvidorias das agências reguladoras.

Tabela 3. Atuação das ouvidorias

	ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANM	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA
Relatório sobre atuação da Agência/atores no mesmo campo											
Relatório sobre atuação própria											
Receber, encaminhar, acompanhar e resolver denúncias, reclamações, elogios ou críticas											
Monitorar a implementação da Lei de Acesso à Informação e da Política de Dados Abertos											
Receber denúncias de violações e de atos de improbidade administrativa											
Coordenar o processo de consulta pública											
Propor ou coordenar ações de defesa de usuários											
Propor medidas de aperfeiçoamento da atuação da agência ou de serviços relacionados											
Orientar a adoção de mediação e conciliação para dirimir conflitos entre sociedade e administração pública											
Manter e garantir o sigilo da fonte e a proteção do denunciante, quando for o caso											
Coordenar a atuação de ouvidorias privadas											
Instaurar e instruir processo administrativo de apuração de infrações e aplicação de sanções											
Promover a participação do usuário na administração pública											

Fonte: Elaborado pela autoria.

Todas as ouvidorias analisadas recebem as manifestações de consumidores e usuários dos respectivos serviços públicos, bem como elaboram relatórios e informativos sobre sua atuação.

Concede-se destaque à atuação da ANAC e da ANS no sentido de admitirem a possibilidade de denúncias em um processo administrativo quando constatada alguma improbidade administrativa. Além disso, a ANS ainda possui, isoladamente, a possibilidade de instituir um processo administrativo por conta própria a fim de apurar infrações e aplicar sanções. A ANS também é a única responsável por coordenar a atuação das ouvidorias particulares dos agentes econômicos da categoria regulatória em questão. Ademais, observa-se que a ouvidoria da ANCINE atua coordenando consultas públicas, o que lhe concede um caráter de maior contato social com os anseios e interesses populacionais.

Vale destacar também que a maioria das agências atuam no sentido de elaborarem recomendações para o aperfeiçoamento da atuação da agência como um todo, com exceção da ANATEL e ANP.

Tabela 4. Número de manifestações

	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANM (DNPM)	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	ANA	ANP
2015	3.702	7.867	1.560	1.166.780	2.950	8.979	1.333	300.378	26.573	0	N/D
2016	3.487	6.565	1.022	721.594	3.055	8.338	1.195	349.573	21.377	0	N/D
2017	3.962	5.783	935	746.951	2.311	4.200	1.108	371.596	19.665	0	N/D
2018	1.765	23.726	1.273	865.822	2.494	2.961	2.017	441.719	27.701	85	N/D
2019	68.198	0	0	1.025.871	3.099	0	0	185.098	6.601	384	N/D

Fonte: Elaborado pela autoria.

As ouvidorias da ANEEL, ANTT e ANVISA foram as que receberam maior número de manifestações entre 2015 e 2019. A ANAC também recebeu um número significativo de reclamações no ano de 2019. Isso possivelmente se deve ao fato de que, nesse ano, a agência aderiu à plataforma consumidor.gov.

As agências que mais recebem manifestações não são necessariamente as mais efetivas e eficientes nessa atuação. O número de manifestações recebidas parece ter mais relação com fatores como maior quantidade de agentes econômicos presentes no âmbito regulatório da agência e maior amplitude da influência do serviço no cotidiano.

Mesmo diante disso, se comparado com o número de registro de agências como a ANA, a ANCINE e a ANP, as quais possuem registro em baixos números, ou nenhum registro de manifestações recebidas pelas suas respectivas ouvidorias, pode-se compreender que ouvidorias com

altos números podem estar captando melhor as opiniões dos consumidores e usuários.

Sobre a incompletude dos dados referentes ao ano de 2019, ela é justificada tendo em vista a indisponibilidade total ou parcial dos dados ao tempo da realização da pesquisa. Dessa maneira, a ANATEL, a ANCINE, a ANS, a ANTAQ e a ANP não disponibilizavam registro próprio do número de manifestações e a ANVISA apresentava dados apenas referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2019.

A respeito das informações obtidas sobre a ANM, ressalta-se que elas são referentes aos dados coletados pela ouvidoria do Departamento Nacional de Produção Mineral (DPNM) e não diretamente pela ouvidoria da própria ANM, tendo em vista que a constituição e estruturação desta é recente.

Já com relação à quantidade de reclamações registradas pela ouvidoria de cada agência, verifica-se que aquelas que possuem números mais expressivos durante todo o período analisado são a ANATEL, a ANEEL, a ANTT e a ANVISA, conforme mostra a Tabela 5. A mesma observação feita sobre 2019 para a ANAC permanece, uma vez que essa agência registrou alto número de reclamações para o ano em questão.

Além disso, também permanecem os argumentos apresentados sobre a falta de causalidade direta entre o alto número de registro e um bom desempenho da ouvidoria da agência, mesmo que os números possam vir a apresentar uma maior captação dos interesses e anseios da população dessas ouvidorias quando comparadas com aquelas que não registraram nenhuma reclamação (como a ANA) ou vieram a registrar números baixíssimos (como a ANCINE e a ANA).

Os números para o ano de 2019 da ANCINE e da ANTAQ não foram disponibilizados ao tempo da pesquisa.

A ANP, diferentemente, disponibilizou dados quando solicitada via LAI. No entanto, os números apresentados em resposta correspondiam ao somatório de denúncias e reclamações, sendo que a mesma explicou que o registro desses dois tipos de manifestações era feito indissociadamente. Dessa maneira, os números apresentados não correspondem ao total de reclamações em si.

Novamente, sobre os dados da ANM, revela-se que eles são aqueles registrados pela ouvidoria do DNPM. No entanto, para o ano de 2019, foram disponibilizados os dados registrados pela ouvidoria da própria ANM, não obstante o número ser baixo.

De modo a conferir maior suporte, também, à análise dos dados quantitativos, discriminou-se, no Gráfico 1, o número total de reclamações recebidas pelas ouvidorias das agências reguladoras nacionais com base nos dados da Ouvidoria-Geral da União, fornecidos no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União.

Tabela 5. Número de reclamações

	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANM (DNPM)	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	ANA	ANP
2015	3.514	7.867	86	164.494	39	1.157	152	29.228	10.502	0	20.219
2016	3.320	6.565	95	149.219	44	1.237	140	26.272	7.731	0	26.559
2017	3.909	5.783	79	148.625	17	1.291	258	23.637	7.825	0	30.362
2018	1.741	3.499	163	153.691	5	915	521	33.453	6.714	12	37.005
2019	5.097	3.089	N/D	187.873	89*	1.099	N/D	14.279	18.135	75	33.731

Fonte: Elaborado pela autoria.

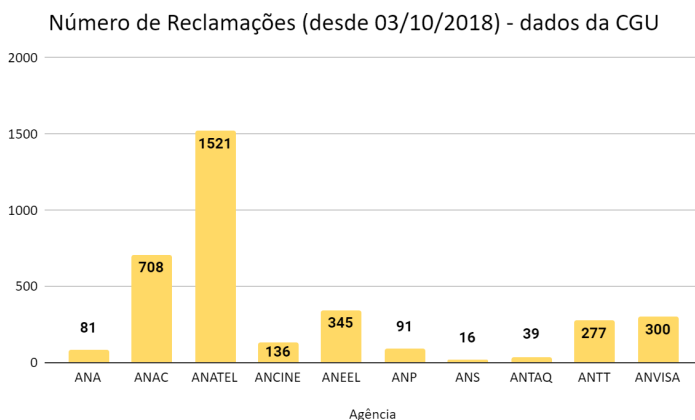


Gráfico 1. Dados colhidos da base de dados da Controladoria-Geral da União, por meio da plataforma e-OUV. Dados de 03/10/2018 até 17/12/2019.

Fonte: Elaborado pela autoria.

O Gráfico 1 mostra que a ANATEL e a ANAC apresentam elevado número de reclamações recebidas por meio da Ouvidoria-Geral da União (e-Ouv). Diferentemente, as ouvidorias de agências que apresentam elevado registro próprio, tais como a ANEEL, a ANTAQ e a ANVISA, verificam um baixo número de reclamações registradas na plataforma da e-Ouv. Uma possível explicação para isso é que as reclamações se encontram concentradas nos veículos próprios das ouvidorias de tais agências, por conta de uma ampla difusão de sua utilização, de maneira que restariam poucos casos a serem captados por outros meios.

Com a finalidade de elucidar a correspondência legal e o processo da atuação das ouvidorias, construiu-se uma tabela demonstrando a previsão normativa de sua atuação, com adição da explanação do caminho de registro da reclamação e da análise sobre existência e previsão de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias no âmbito de cada agência reguladora.

15 Idem.

16 Dados não disponíveis até o momento de finalização da pesquisa.

Tabela 6. Métodos alternativos de resolução de conflitos nas ouvidorias

	Funcionamento da Ouvidoria	Método Alternativo de Resolução de Conflitos	Forma de registro das manifestações	Norma legal	Há relação entre a atuação da ouvidoria e a resolução alternativa de conflitos?
ANA	Registro de manifestações. Resposta sobre decisões correspondentes tomadas.	Não realiza	Site, por telefone e pessoalmente.	Lei 9.984/00 e 13.848/19, Regimento Interno da ANA, aprovado pela Resolução 32.	Não
ANAC	Registro de manifestações. Elaboração de possível denúncia contra agente público. Elaboração de relatórios sobre a atuação da agência.	Realiza mediação em parceria com o consumidor.gov.	Site (próprio da ANAC, ou pelo consumidor.gov) e por telefone.	Lei 11.182/05 e 13.848/19, Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução 381.	Sim
ANATEL	Registro de manifestações. Elaboração de relatórios sobre a atuação da agência.	Realiza intermediação entre consumidor e fornecedor.	Site, por telefone, pessoalmente e por aplicativo.	Lei 9.472/97 e 13.848/19 e Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução 612.	Não
ANCINE	Registro de manifestações. Encaminhamento para unidades organizacionais ou resposta direta. Realiza consultas públicas. Produz relatórios sobre suas atividades à Diretoria e sobre as consultas públicas.	Não realiza	Site (Fala-BR e e-SIC)	Lei 13.848/19, MPV 2.228-1/01 e Regimento Interno da ANCINE, aprovado pela Resolução 59.	Não
ANEEL	Registro e resposta de manifestações dos consumidores. Correção de práticas e procedimentos reincidentes de prestadoras de serviços.	Realiza mediação entre agentes econômicos e destes com respectivos consumidores.	Site, por telefone, pessoalmente, por aplicativo e por envio de carta.	Lei 9.427/96 e Decreto 2.235/97, Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME 349.	Não
ANM	Registro de manifestações. Proposição de recomendações para aperfeiçoamento dos processos. Elaboração de relatórios sobre a atuação da ouvidoria.	Não realiza	Site (Fala-BR)	Lei 13.575/17, Lei 13.848/19 e Regimento Interno da ANM, aprovado pela Resolução 2.	Não

Tabela 6. Métodos alternativos de resolução de conflitos nas ouvidorias

	Funcionamento da Ouvidoria	Método Alternativo de Resolução de Conflitos	Forma de registro das manifestações	Norma legal	Há relação entre a atuação da ouvidoria e a resolução alternativa de conflitos?
ANP	Registro de manifestações. Estabelecimento de procedimento para apuração das manifestações, com o intuito de dirimir dúvidas e problemas.	Não realiza	Site, por telefone e por fax.	Lei 9.478/97 e 13.848/19, Regimento Interno da ANP, aprovado pela Portaria 69 da ANP.	Não
ANS	Registro e resposta de manifestações. Proposição de recomendações para melhoria da eficiência da atuação da ouvidoria e da agência.	Realiza intermediação (NIP) – atrelado a um processo administrativo sancionatório – entre consumidor e operadora.	Site, por telefonema e pessoalmente.	Lei 9.961/00 e 13.848/19, Regimento Interno da ANS, aprovado pela Resolução Regimental 01.	Sim
ANTAQ	Registro e resposta de manifestações. Auxílio no aperfeiçoamento da prestação do serviço público.	Não realiza	Site, por telefone, por fax e por correspondência.	Lei 10.233/01 e 13.848/19, Regimento Interno da ANTAQ, aprovado pela Resolução 3.585.	Não
ANTT	Registro de manifestações. Elaboração de relatórios sobre a atuação da ouvidoria.	Não realiza	Site, por telefone, presencialmente e por e-mail.	Lei 10.233/01 e 13.848/19, Regimento Interno da ANTT, aprovado pela Resolução 5.810.	Não
ANVISA	Registro de manifestações. Estabelecimento de procedimento para apuração das manifestações. Toma providências para a correção de irregularidades.	Realiza mediação entre consumidores e agentes regulados por meio do sistema Ouvidori@tende.	Site	Lei 9.782/99 e 13.848/19, Regimento Interno da ANVISA, aprovado pela Resolução da Diretoria Colegiada 255.	Sim

Fonte: Elaborado pela autoria.

A Tabela 6 mostra os pontos de maior destaque da atuação das ouvidorias das agências reguladoras federais. Dá-se maior destaque, nesse contexto, para a atuação diferenciada da ouvidoria da ANCINE, a qual realiza e coordena as audiências públicas da agência, assim como da ouvidoria da ANAC, a qual passa a realizar denúncias contra agentes econômicos da categoria regulada, se for o caso.

Já sobre a identificação de quais agências usufruem de algum tipo de método alternativo de resolução de conflito, percebe-se que a ANAC, a ANATEL, a ANEEL, a ANS e a ANVISA possuem mecanismos institucionais com esse propósito. Sendo assim, elas podem passar a realizar, por exemplo, mediação entre agentes econômicos e entre estes e consumidores, assim como intermediação, por conta própria, entre consumidores e fornecedores de um determinado serviço público.

Não obstante a presença desses mecanismos dentro dessas agências, identificou-se que em apenas três dos cinco casos as ouvidorias das agências atuavam dentro do contexto da resolução alternativa de conflitos. São os casos da ANAC, da ANS e da ANVISA. Para os outros dois casos, observou-se que outros órgãos internos da agência gerenciavam o processo de resolução alternativa de conflitos, mesmo que sua atuação não implique na obstaculização da atuação da ouvidoria como um todo.

Por fim, evidencia-se que não obstante a possibilidade de utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos pela agência em si, a fim de dirimir conflitos entre agentes econômicos e usuários, as ouvidorias podem atuar no sentido de sugerir e orientar a adoção de mediação e conciliação para resolver algum outro conflito entre os usuários e a administração pública, tal como o fazem as ouvidorias da ANAC e ANTT.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as observações anteriormente realizadas, pode-se verificar que as ouvidorias que possuem um sistema bem estruturado para recebimento e tratamento das manifestações dos usuários são aquelas que apresentam os maiores registros (numéricos) desse tipo de atuação. Assim, elas atendem ao seu propósito de funcionar como um veículo de diálogo entre a agência e a população, atendendo e respondendo aos anseios e agonias desta.

Contudo, não se pode afirmar que há uma relação direta entre o funcionamento de uma determinada ouvidoria e o número de registros que ela alcança, uma vez que tal quantidade ainda é afetada por uma série de outros fatores, como conhecimento populacional sobre a existência e o funcionamento da ouvidoria, qualidade do serviço público prestado, quantidade de pessoas que usufruem de tal serviço etc.

No entanto, a previsão e utilização de um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, como realizado pela ANAC, ANATEL, ANEEL, ANS e ANVISA, pode auxiliar a ouvidoria no tratamento das manifestações dos usuários, e, conseqüentemente, no seu propósito de servir como uma maneira de participação social dos cidadãos.

Desse modo, para além de uma estruturação mais clara e transparente, identifica-se que as ouvidorias podem realizar parcerias com outras instituições a fim de escutar mais atentamente aos anseios populacionais e resolver os conflitos derivados destes, como realizado pela ANAC, assim como instituir mecanismos próprios de intermediação das reclamações dos usuários efetuadas contra agentes econômicos, como feito pela ANATEL. Ademais, se o objetivo da ouvidoria é possibilitar maior participação social dos cidadãos na administração pública, então outros campos de atuação podem ser atribuídos a sua responsabilidade, como a coordenação de consultas públicas, assim como verificado pela experiência da ANCINE.

5. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: I Semestre 2015**. Brasília: 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: I Semestre 2016**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: II Semestre 2016**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: I Semestre 2017**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: II Semestre 2017**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: I Semestre 2018**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: II Semestre 2018**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Relatório Semestral da Ouvidoria: I Semestre 2019**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório Analítico da Ouvidoria da Anatel: 2015**. Brasília: 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório Analítico da Ouvidoria da Anatel: 2016**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório da Ouvidoria adhoc 02/2017**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Relatório de Apreciação Crítica da Atuação da Anatel: 2018**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Relatório de Gestão do Exercício de 2015**. Rio de Janeiro: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Relatório de Gestão do Exercício de 2016**. Rio de Janeiro: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Relatório de Gestão do Exercício de 2017**. Rio de Janeiro: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Relatório de Gestão do Exercício de 2018**. Rio de Janeiro: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Ouvidoria Setorial em Números 2015: Aspectos Técnicos e Comerciais**. Brasília: 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Ouvidoria Setorial em Números 2016: Aspectos Técnicos e Comerciais**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Ouvidoria Setorial em Números 2017: Aspectos Técnicos e Comerciais**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Ouvidoria Setorial em Números 2018: Aspectos Técnicos e Comerciais**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Ouvidoria Setorial em Números 2019: Aspectos Técnicos e Comerciais**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **Relatório de Atividades da Ouvidoria: Ano 2018**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **Relatório de Atividades da Ouvidoria: Mês de Dezembro de 2019**. Brasília: 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Ouvidoria: Relatório de Atividades 2015**. Rio de Janeiro: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Ouvidoria: Relatório de Atividades 2016**. Rio de Janeiro: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Ouvidoria: Relatório de Atividades 2017**. Rio de Janeiro: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Ouvidoria: Relatório de Atividades 2018**. Rio de Janeiro: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Ouvidoria: Relatório Anual de 2015**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Ouvidoria: Relatório Anual de 2016**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Ouvidoria: Relatório Anual de 2017**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Relatório Anual da Ouvidoria: 2018**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Relatório de Resultados da Ouvidoria: 2015**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Relatório de Resultados da Ouvidoria: 2016**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Relatório de Resultados da Ouvidoria: 2017**. Brasília: 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Relatório de Resultados da Ouvidoria: 2018**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **OUVIDORIANTT | Relatório de Atividades: I Semestre de 2019**. Brasília: 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Relatório Ouvidoria 2015: Relatório Anual Sintético**. Brasília: 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Relatório da Ouvidoria 2016**. Brasília: 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Relatório Atividades 2018: Ouvidoria da ANVISA**. Brasília: 2019.

MARQUES, Paulo Marcelo Fonseca; TAUCHEN, Gionara. Ouvidorias públicas: cidadania e participação na perspectiva da ação comunicativa. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 30, n. 3. Goiânia: 2014. p. 497-511.

MIRANDA, Mariele de Fátima Soares; MARTINS, Simone; PINTO, Tainá Rodrigues Gomide Souza; PEREIRA, Jansen Cardoso. A ouvidoria como mecanismo de participação social: o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. **Revista de Ciências Humanas**, v. 17, n. 1. Viçosa: 2017. p. 95-114.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO: OUVIDORIA GERAL DA UNIÃO. **Ferramentas de Resolução de Conflito para Ouvidorias Públicas**. Brasília: 2015.

CONSEQUENCIALISMO E DECISÃO JURÍDICA: LIMITES ESTRUTURAIS E CONSTITUCIONAIS DAS RECENTES ALTERAÇÕES DA LINDB - O CASO DO ARTIGO 20

Aluna: Juliana de Oliveira Delfino¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. O impacto do uso de princípios sobre a segurança jurídica; 4. Problemas estruturais do raciocínio consequencialista; 5. Alterações Trazidas pelo art. 20 da LINDB; 5.1. Possível posicionamento dos tomadores de decisão frente às alterações; 6. Discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo; 7. Reações dos juristas ao dispositivo; 8. Conclusão; 9. Bibliografia

Resumo

Este trabalho é o resultado de um projeto de pesquisa sobre as alterações feitas na LINDB, com foco especial no artigo 20, que visa analisar a constitucionalidade e os limites do raciocínio consequencialista a partir das elucidações das respectivas doutrinas sobre cada um dos temas. A partir disso, é possível saber se as modificações feitas na LINDB, com o fim de garantir mais segurança jurídica nas decisões, são plausíveis. Ao final, constatou-se que (i) existem problemas estruturais no raciocínio consequencialista, que devem ser considerados pelos juristas e que impõe problemas de operacionalização ao Artigo 20 da LINDB; e (ii) o dispositivo é constitucional.

Palavras-chave

Consequencialismo; artigo 20 da LINDB; mudanças; constitucionalidade; segurança jurídica.

Abstract

This essay is the result of a research project about the amendments that have been made to LINDB, with special attention to the Article 20, that seeks to analyze the constitutionality and the boundaries of consequentialist

1 Graduanda na FGV Direito Rio.

2 Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu e membro do corpo docente permanente do PPGD da FGV Direito Rio. Professor da Graduação da FGV Direito Rio.

reasoning from the elucidations from the pertinent doctrines. By doing so, it is possible to know if the changes that were made in LINDB to guarantee more legal certainty in the decision making are plausible. In the end, it was found that (i) there is structural problems in the consequentialist reasoning which should be considered by the jurists and which impose operationalization problems to the Article 20 from LINDB; and (ii) the legal instrument is constitutional.

Keywords

Consequentialism; Article 20 of the LINDB; amendments; constitutionality; legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto, o direito público brasileiro apresenta uma tendência ao pragmatismo, o que fica visível pelas alterações legislativas feitas sobre a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).³

O PL 7.448/17,⁴ com a pretensão de garantir uma maior eficiência e segurança jurídica por meio de um alinhamento maior entre as finalidades públicas constitucionais, a segurança jurídica, a realidade e as decisões institucionais, sugeriu alterações na LINDB. Em sequência, tal projeto de lei foi transformado, com alguns vetos, na Lei 13.655/2018,⁵ que passou a vigorar em 26 de abril de 2018, data de sua publicação.

O art. 20⁶ da LINDB obriga o tomador de decisões que optar por basear sua decisão em valores vagos a utilizar do raciocínio consequencialista e abordar alguns elementos da regra da proporcionalidade sobre as “possíveis alternativas”. *In verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

3 BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

4 BRASIL. PL 7448, de 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>>. Acesso em: 10 set. 2019.

5 BRASIL. Lei 13.655, de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

6 BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

A partir disso, surgem argumentos conflitantes de juristas sobre o artigo, envolvendo tanto sua inconstitucionalidade – pela violação de princípios da separação de poderes e do contraditório –, quanto os efeitos sobre a qualidade e sobre o processo decisório – o qual por parte da doutrina é visto como mais transparente e cuidadoso, enquanto por outros juristas é entendido como uma exigência excessiva e uma interferência na liberdade decisória; e também há aqueles que acreditam que o dispositivo é redundante e não produzirá impacto efetivo. Além disso, sobre o raciocínio consequencialista há uma extensa produção doutrinária internacional.

Posto isso, fica visível o grande peso/impacto dessas alterações na área jurídica tendo em vista que há diversas discussões envolvendo: (i) a constitucionalidade das alterações; (ii) como os tomadores de decisão devem se posicionar frente aos novos Artigos da LINDB e ao Decreto 9.830/19;⁷ e (iii) os problemas e as vantagens do consequencialismo. Assim, a resposta do problema de pesquisa – se as mudanças feitas na LINDB para garantir a segurança jurídica na tomada de decisão são justificáveis – será formada a partir da análise dos três pontos de discussão supracitados.

Tendo em vista a influência das normas da LINDB sobre as três esferas (controladora, judicial e administrativa) que são obrigadas a segui-las, a diversidade de argumentos conflitantes que estão sendo levantados recentemente por diversos juristas e a falta de conhecimento pelos juristas brasileiros sobre as elucidações sérias feitas sobre os problemas estruturais do consequencialismo, o tema do projeto possui grande relevância. Assim, justifica-se a elaboração de uma pesquisa que abarque todos esses aspectos.

Dito isso, os resultados desse projeto⁸ serão expostos nas seguintes seções: (i) Metodologia; (ii) O Impacto do Uso de Princípios Sobre a Segurança Jurídica; (iii) Problemas Estruturais do Raciocínio Consequencialista; (iv) Alterações Trazidas pelo Artigo 20 da LINDB; (v) Possível Posicionamento dos Tomadores de Decisão Frente às Alterações; (vi) Discussão Sobre a Constitucionalidade do Dispositivo; (vii) Reações dos Juristas ao Dispositivo; e (viii) Conclusão.

7 BRASIL. Decreto 9.830, de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 10 set. 2019

8 Projeto de pesquisa Consequencialismo e decisão jurídica: limites estruturais e constitucionais das recentes alterações da LINDB. O “caso do artigo 20” vinculado à área de concentração de direito da regulação, à linha de pesquisa de governança regulatória, instituições e justiça e ao projeto estruturante de interações institucionais e processo decisório regulatório.

2. METODOLOGIA

A construção metodológica do projeto seguiu o seguinte percurso: (i) delimitação da proposta de cada pesquisador, no contexto geral da proposta do professor orientador; (ii) apresentação expositiva pelo orientador de algumas discussões jurídicas relacionadas ao projeto; (iii) troca de ideias sobre o tema; (iv) divisão da leitura da bibliografia existente sobre o tema; (v) esquematização e apresentação de informações sobre as leituras; (vi) distribuição de artigos da LINDB entre os alunos participantes da pesquisa; (vii) exposição das intenções de cada pesquisador quanto à maneira de endereçamento do respectivo artigo; (viii) disposição das construções traçadas durante o projeto no presente relatório.

Primeiro, no dia de agosto de 2019, o orientador apresentou, com mais completude e complexidade, o tema abordado pelo projeto e a sua pretensão em relação a como seria o seu desenvolvimento. O projeto, inicialmente, tinha como objetivo a elaboração de um memorial de *amicus curiae* para, a depender da posição adotada pelos participantes da pesquisa, apresentar argumentos favoráveis ou contrários à inicial da Anamatra. No entanto, em função de questões institucionais, isto não se mostrou possível e optou-se pela elaboração de artigos acadêmicos. A proposta do professor foi, portanto, conduzir as atividades de modo a assistir os alunos, ao mesmo tempo que estabeleceria certa autonomia para incentivar a criatividade, levando à construção de um trabalho que combinaria a individualidade de cada participante do projeto com os problemas de pesquisa apresentados no projeto principal. Da iniciação científica participaram, como bolsistas, o aluno Egmon Henrique e a aluna Juliana Delfino e, como voluntários, os alunos Bernardo Andreiuolo e Fábio Amorim.

Na mesma reunião, passaram-se as primeiras tarefas de coleta de bibliografia. O objetivo era encontrar manifestações dos juristas sobre as alterações da LINDB, assim como textos sobre raciocínio consequencialista relacionados ao conjunto de transformações que inspiraram mudanças no direito público brasileiro. Os alunos bolsistas, que já haviam acompanhado a disciplina de Teoria da Decisão, ficaram responsáveis por pesquisar bibliografia acadêmica em periódicos especializados, enquanto os pesquisadores voluntários dividiram a busca por artigos de opinião. Os bolsistas procuraram por bibliografia nas notas de rodapé da Edição Especial da *Revista de Direito Administrativo*, que trata especificamente das mudanças da LINDB, assim como por livros e artigos na internet – principalmente no Academia.edu e no Google Acadêmico. Por sua vez, os voluntários pesquisaram, sobretudo, no Jota e no Conjur por material sobre a aplicação das mudanças na LINDB em várias esferas do Direito.

A busca da bibliografia se deu entre o período de 6 e 28 de agosto de 2019 com a inserção de palavras-chave nos mecanismos de busca dos

sites citados anteriormente, sendo elas: o termo “LINDB” ou “Lei 4.657” seguido dos novos artigos, “Decreto 9.830” (que regulamentou as alterações) e “Lei 12.376” (que deu nova redação à LINDB). Nessa coleta, fez-se uma leitura superficial dos textos, no intuito de sabermos se eles abordavam o tema da pesquisa. Em seguida, os textos encontrados foram inseridos em uma tabela no Google Drive, que posteriormente seria avaliada pelo orientador.

Segundo, na data de 28 de agosto de 2019, o orientador apresentou as diferentes posições sobre o tema, com fulcro em textos acadêmicos sobre segurança jurídica e consequencialismo, que foram encaminhados para os alunos. Nessa reunião, o orientador e os pesquisadores discutiram sobre a bibliografia coletada e inserida na tabela. Ao todo, 71 textos foram descartados seguindo um dos três critérios que caracterizam certo texto como “não relevante”: (a) desvio do tema, (b) impossibilidade de acessar o texto online ou fisicamente, ou (c) o texto constava mais de uma vez na tabela. A partir disso, foi feito um documento no Google Drive com os textos que não foram descartados. A bibliografia final foi de 32 textos da pesquisa dos voluntários e 28 da pesquisa dos bolsistas, totalizando 60 textos compostos por artigos acadêmicos, notícias e textos de opinião.

Entre 2 setembro de 2019 e 7 de outubro de 2019, os alunos foram divididos pelo professor para a leitura de toda a bibliografia selecionada, orientados pelo seguinte critério: os alunos voluntários leriam a bibliografia encontrada principalmente nos sites Conjur e Jota; já os alunos bolsistas leriam os artigos acadêmicos, que foram divididos igualmente entre si. Os Anexos 1 e 2 indicam os textos que foram lidos por cada aluno, assim como os meios pelos quais eles foram acessados e seus respectivos autores. Com isso, para que os pesquisadores estivessem cientes dos resultados, classificamos individualmente os textos entre “relevantes” e “não relevantes” à pesquisa.

Em sequência, em 18 de outubro de 2019 e 22 de outubro de 2019, os pesquisadores apresentaram suas reações ao que foi exposto e suas expectativas sobre o que seria sustentado nas próprias construções finais. Nessas reuniões, o orientador e os pesquisadores definiram em conjunto o que seria apresentado como resultado do projeto. Definiu-se que, além de relatórios como este e apresentações do projeto, os pesquisadores deveriam construir um texto acadêmico sobre um dos artigos alegados como inconstitucionais na ADI da Anamatra.

Como grande parte da bibliografia não fez críticas à constitucionalidade dos artigos, mas trataram de problemas ligados à eficácia e operacionalização de cada um deles, definiu-se que o trabalho individual deveria abordar não apenas os argumentos da Anamatra. Caso o pesquisador concordasse com a constitucionalidade do artigo, o texto final também deveria

abordar os problemas comentados pela literatura atual. Para determinar sobre qual artigo da LINDB cada pesquisador iria escrever, houve um sorteio. A divisão ficou da seguinte maneira: (i) Artigo 20 (Juliana Delfino), (ii) Artigo 21 (Bernardo Andreiuolo), (iii) Artigo 22 (Egmon Henrique) e (iv) Artigo 23 (Fábio Amorim).

Na data de 1º de novembro de 2019, cada pesquisador apresentou ao orientador como pretendia endereçar seu respectivo artigo da LINDB, de modo a receber críticas construtivas. A finalidade principal dessa etapa foi delimitar o escopo do trabalho, para garantir que os pontos levantados fossem bastante explorados dentro do limite de páginas. Entre novembro de 2019 e janeiro de 2020, os alunos individualmente organizaram em documentos a estrutura de seus artigos em tópicos, seguidos de breves explicações sobre o que seria tratado. Esses documentos foram enviados ao orientador e receberam comentários, a partir dos quais os alunos puderam delimitar seus temas.

Em 20 de fevereiro de 2020, realizou-se uma reunião para a definição dos prazos de entrega dos artigos e relatórios dos pesquisadores. Inicialmente, marcou-se uma exposição das pesquisas individuais do projeto, mas ela foi cancelada devido à quarentena. Apesar disso, os alunos continuaram se comunicando com o orientador por meios digitais e desenvolveram suas pesquisas. No dia 8 de maio de 2020, os alunos e o orientador se reuniram pelo Zoom para sanar dúvidas e traçar novos prazos de entrega dos resultados.

3. O IMPACTO DO USO DE PRINCÍPIOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Existem incertezas estruturais que são naturais/inerentes ao funcionamento do ordenamento jurídico moderno, já que existem casos complexos para os quais o sistema jurídico não provê somente uma resposta correta, considerando que o modelo do silogismo judicial não é suficiente para solucionar todos os casos.⁹ Apesar do sistema jurídico não ser capaz de promover uma segurança absoluta, deve-se combater as inseguranças patológicas que são vistas nas decisões que não garantem interesses protegidos juridicamente.¹⁰ E, essa incerteza judicial patológica pode ser resultado de dois fatores independentes entre si: (i) enviesamento do tomador de decisão durante a determinação do conteúdo decisório, o que pode derivar em imprevisibilidade; e/ou (ii) meios, já que a morosidade do sistema judiciário afeta os mercados.¹¹

9 FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L. F.; ARGUELHES, D. W. **Jurisdição, incerteza e estado de direito**. RDA 243, 2006. p. 80-97

10 Idem.

11 Ibidem.

Apesar de muitas vezes, mesmo que não seja necessário – por existir uma regra clara, aplicável e desejável para o caso concreto pelos benefícios em termos de segurança jurídica derivados do formalismo e pela pressuposição de que o Legislador já observou as possíveis consequências no momento da elaboração da lei –,¹² juízes possuem a cultura de invocar valores vagos para fundamentar suas decisões. Sobre o problema do uso dos princípios como fonte de insegurança jurídica pode-se dizer que “o problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”, como leciona Carlos Ari Sunfeld.¹³

Ainda, pesquisa divulgada pela AMB indica que juízes já consideravam como fatores de influência predominante na tomada de decisão as consequências sociais e econômicas.¹⁴ Assim, os juízes já recorriam ao uso de prognoses para decidir o que foi positivado pelo Artigo 20 da LINDB. Partindo do pressuposto traçado por Carlos Ari, o uso incorreto (por preguiçosos ou espertos) de um instrumento de fundamentação é decisivo para definir o cenário de insegurança jurídica.¹⁵ Portanto, é necessário o conhecimento sobre o uso adequado do instrumento: raciocínio consequencialista.

4. RACIOCÍNIO CONSEQUENCIALISTA E OS SEUS PROBLEMAS

De início, vale expor no que consiste o raciocínio consequencialista a partir de suas etapas. São elas: (i) identificação das alternativas de decisão; (ii) identificação das consequências atreladas a cada uma; e (iii) identificação de um critério de valoração que uma vez aplicado marca a transição da fase descritiva do raciocínio para a fase normativa.¹⁶ Em suma, nesse tipo de raciocínio prospectivo (orientado para o futuro) analisam-se quais efeitos podem surtir a partir de certa ação. E o consequencialismo jurídico pode ser entendido “como qualquer programa teórico que se propõe a condicionar, [...] a adequação jurídica de uma determinada decisão

12 SUNSTEIN, C. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? In: RODRIGUEZ, J.R. (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

13 SUNDFELD, C.A. Princípio é preguiça? In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200135>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

14 SADEK, M.T. **Magistratura: caracterização e opiniões**. 2005

15 SUNDFELD, C.A. Princípio é preguiça? In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200135>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

16 LEAL, F. **Ziele und Autorität. Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014; SCHUARTZ, L.F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, 2008. p. 131-133.

judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas”.¹⁷

No campo da tomada de decisão consequencialista, há três fatores que podem resultar em incerteza. São eles: (i) inconfiabilidade da prognose para validar o argumento; (ii) incapacidade humana pela racionalidade limitada de visualizar todos os meios e fins ou por tenderem a ajustar suas intenções ao mais satisfatório possível, e não, maximizar preferências¹⁸ e (iii) diversidade e abertura dos critérios de valoração – o que pode ser problemático pela indeterminação dos significados, pela identificação de quais são os critérios e pela possibilidade de haver conflito entre eles.¹⁹ Sendo assim, para que haja o uso saudável do consequencialismo, deve-se procurar atenuar os problemas advindos tanto da natureza dos tomadores de decisão, quanto da natureza do ambiente.²⁰ No que concerne à confiabilidade da prognose, existe uma assimetria fundamental entre o presente futuro e o futuro presente, como ensina Luhmann.²¹ Ou seja, quanto mais longe o evento previsto é do presente, maior é a distanciação entre a previsão do que acontecerá e o que efetivamente acontecerá. Assim, não há uma certeza necessidade sobre as prognoses.

O uso de argumentos do tipo “efeito dominó”²² é outro problema da dimensão descritiva ao qual os tomadores de decisão precisam atentar. Já que a confiabilidade das prognoses também é determinada pela distância do futuro e a consequência de certa decisão pode se desdobrar em efeitos sucessivos – uma larga extensão das cadeias de consequências que levará em consideração, pode levar à produção de falácias.²³

Sobre o ponto dois, Simon Hebert ensina que a racionalidade é limitada pelas (i) suposições sobre o decisor (conhecimento completo sobre as prescrições e sobre as alternativas – o que pode implicar em incerteza e risco) que se aplicam no momento de calcular o ponto ótimo de decisão; (ii) pela falta de informação sobre as alternativas; e (iii) suposição de que há complexidade em fatores que possam constranger o decisor a calcular de maneira diferente o que levaria ao ponto ótimo da decisão.²⁴

17 SCHUARTZ, L.F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, 2008. p. 130-131.

18 SIMON, H. A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69. n. 1, fev. 1955. p. 99-118.

19 LEAL, F. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? **Direito e Economia: Diálogos**. 2019, p. 96.

20 JONES, B. D. Bounded rationality. **Annual review of political science** 2.1, 1999. p. 305-309.

21 LUHMANN, N. **Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive**. Neue Hefte für Philosophie, Göttingen, v. 20, 1981. p. 6-7. e LEAL, F. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? **Direito e Economia: Diálogos**. 2019. p. 95.

22 _____, **Direito e economia: Diálogos**. 2019. p. 95-96.

23 WALTON, D. Historical origins of argumentum ad consequentiam. **Argumentation**, v. 13, p. 252, 1999.

24 SIMON, H. A. Theories of bounded rationality. **Decision and organization** 1.1. 1972. p.163-164.

Posto isso, fica claro que o raciocínio consequencialista possui uma série de problemas estruturais devido a fatores como a delimitação da extensão das cadeias de consequência de maneira excessiva, a racionalidade limitada do tomador de decisões, o distanciamento entre a previsão e o efetivo acontecimento futuro, e a diversidade e abertura dos critérios de valoração.

5. ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELO ART. 20 DA LINDB

De início, já fica claro pelo *caput* do Artigo 20²⁵ a positivação do uso do raciocínio consequencialista visto na necessidade de expor, na motivação, as consequências práticas da decisão somente quando esta se baseia em valores jurídicos abstratos. Assim, os tomadores de decisão que optarem por decidir com base em valores como boa-fé ou moralidade, por exemplo, devem atentar aos problemas estruturais do raciocínio consequencialista supracitados. Da mesma maneira, também pode extrair-se que essa obrigação incide sobre as decisões das esferas administrativa, judicial e controladora.

Ademais, a partir do § 1º do mesmo dispositivo pode extrair-se que verificar a necessidade e a adequação da decisão são exercícios a serem feitos pelo tomador de decisão, o que será exposto na motivação. E, tendo em vista que a regra de proporcionalidade possui três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito),²⁶ pode-se dizer que tal parte do dispositivo pretende positivar os dois primeiros elementos da regra de proporcionalidade.

No entanto, para determinar o alcance de tal dispositivo é necessário atentar ao Art. 3º, §2º, Decreto n. 9830,²⁷ que fornece um parâmetro nesse sentido. Tal dispositivo estabelece que o decisor não possui o ônus mandatório de apresentar em sua motivação consequências práticas que vão além do que foi disposto nos “fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” levados pelas partes.

5.1 Possível posicionamento dos tomadores de decisão frente às alterações

Tendo em vista a alteração introduzida pelo Artigo 20, se os tomadores de decisão optarem por decidir com base em valores vagos, devem atentar aos problemas do raciocínio consequencialista, o qual deve ser usado nesse caso.

25 BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

26 OLIVEIRA, V.B. A regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade na hermenêutica constitucional. **Revista Espaço Acadêmico** 111 (2010). ISSN 1519-6186. p. 46.

27 BRASIL. Decreto 9.830, de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

Sendo assim, para enfrentar os problemas da inconfiabilidade das prognoses necessárias para validar o argumento e da racionalidade limitada dos tomadores de decisão, estes podem buscar as informações necessárias para possibilitar um ambiente adequado para decidir,²⁸ por meio de bases de dados acessíveis e, sempre que possível, de treinamento de pessoas que auxiliam os tomadores de decisão.²⁹ Quanto à análise de dados, a procura e a abordagem não devem ser focadas só nas bases de dados que reforcem a tese final da decisão, mas sim, nas que forem relevantes (evitando uma generalização excessiva) para a decisão, mesmo que sejam conflitantes.³⁰

Além disso, existem outros pontos sobre a dimensão descritiva, especificamente sobre a confiabilidade das prognoses exigidas por raciocínios consequencialistas aos quais os decisores devem atentar. Primeiro, tendo em vista a assimetria necessária entre a previsão do que acontecerá e o que efetivamente acontecerá, deve-se atribuir um peso maior aos argumentos baseados em prognoses mais confiáveis.³¹ Segundo, tanto por essa assimetria, quanto pelo fato que uma consequência de certa decisão pode se desdobrar em efeitos sucessivos, o decisor deve limitar a extensão das cadeias de consequências que levará em consideração a fim de evitar que a decisão seja afetada por falácias.³²

6. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20

No entanto, caso o dispositivo fosse declarado inconstitucional, os tomadores de decisão não seriam obrigados a utilizar o raciocínio consequencialista caso decidissem com base em valores vagos. Questiona-se: o Artigo 20 da LINDB é inconstitucional?

A Anamatra propôs a ADI 6146, em face dos Artigos 20 ao 23 da LINDB,³³ afirmando haver necessidade de interpretação conforme dispositivos a fim de garantir o respeito aos princípios da separação de poderes (Art. 2º, CF) e do contraditório (Art. 5º, LV, CF).³⁴ Apesar de a ADI

28 SIMON, H. A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 272, jun. 1959.

29 SCHUARTZ, L.F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo** 248 (2008), p. 135-136.

30 BREST, P.; KRIEGER, L.H. Lawyers as Problem Solvers. **Temple Law Review** 72 (1999), p. 826.

31 MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, v. 58, p. 239-258, 1983.

32 WALTON, D. Historical origins of argumentum ad consequentiam. **Argumentation**, v. 13, p. 252, 1999.

33 BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

ser superficial e repetitiva, passo a analisar seus argumentos para cumprir o propósito de avaliar a (in)constitucionalidade do dispositivo analisado neste trabalho.

Apesar de a associação afirmar que “seria efetivamente interessante que o Poder Judiciário fizesse um esclarecimento sobre as consequências práticas de suas decisões”, sustenta que a imposição de utilizar o raciocínio consequencialista e analisar as “possíveis alternativas”, caso a decisão seja tomada com base em valores abstratos, feita pelo dispositivo aos decisores, deriva na assunção de uma posição pelos juízes, o que é algo condenado pela jurisprudência³⁵ e se apresenta como violação ao princípio da separação de poderes.³⁶

No entanto, não me parece razoável alegar que os juízes estariam “deixando de lado sua função única de julgador”³⁷, pelo simples fato que estes continuam proferindo a decisão/sentença. Ou seja, tendo em vista que o juiz quando prolata a sentença está informando uma decisão, e não uma sugestão ou conselho, não há atividade de consultoria feita por ele.

Da mesma maneira, a imposição de um dever adicional de fundamentação ao juiz não significa violar o princípio de livre motivação, já que o Artigo 20 nada faz de muito diferente em comparação aos Artigos 4º e 5º, também da LINDB,³⁸ os quais impõe ao juiz qual direção tomar no momento da aplicação da lei.³⁹ Do mesmo modo, o Artigo 489, §1º, II, CPC,⁴⁰ também não considera que há o preenchimento dos requisitos essenciais da fundamentação da sentença quando o juiz invoca valores abstratos, mas não demonstra porque se aplicam no caso, o que se aplica subsidiariamente às esferas administrativa e controladora.⁴¹

Vale notar que tal pontuação também encontra respaldo em outros juristas que argumentam que o dispositivo se mostra como utopicamente exigente, uma vez que analisar as consequências de maneira técnica demanda alta capacidade e tempo.⁴² Porém,

35 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. p. 9-11.

36 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. pp. 2, 16 e 20.

37 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. P. 16.

38 MARÇAL, J.F. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 26. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

39 BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

40 BRASIL. Lei 13.105, de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

41 MARÇAL, J.F. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 23. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648> >. Acesso em: 10 set. 2019.

42 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. p. 3.

é necessário ressaltar que o dispositivo não demanda, dos juízes, conhecimento extraprocessual.⁴³

A Anamatra também argumenta que é necessária a interpretação conforme duas expressões do Artigo 20 para que seja respeitado o direito ao contraditório. São elas: (i) “as consequências práticas”; e (ii) “em face das possíveis alternativas”.⁴⁴ Nessa linha, a associação argumenta que as partes deveriam limitar quais consequências e alternativas devem ser apreciadas pelo juiz, sendo o requisito imposto pelo dispositivo válido apenas quando satisfeito o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Porém, na minha visão, tal interpretação não é necessária, uma vez que o universo de consequências a ser explorado pelo juiz já é limitado aos “fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” levados pelas partes, conforme o Artigo 3º, §2º, do Decreto n. 9830.⁴⁵ Além disso, também não me parece razoável impor que as partes indiquem consequências em si, já que (i) ninguém deve ser obrigado a fazer nada se não em virtude de lei;⁴⁶ (ii) não há previsibilidade do que o juiz decidirá – impor tal obrigação traria um ônus às partes, o que pode resultar em um obstáculo ao exercício do direito de ação –;⁴⁷ e (iii) o juiz só precisaria utilizar o raciocínio consequencialista caso opte por decidir com base em valores abstratos. Por isso, se as partes apresentassem as consequências na petição ou na contestação, isso seria um problema em termos da duração razoável do processo.⁴⁸ Com isso, a outra alegação feita pela Anamatra de que o Artigo 20 impõe aos juízes que atuem sem provocação das partes, de modo a ferir o princípio da inércia, também não é consistente.⁴⁹

Por fim, vale notar que a associação também alega que o dispositivo impõe aos magistrados que legislem em casos concretos, mas não explora

43 NETO, F.D.A.M. et. al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. p. 4. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

44 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. pp. 20 e 21.

45 BRASIL. Decreto 9.830, de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

46 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, II. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

47 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, XXXV. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

48 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, LXXVIII. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

49 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. pp. 3, 2, 16 e 20.

o argumento.⁵⁰ Uma vez que o dispositivo não pretende que os juízes deixem de seguir as leis e decidam somente com base em consequências, mas sim que os decisores encarem um ônus de motivação caso pretendam fundamentar uma decisão com base em valores abstratos, e modo a garantir uma maior segurança jurídica, a pontuação da associação não se mostra sólida.

Analisados todos os argumentos da Anamatra, entendo que nenhum deles se mostra consistente e, portanto, o Artigo 20 da LINDB é constitucional.

7. REAÇÕES DOS JURISTAS AO DISPOSITIVO

Expostas as considerações sobre a constitucionalidade do dispositivo, vale trazer as considerações de outros juristas. Os seguintes pontos da alteração da LINDB foram elogiados: (i) retirada do risco de ter o pedido de autorização negado por motivos abstratos, sem que fosse possível contornar a situação que empresários sofriam de modo a melhorar as condições do empreendedorismo;⁵¹ (ii) maior transparência e responsabilidade na tomada de decisão;⁵² (iii) positivação da aplicabilidade de princípios que regem a administração pública, assim como de regras de interpretação, e

50 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019. pp. 3, 2, 16 e 20.

51 PALMA, J.B.D. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. 2019. p. 22. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019. SILVA, E.S.D. A segurança jurídica e a interpretação das normas de direito público segundo a lei 13.655/18. AJUFE. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/10830-artigo-a-seguranca-juridica-e-a-interpretacao-das-normas-de-direito-publico-segundo-a-lei-13-655-18>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

52 Impactos da nova lei que altera normas do direito brasileiro. LFC, Blog Acontece, 2019. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/entrevistas/geral/impactos-da-nova-lei-que-altera-normas-do-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019. NETO, F.D.A.M. et. al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. p. 4. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019. GIANNAKOS, D. B. D. S. **As recentes mudanças da LINDB pela Lei nº 13.655 de 2018 são Law and Economics?** Uma análise econômica do direito e a hermenêutica jurídica. *Juris Plenum Direito Administrativo*, n. 20, 2018. pp. 2-4. Disponível em: <https://www.academia.edu/39505030/As_recentes_mudancas_da_LINDB_Demetrio_Giannakos20190610_80502_1siorvr>. Acesso em: 03 de setembro de 2019. OLIVEIRA, W. L. D. "Quando o segundo sol chegar, para realinhar as órbitas dos planetas": de como a lei 13.655/2018 intenta alinhar decisões judiciais, de controladoria e administrativas à órbita da segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Alguns apontamentos. pp. 203-204. Disponível em: <https://www.academia.edu/38326894/Apontamentos_nova_LINDB_-_Revista_PGE-SC.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019. DINIZ, M. H. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 2, 2018. ISSN eletrônico: 2359-6880. p. 308. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 3 set. 2019.

dos destinatários dessas fontes normativas (integrantes das esferas administrativa, controladora e judicial);⁵³ (iv) reflete o princípio da motivação concreta;⁵⁴ (v) positiva alguns elementos da regra da proporcionalidade;⁵⁵ e (vi) promove a cultura de segurança jurídica.⁵⁶

De outro lado, outros trabalhos levantam preocupações sobre o efeito prático do dispositivo, questionado o surgimento de decisões fundamentadas por razões hipotéticas, subjetivas ou achismos – os quais podem ser considerados problemas de operacionalização do dispositivo –,⁵⁷ e também sobre a redundância do Artigo 20.⁵⁸

-
- 53 SILVA, E. S. D. A segurança jurídica e a interpretação das normas de direito público segundo a lei 13.655/18. AJUFE. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/10830-artigo-a-seguranca-juridica-e-a-interpretacao-das-normas-de-direito-publico-segundo-a-lei-13-655-18>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019. MARÇAL, J.F. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 25. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 10 set. 2019.
- 54 OLIVEIRA, C.E.E.D. A segurança hermenêutica nos vários ramos do direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018. Textos para Discussão, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 250. ISSN 1983-0645. p. 23. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td250>>. Acesso em: 3 de set. 2019. DINIZ, M.H. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. Revista Argumentum, v. 19, n. 2, 2018. ISSN eletrônico: 2359-6880. p. 307. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 3 set. 2019.
- 55 NETO, F.D.A.M. et. al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. p. 4-5. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.
- 56 JÚNIOR, C.R.S.L. A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>>. Acesso em: 7 set. 2020.
- 57 MORAIS, F.S.D.; ZOLET, L. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. Revista Jurídica – Unicuitiba, v. 53, n. 4, 2018. ISSN 2316- 753X. p. 520. Disponível em: <<http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229/371371745>>. Acesso em: 3 set 2019; DINIZ, M.H. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. Revista Argumentum, v. 19, n. 2, 2018. ISSN eletrônico: 2359-6880. p. 307. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 3 set. 2019; FRAZÃO, A. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica – parte III. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>. Acesso em: 7 set. 2019.
- 58 LEAL, F. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. Transformações do direito administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias. FGV Direito Rio, p. 25-30. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%20a%20c3%b5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 set. 2019.

8. CONCLUSÃO

A produção desse artigo se deu em torno do problema de pesquisa que visa responder se as alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018 são justificáveis. E, para responder a essa questão no âmbito específico do Artigo 20, foi necessário passar pelos seguintes pontos chave:

I – O impacto do uso de princípios sobre a segurança jurídica

Segurança jurídica foi um dos objetivos centrais do legislador ao elaborar as alterações introduzidas na LINDB. Assim, foi necessário identificar qual tipo de incerteza pretendia-se evitar e a relação dela com os elementos abordados pelo Artigo 20 da LINDB (consequencialismo e princípios). Analisando a doutrina, concluiu-se que a ideia deve ser evitar a insegurança patológica, e não a estrutural. Da mesma maneira, a doutrina, ao lado de uma pesquisa da AMB, evidencia que os juízes já utilizam esse tipo de raciocínio e valores abstratos no momento da tomada de decisão, mas o determinante para problematizar a insegurança jurídica é a sua classificação como patológica. Assim, pode-se concluir que o Artigo 20 pode ser visto como uma norma que explicita e torna obrigatório, caso o decisor opte por basear sua decisão em valores abstratos, um processo que já é feito por muitos decisores, o que pode, ou não, levar os decisores a buscar aprimorar o uso do consequencialismo, já que precisarão expor este na motivação.

II – Problemas estruturais do raciocínio consequencialista

Conforme foi estabelecido como pressuposto, a justificativa da norma passa pela garantia de mais segurança jurídica, que passa, nesse caso, pelo uso metodologicamente adequado do raciocínio consequencialista. Ou seja, para que as alterações sejam consideradas justificáveis, deve-se atentar para os problemas estruturais do raciocínio consequencialista, de modo que estes sejam evitados ou atenuados. Analisando a produção doutrinária sobre consequencialismo, ficou claro que existem tanto problemas na dimensão ou etapa positiva (baixa confiabilidade de prognoses e racionalidade limitada dos decisores para obterem e processarem as informações necessárias para a decisão), quanto na dimensão ou etapa normativa (diversidade e abertura dos critérios de valoração). E esses problemas estruturais do raciocínio consequencialista se apresentam como problemas de operacionalização do dispositivo também, o que é negativo em termos de considerar a alteração da LINDB justificável.

III – Alterações trazidas pelo Artigo 20 da LINDB

A partir da análise textual do Artigo 20 da LINDB, fica claro o alcance da norma: as três esferas (administrativa, controladora e judicial) nos casos em que a decisão for baseada em valores abstratos. E, basicamente, o que a norma dita é que nesses casos os tomadores de decisão precisam utilizar o raciocínio consequencialista na motivação, assim como também passar pela adequação e pela necessidade das possíveis alternativas. Porém, o dispositivo deve ser lido em conjunto com o Art. 3º, §2º, Decreto n. 9.830, que estabelece que as consequências práticas a serem analisadas de forma não precisam ultrapassar o que foi apresentado pelas partes.

IV – Possível posicionamento dos tomadores de decisão frente às alterações

Partindo do pressuposto que a plausibilidade da norma está relacionada com o uso metodologicamente correto do raciocínio consequencialista, foram traçadas possíveis

maneiras de lidar com os problemas estruturais do consequencialismo: uso de base de dados confiáveis e relevantes, atribuição de peso maior pelo critério de menor distanciamento com o futuro previsto e limitação da extensão das cadeias de consequências. Caso os tomadores de decisão adotem caminhos, como esses, que evitam ou atenuam os problemas estruturais do raciocínio consequencialista, a norma pode ser tida como justificável.

V – Constitucionalidade do dispositivo

Tendo em vista que a Anamatra propôs uma ADI em face de artigos da LINDB, incluindo o Artigo 20, é importante analisar os argumentos sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, que foram voltados, basicamente, para a suposta violação de princípios. A sustentação de que há uma violação do princípio de separação dos poderes pela imposição do raciocínio consequencialista e análise das possíveis alternativas derivar em uma atividade de consultoria às partes não se mostra consistente pelo simples fato que o juiz continua a proferir uma decisão autoritativa. A pontuação de que o dever adicional de fundamentação do juiz configura ofensa ao princípio da livre motivação também não é sólida, já que isso não se diferencia de outros dispositivos que impõem ao juiz qual direção tomar no momento da aplicação da lei, como o Artigo 489, §1º, II, CPC. A associação também levanta a necessidade de uma interpretação conforme para respeito ao princípio do contraditório, o que não se mostra necessário tendo em vista o complemento regulamentado pelo Artigo 3º, §2º, do Decreto

n. 9.830, pelo qual as partes limitam as consequências a serem exploradas pelo juiz, o que também mostra a falta de coesão no argumento da Anamatra de que o Artigo 20 fere o princípio da inércia, por supostamente impor ao juiz que atue sem provocação das partes. Conclui-se, então que, não havendo violação de valores constitucionais, o Artigo 20 é constitucional. De modo que a suposta inconstitucionalidade não é um ponto para levar às alterações a serem consideradas injustificáveis.

VI – Vantagens e desvantagens do dispositivo identificadas por juristas

Para analisar as vantagens e desvantagens do dispositivo, foram identificados os pontos elogiados e criticados pelos juristas. A partir disso, foram identificados diversos pontos vistos como vantagens das alterações feitas na LINDB e, mais precisamente, no Artigo 20, principalmente, a maior transparência e responsabilidade na tomada de decisão. Por outro lado, parte dos juristas se mostram céticos com esse ponto, entendendo que o dispositivo não terá efetividade em termos de promoção da segurança jurídica, mas sim, levará a um “consequenciachismo”, ou que, na verdade, não mudará o cenário devido a sua redundância.

Portanto, a resposta para a questão sobre a aptidão do Artigo 20 para promover segurança jurídica é condicionada a como os tomadores de decisão responderão a essa alteração, ou seja, levando em consideração os problemas estruturais do consequencialismo e como atenuá-los. No entanto, a questão da constitucionalidade não é um problema em termos da plausibilidade da alteração, tendo em vista que não há violação de nenhum valor constitucional.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Decreto 9.830, de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 13.105. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 13.655, de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 13.105, de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 4.657, de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. PL 7448, de 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 6146. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 22/05/2019.

BREST, P.; KRIEGER, L.H. Lawyers as Problem Solvers. **Temple Law Review** 72 (1999), p. 826.

FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L. F.; ARGUELHES, D. W. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **RDA** 243, 2006. p. 80-97.

DINIZ, M. H. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. v. 19, n. 2, 2018. ISSN eletrônico: 2359-6880. p. 306-308. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 3 set. 2019.

FRAZÃO, A. **A importância da análise de consequências para a regulação jurídica - parte III**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>. Acesso em: 7 set. 2019.

GIANNAKOS, D. B. D. S. As recentes mudanças da LINDB pela Lei nº 13.655 de 2018 são Law and Economics? Uma análise econômica do direito e a hermenêutica jurídica. **Juris Plenum Direito Administrativo**, n. 20, 2018. p. 2-4. Disponível em: <https://www.academia.edu/39505030/As_recientes_mudancas_da_LINDB_Demetrio_Giannakos20190610_80502_1siorvr>. Acesso em: 3 set. 2019.

Impactos da nova lei que altera normas do direito brasileiro. LFC, **Blog Acontece**, 2019. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/entrevistas/geral/impactos-da-nova-lei-que-altera-normas-do-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 set. 2019.

JONES, B. D. Bounded rationality. **Annual review of political science** 2, 1999. p. 305-309.

JÚNIOR, C.R.S.L. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>>. Acesso em: 7 de setembro de 2020.

LEAL, F. “Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?” p. 96. In: **Direito e Economia**: Diálogos, 2019.

_____. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. **Transformações do direito administrativo**: Consequencialismo e estratégias regulatórias. FGV Direito Rio, p. 25-30. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%C3%A7%C3%B5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Ziele und Autorität. **Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden- Baden: Nomos, 2014.

LUHMANN, N. **Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive**. Neue Hefte für Philosophie, Göttingen, v. 20, p. 6-7, 1981. 1881. MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, p. 239-258, 1983.

MARÇAL, J.F. **Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. p. 23-26. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648> >. Acesso em: 10 set. 2019.

MORAIS, F.S.D.; ZOLET, L. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica – Unicritiba**, v. 53, n. 4, 2018. ISSN 2316- 753X. p. 520. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229/371371745>>. Acesso em: 3 set. 2019.

OLIVEIRA, C.E.E.D. **A segurança hermenêutica nos vários ramos do direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Textos para Discussão, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 250. ISSN 1983-0645. p. 23. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td250>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, W. L. D. **“Quando o segundo sol chegar, para realinhar as órbitas dos planetas”**: de como a lei 13.655/2018 intenta alinhar decisões judiciais, de controladoria e administrativas à órbita da segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Alguns apontamentos. p. 203-204. Disponível em: <https://www.academia.edu/38326894/Apontamentos_nova_LINDB-_Revista_PGE-SC.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.

OLIVEIRA, V.B. A regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade na hermenêutica constitucional. **Revista Espaço Acadêmico** 111 (2010). ISSN 1519-6186. p. 46.

PALMA, J.B.D. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. 2019. p. 22. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

NETO, F.D.A.M. et. al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. p. 4-5. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

SADEK, M.T. **Magistratura: caracterização e opiniões**. 2005.

SCHUARTZ, L.F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, **Revista de Direito Administrativo** 248 (2008), p. 135-136.

SILVA, E. S. D. A segurança jurídica e a interpretação das normas de direito público segundo a lei 13.655/18. **AJUFE**. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/10830-artigo-a-seguranca-juridica-e-a-interpretacao-das-normas-de-direito-publico-segundo-a-lei-13-655-18>>. Acesso em: 03 de setembro de 2019.

SIMON, H. A. **Theories of bounded rationality**. *Decision and organization* 1.1 (1972): 163-164.

_____. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**. v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955. p. 99.

_____. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959. p. 263.

SUNDFELD, C.A. Princípio é preguiça? In: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200135>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

SUNSTEIN, C. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? In: José R. Rodriguez (Org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

WALTON, D. Historical origins of argumentum ad consequentiam. **Argumentation**, v. 13, p. 252, 1999.

O CASO DO MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.931: UMA JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUALIZADA E DESCENTRALIZADA DA POLÍTICA¹

Aluna: Mariana Novotny Muniz²

Orientador: Leandro Molhano Ribeiro³

Área de concentração: Instituições e Políticas Públicas

Sumário: 1. Introdução; 2. Judicialização de uma regra do processo decisório; 3. Atuação do legislador como juiz constitucional; 4. Antecipação estratégica; 5. Judicialização individualizada e descentralizada da política; 6. Interpretações vinculantes e a autoexpansão dos poderes do STF 7. Conclusão

Resumo

O Mandado de Segurança n. 27.931 judicializou uma das regras constitucionais do trâmite de medidas provisórias, tendo como resultado a determinação da expressão “deliberações legislativas” (artigo 62, § 6º, CF). O caso mostra uma judicialização pouco explorada pela literatura brasileira, visto que o objeto de judicialização diz respeito a uma regra do processo legislativo, não a uma política pública. Ainda, o caso mostra como legisladores parecem atuar como legisladores constitucionais, antecipando inclusive a judicialização de suas decisões. Por fim, o caso também exemplifica como uma decisão individualizada e descentralizada da política, resultado da ação de poucos atores, pode levar a uma mudança institucional relevante.

Palavras-chave

Judicialização da política; processo decisório; mudança institucional; medidas provisórias; Congresso Nacional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The Writ of Mandamus n. 27,931 judicialized one of the constitutional rules regarding the procedure of provisional measures, resulting in the determination of the expression “legislative deliberations” (article 62, § 6, CF). The case illustrates a form of judicialization that is not extensively explored in

1 Este artigo sintetiza ideias e argumentos desenvolvidos em artigo em elaboração com Leandro Molhano Ribeiro.

2 Aluna da Graduação FGV Direito Rio.

3 Doutor em ciência política e mestre em ciência política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, bacharel em ciências sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do curso de direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Brazilian literature, since it concerns a rule of the legislative process, not a public policy. Additionally, the case shows how lawmakers seem to act as constitutional lawmakers, even anticipating the judicialization of their decisions. Finally, the case also exemplifies how an individualized and decentralized decision of the policy, resulting from the action of few actors, can lead to a relevant institutional change.

Keywords

Judicialization of Politics; Decision-making process; Institutional change; Provisional measures; National Congress; Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da medida provisória (MP), inaugurado pela Constituição Federal de 1988, tem sido amplamente utilizado para aprovação de propostas de políticas públicas, algo que é evidenciado pelo número elevado de MPs editadas.⁴ Em 2001, com o objetivo de limitar a edição de MPs,⁵ sobreveio a Emenda Complementar n. 32 (EC 32), que alterou diversas regras de trâmite das MPs.

A partir de então, caso uma MP não fosse apreciada no prazo de 60 dias, aconteceria sua “perda de eficácia”, que funciona como uma revogação tácita. Procurava-se, assim, criar um desincentivo para que o presidente editasse MPs em excesso. No entanto, ao mesmo tempo, foi introduzido o “regime de urgência”, de modo que — decorridos 45 dias da publicação da MP pelo presidente — ela trancaria a pauta da casa legislativa em que estivesse tramitando, impedindo outras deliberações legislativas na casa.⁶

A edição de MPs, ao contrário do que esperado pelos congressistas, não diminuiu e, desse modo, a pauta das casas passou a ser constantemente

4 FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos; SAEZ, Manuel. **A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 25-32; ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

5 OLIVEIRA, João Paulo de. Medidas provisórias na emenda constitucional 32. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, a. 3, n. 18, 2002; ARGUELHES, Diego Werneck. Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil. 2014. Dissertação (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Yale, New Haven, 2014.

6 De acordo com §6º da Emenda Constitucional 32/2001, “Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

trancadas pelos regimes de urgência das MPs.⁷ Ou seja, com a EC 32, não só o poder do Executivo sofreu limitações, mas também aquele do Congresso, que se deparou com o trancamento recorrente da pauta de ambas as casas legislativas dado o “regime de urgência” (artigo 62, §6º, CF).

Os presidentes da Câmara dos Deputados tentaram, em diversos momentos, reinterpretar a expressão “deliberações legislativas” inscrita pela EC 32 com o objetivo de delimitar o alcance do sobrestamento.⁸ A mais relevante de tais reinterpretações é a do então presidente da Câmara, Michel Temer. No dia 11 de março de 2009, Michel Temer, ao responder à Questão de Ordem 411, afirmou que deveria ser realizada uma interpretação sistêmica do termo, de modo que o trancamento só alcançasse os projetos de lei ordinária, que são aqueles cujos temas uma MP pode versar. Alguns dias depois, entretanto, o deputado Ronaldo Caiado, membro da oposição, impetrou um mandado de segurança (MS n. 27.931)⁹ no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade da interpretação.

Esse caso ilustra três aspectos importantes e que merecem ser mais explorados a respeito da judicialização da política no Brasil: (1) o objeto de judicialização foi uma regra que diz respeito ao trâmite processual das Medidas Provisórias no Congresso; (2) no contexto da decisão tomada por Temer, a possibilidade de que a questão fosse judicializada sempre esteve presente no cálculo dos atores políticos; (3) dadas as regras formais e informais de decisão da Câmara dos Deputados e do STF e as condições de acesso de atores políticos ao Tribunal, ações individuais podem levar a mudanças institucionais relevantes.¹⁰

O artigo conclui, com uma breve análise de duas consequências, que uma judicialização individualizada e descentralizada pode provocar. Em primeiro lugar, o caso analisado ilustra a possibilidade de implementação de uma inovação institucional conduzida por poucos atores. Em segundo lugar, ao dar a palavra final no processo de decisão, o tribunal pode elaborar uma interpretação judicial que amplie seu poder. A expansão do poder de um tribunal constitucional pode ocorrer independentemente do tipo de judicialização, mas o caso ilustra que mesmo uma decisão judicial individual pode pavimentar o caminho para tal expansão.

7 Sobre a implementação da EC 32 e suas consequências ver MACHIAVELI, Fernanda. **Medidas provisórias: os efeitos não antecipados da emenda constitucional 32 nas relações entre Executivo e Legislativo**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

8 RIBEIRO, Leandro Molhano; MUNIZ, Mariana Novotny. Imaginação, transgressão e formalização: ações do congresso e do STF na definição de regras de tramitação de medidas provisórias. **Rei – Revista Estudos Institucionais**, v. 6, p. 155-183, 2020.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 295. Plenário. Relator: ministro Marco Aurélio. Sessão de 22/06/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 ago. 1997.

10 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

2. JUDICIALIZAÇÃO DE UMA REGRA DO PROCESSO DECISÓRIO

No caso analisado, o objeto de judicialização não foi uma política pública, mas uma *regra* do próprio processo decisório (*polity*). Esse tipo de judicialização foi possível por conta do desenho institucional de acesso ao STF que permitiu que um parlamentar contestasse a decisão de Michel Temer por meio de mandando de segurança. O objeto de contestação é importante porque se refere a um tipo de política que define as regras do jogo político e, como tal, distribui poderes de agenda e de veto entre os atores relevantes.

Até a edição da EC 32, o Executivo podia reeditar indefinidamente MPs, o que lhe conferia elevado poder decisório. A EC 32 alterou as regras de tramitação de MPs, redistribuindo os poderes de agenda e de veto entre o Executivo e o Legislativo e entre atores do governo e da oposição. A partir de então, entre outras coisas, diversas matérias não poderiam mais ser objeto de MP; as MPs deveriam passar por uma análise prévia de constitucionalidade a ser realizada por uma Comissão Mista do Congresso; as MPs poderiam ser prorrogadas uma única vez; não poderia haver reedição de MP em uma mesma sessão legislativa; caso não apreciadas no prazo de 45 dias a partir de sua publicação, a MP entraria em regime de urgência e sobrestaria todas as deliberações da Casa em que estivesse tramitando.¹¹

Assim, a decisão de Temer confirmada pelo ministro Celso de Mello recaí justamente sob um aspecto importante dos poderes exercidos pelo Executivo e pelo Congresso no trâmite das MPs. Como será visto na seção seguinte, ao reinterpretar as ações no Congresso que deveriam ser classificadas como “deliberações legislativas”, Temer na verdade decidiu a respeito do alcance da regra definida na EC 32 a respeito do sobrestamento de pauta. Sua interpretação restringiu ações legislativas passíveis de trancamento e, conseqüentemente, aumentou a possibilidade de ação no Congresso. Em síntese, a judicialização da política analisada neste artigo, embora não foque em casos normalmente estudados de contestação de políticas públicas por meio de controle de constitucionalidade concentrado, foi decisiva para redefinir formalmente os poderes do Executivo e do Legislativo em aspectos importantes do processo político decisório que caracteriza o presidencialismo de coalizão brasileiro.

11 A redação do Art. 62 conferida pela Emenda Constitucional 32/2001 alterou profundamente o texto original. “Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.” (NR)

3. ATUAÇÃO DO LEGISLADOR COMO JUIZ CONSTITUCIONAL

A inclusão do sobrestamento da pauta no trâmite das MPs obrigaria o Congresso Nacional a apreciá-las em um prazo relativamente curto, sob o risco de ter suas atividades legislativas paralisadas. Logo após a implementação da EC 32, houve um aumento na edição de MPs, que passou de uma média de aproximadamente 40 MPs anuais entre 1995 e 2001, para uma média de cerca de 60 MPs entre 2002 e 2007.¹² Consequentemente, houve também um aumento do trancamento de pauta no Legislativo, que passou de 2,2% das sessões, em 2001, para 36%, em 2002.¹³

Essa situação levou a uma reação por parte dos parlamentares a respeito do significado e alcance do sobrestamento de pauta. A reação se deu basicamente por meio do questionamento dos deputados federais a respeito do significado do termo “deliberações legislativas” incluído no artigo 62 pela EC 32. As disputas interpretativas a respeito do que deve ser entendido como deliberações legislativas remonta ao momento em que a EC 32 foi instituída e já evidencia o uso de da linguagem constitucional para fundamentá-las.

A grande inovação institucional no que se refere ao sobrestamento foi produzida pela interpretação do então presidente da Câmara, Michel Temer, à Questão de Ordem 411 em 2009. O deputado Regis de Oliveira questionou se todos os itens do artigo 59, inclusive as resoluções, realmente estariam sujeitos ao trancamento de pauta. Em sua formulação, Oliveira argumentou que todos os atos normativos previstos no artigo 59 podem ser compreendidos como “deliberações legislativas”, excetuando-se as resoluções e, por isso, “quando da medida provisória trancar a pauta de deliberações da Câmara dos Deputados, não há tal providência em relação às resoluções, que prosseguem sua tramitação normal, inclusive inclusão na ordem do dia do Plenário, sem qualquer restrição.”¹⁴

Ao responder essa Questão de Ordem, Michel Temer afirmou que “além das resoluções, que podem ser votadas apesar do trancamento da pauta por uma medida provisória, também assim pode ocorrer com as

12 MACHIAVELI, Fernanda. EC 32: a disputa política em torno da regulamentação das medidas provisórias. 32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. GT 21 Estudos Legislativos.

13 Almeida observa que a proporção de MPs não orçamentárias aumentou de 42% do total entre 1995 e 2001 para 49% entre 2001 e 2012. A autora ressalta, ainda, que entre 1995 e 2001 apenas 21,7% das MPs foram aprovadas com alteração, enquanto 58% o foram entre 2001 e 2012, dados que podem indicar que antes da Emenda Constitucional 32/2001 o governo tinha maior controle sobre o conteúdo final das MPs. Ver ALMEIDA, Acir. Informação, delegação e processo legislativo: a política das Medidas Provisórias. Texto para discussão – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2014.

14 BRASIL. Questão de Ordem 411/2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

emendas à Constituição, com a lei complementar, com os decretos legislativos e, naturalmente, com as resoluções”. Disse, ainda, que responderia à questão para que os argumentos apresentados que fundamentam essa decisão constassem das notas taquigráficas para “objeto de contestação, contestação da mais variada natureza, mesmo de ordem judicial”.¹⁵

Ao justificar a adoção da nova interpretação, Temer apresentou um argumento de teor político e outro jurídico. O aspecto político ressaltado por Temer tem a ver com a constante paralisação dos trabalhos da Câmara por causa do sobrestamento de pauta provocado pela edição excessiva de MPs.

Sua fundamentação jurídica, por sua vez, apoiou-se na divisão das funções primárias de cada Poder, Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo Temer, as interpretações anteriores teriam produzido um sistema de sobreposição do Executivo sobre o Legislativo. A questão, então, seria entender, a partir dessa premissa restritiva, como interpretar o termo “deliberação legislativa” dado pela nova redação do artigo 62. Ao responder essa indagação, Temer se apoiou em outra premissa, a de que a interpretação do texto constitucional deve ser uma interpretação sistêmica. Em outras palavras, que o dispositivo não poderia ser interpretado de forma literal, mas sim de acordo com o ordenamento jurídico (sistema) como um todo.

O uso de argumentos jurídicos por Temer (e pelos presidentes anteriores da Câmara) demonstra um fenômeno, descrito por Stone Sweet, como “tomada de decisão judicializada” pelo Legislativo.¹⁶ Em outras palavras, um legislador que age como juiz constitucional, utilizando argumentos jurídicos para embasar e demonstrar a motivação de suas decisões. Tal fenômeno decorreria de uma linha cada vez mais turva de diferenciação entre a atividade legislativa e jurisdicional. Stone Sweet afirma que as interações intensas e constantes entre os legisladores e os juizes constitucionais teriam feito com que a atividade de legislar e o direito constitucional se tornassem altamente entrelaçados e interdependentes.¹⁷

Desse modo, políticos eleitos, que podem (e na verdade, devem) tomar decisões com base no seu interesse partidário ou ideológico sem grandes explicações,¹⁸ começam a se comportar como juizes constitucionais. Como apontado, esse comportamento é evidenciado pelo uso

15 BRASIL. Questão de Ordem 411/2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

16 SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

17 SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

18 Como legisladores são eleitos, sua função é justamente de tomar decisões com base em interesses partidários e dos seus eleitores. Ver SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

de razões jurídicas para embasar suas decisões, comportamento inerente à função jurisdicional, que demanda a devida fundamentação. De maneira mais específica, há um evidente esforço — por parte de Temer — de demonstrar que a interpretação em questão está em harmonia com a ordem constitucional vigente por meio do que ele chama de “interpretação sistêmica” e que a interpretação anterior, por outro lado, violaria o Estado Democrático de Direito instituído em 1988.

A decisão de Temer e a maneira como ela foi tomada no Congresso reflete três dimensões enumeradas por Stone Sweet como definidoras de uma atuação de tipo “juiz constitucional”:¹⁹ (1) sua decisão produziu um contexto normativo em que deliberações constitucionais seriam tomadas; (2) sua decisão objetivou definir as regras do processo decisório no legislativo daquele momento em diante, conferindo às regras uma interpretação do que seria normativamente certo; (3) fundamentou sua decisão com um discurso constitucional — ou interpretação constitucional — para legitimar sua escolha. Ao fazer isso, apresentou os argumentos por meio de um raciocínio constitucional que, por um lado, antecipava possíveis contestações judiciais dos opositores à sua medida, e, por outro, fundamentava sua decisão como juridicamente correta, pois estaria em sintonia como texto constitucional. Na formulação de Stone Sweet, Temer legislou como um julgador constitucional.²⁰ Ao fazer isso, como será visto na próxima seção, teve de se contrapor uma visão distinta da interpretação constitucional até então vigente a respeito do sobrestamento de pauta.

4. ANTECIPAÇÃO ESTRATÉGICA

A participação do Judiciário no processo político — e especialmente na elaboração da política constitucional — é evidenciada não apenas pelas decisões tomadas pelos tribunais no exercício do controle de constitucionalidade, como também na incorporação das preferências dos tribunais e ministros nos cálculos dos atores políticos. Segundo Stone Sweet, nas interações entre legisladores e juízes constitucionais, as cortes constitucionais podem exercer um efeito imediato/direto ou indireto/pedagógico sobre o Poder Legislativo.²¹

O efeito imediato é o resultado das deliberações judiciais a respeito da constitucionalidade das leis. Essas deliberações, com o passar do tempo, provocam o que se pode chamar de efeitos indiretos. Ao expressar preferências do tribunal (ou ministros) a respeito de determinados assuntos,

19 SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

20 SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

21 SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

o posicionamento do tribunal (ou ministros) é que passa a ser antecipado nos cálculos estratégicos dos legisladores. Ou seja, a possibilidade de contestação judicial das políticas elaboradas na arena legislativa (seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo) faz com que os atores políticos considerem de antemão os possíveis posicionamentos dos tribunais.²² A possibilidade da participação do judiciário no processo decisório, por sua, leva os atores políticos, em suas interações e deliberações, a suas raciocínios e linguagens judiciais, numa tentativa de fazer valer suas preferências em casos de contestação judicial.

A decisão de Michel Temer se deu sob impacto indireto do STF. O caso ilustra a incorporação por Temer dos possíveis posicionamentos do Tribunal em relação ao sobrestamento de pauta, no cálculo estratégico de suas interações com os demais parlamentares. Parece que a antecipação do possível posicionamento do STF foi importante não apenas para o conteúdo da decisão que seria proferida por Michel Temer, como também pela maneira como ele conduziu a apresentação de sua decisão na Câmara. A identificação de convergência por Temer entre sua posição e a do STF — pelo menos da maioria dos ministros do tribunal — levou-o a expor a justificativa da decisão de modo a “facilitar” a aceitação de sua interpretação no tribunal. Por calcular que o STF concordaria com sua decisão, Temer identificou um forte aliado para consolidar sua interpretação a respeito da tramitação de MPs — afinal, a decisão do STF seria a última palavra sobre o assunto. Esse resultado não passou despercebido por alguns atores que chegaram a propor maneiras diferentes de encaminhamento da decisão para de algum modo não “fechar” a questão pelo STF.

5. JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUALIZADA E DESCENTRALIZADA DA POLÍTICA

O MS n. 27.931 é um caso de judicialização da política individualizado nas duas pontas: um parlamentar impetrou um mandado de segurança que foi decidido por meio de uma liminar monocrática do ministro Celso de Mello. Somente após oito anos do indeferimento da liminar, em 2017, o plenário se pronunciou a respeito, decidindo permanentemente pela denegação.

É importante destacar que o controle brasileiro de constitucionalidade segue o modelo repressivo, de modo que a regra seja de que somente leis já promulgadas podem ser anuladas pelo STF. Entretanto, o STF possui entendimento que possibilita um controle preventivo do

22 Essa é uma dimensão importante porque indica o quanto a judicialização do processo político está internalizada pelos atores políticos. É possível imaginar cenários nos quais decisões passadas tenham efeitos dissuasivos no processo político do presente e nem por isso a política deixou de ser judicializada. Ao contrário, nesses casos, a ausência de ações nos tribunais constitucionais seria um indicador de judicialização da política justamente porque as preferências dos tribunais foram antecipadas.

processo legislativo, isto é, antes que a lei seja de fato promulgada com quaisquer vícios formais ou materiais.²³ Essa interpretação persiste desde 1980, quando, ao julgar o MS n. 20.257,²⁴ o ministro Moreira Alves apresentou uma tese ousada que persiste até hoje.

Assim, qualquer parlamentar teria (e tem) legitimidade para ajuizar um mandado de segurança individualmente ao STF se considerar que o processo viola alguma norma constitucional e, portanto, seu direito individual como membro de um órgão parlamentar de participar de deliberações somente conforme previsto pela Constituição. O questionamento da constitucionalidade por vício no procedimento legislativo, que — segundo o texto da Constituição de 1988 — só poderia ser feito por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por alguns agentes legitimados. Poderia, a partir de então, ser questionado por cada parlamentar de forma individual, seguindo os moldes do MS.²⁵

A jurisprudência do Tribunal alterou, portanto, de maneira significativa, o desenho institucional no que concerne o acesso ao STF, tendo em vista que possibilitou o controle preventivo e, simultaneamente, aumentou o acesso à Corte por atores individuais por meio de outra classe processual que não a ADI. O acesso à Corte foi expandido e, com isso, o STF também aumentou sua área de atuação, podendo interferir no processo legislativo, como no caso da interpretação de Michel Temer.

Do outro lado, a estrutura do processo decisório interno do Tribunal potencializa a descentralização já que permite que um ator individual, no caso o ministro Celso de Mello, decida sem o aval de uma das turmas ou do plenário.²⁶ No dia 27 de março de 2009, apenas nove dias após o MS ter sido impetrado (18 de março de 2009) por Ronaldo Caiado, Celso de Mello indeferiu o pedido de liminar do mandado de segurança. A impetração de um MS pressupõe urgência, sendo a medida cautelar um instrumento importante para essa classe processual de modo a assegurar a celeridade da decisão, mesmo que passível de reversão posteriormente. Cabe, então, ao relator do MS a decisão de conceder ou não a liminar.

23 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Direito GV*, v. 12, n. 2, 2016.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar do Mandado de Segurança 20.257. Relator: ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 08 out. 2010.

25 Segundo o artigo 103 da Constituição Federal, há apenas nove agentes com legitimidade para propor uma ADI perante o STF. Do Legislativo Federal, apenas a Mesa da Câmara dos Deputados ou um partido político com representação no Congresso Nacional têm tal legitimidade.

26 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

Tal poder seria, por si só, neutro, já que estaria sujeito à supervisão do colegiado.²⁷ Entretanto, o caso evidencia uma grave disfuncionalidade do Tribunal, tendo em vista que uma decisão individual, que deveria ser temporária torna-se permanente devido à demora do plenário em se manifestar — essa demora cria um alto custo de reversão pelo Plenário. Conforme dito anteriormente, somente em 29 de junho de 2017, oito anos após a decisão liminar, o pleno se manifestou e denegou o MS n. 27.931.

Assim, verifica-se que os ministros têm um grande poder de alteração ou manutenção do *status quo*, exercendo tal poder de maneira individual e descentralizada. De fato, a liminar monocrática indeferida por Celso de Mello mostra uma face da judicialização diversa daquela tradicionalmente estudada, quando o STF toma decisões a partir de deliberações colegiadas. A decisão liminar que referendou o entendimento de Michel Temer tem um teor individualizado e descentralizado.²⁸ Trata-se de uma decisão individualizada porque independe de manifestações do colegiado e descentralizada porque está disponível aos ministros pela simples condição de ser ministro. Diferencia-se de uma decisão centralizada, pois não está vinculada a uma posição institucional fixa, como a do presidente do tribunal — sendo exclusiva a Celso de Mello no caso em questão por ele ser relator do MS.²⁹

Pode-se questionar se a demora de oito anos para a deliberação do Tribunal teria sido intencional, ou seja, se houve demora intencional para Mello colocar o MS na pauta e/ou se foram feitos pedidos de vista com objetivo de esperar um quadro favorável de deliberação. Parece, entretanto, ser mais um caso de demora não intencional: como o indeferimento da liminar já havia servido como uma “confirmação” do entendimento de Temer, desde 2009, a Câmara já não tinha mais sua pauta completamente sobrestada pelo regime de urgência de MPs. O tempo passado entre a liminar, que confirmou a alteração de *status quo*, e a decisão do STF tornaram o custo de reversão elevado. Ainda que tenha sido o caso de uma demora não intencional, os oito anos que se passaram podem ter funcionado como uma espécie de incentivo para que o MS fosse denegado.

Mesmo não havendo uma demora intencional no julgamento, vale ressaltar como a demora de julgamentos após liminar é uma disfuncionalidade

27 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘The Court, it is I’? Individual Judicial Powers in The Brazilian Supreme Court and Their Implications for Constitutional Theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, p. 236-262, 2018.

28 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ministrocracia”? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

29 No artigo “Ministrocracia”, Arguelhes e Ribeiro chamam atenção ao pedido de vista e à colocação do processo em pauta pelo relator como instrumentos de poder individual descentralizado à disposição dos ministros. Ver ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ministrocracia”? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

do Tribunal. A liminar, que deveria ser um instrumento para resolver temporariamente uma situação de “urgência”, acaba por ter o poder de alterar o *status quo* de maneira permanente devido aos altos custos que sua não confirmação pelo Tribunal gera. Como apontado por Arguelhes e Ribeiro³⁰, a distinção entre “decisões liminares” e “decisões finais” perde relevância prática quanto aos seus efeitos sobre a política, considerando-se que as liminares se tornam permanentes e os ministros têm um peso institucional equivalente ao de todo um tribunal.

6. INTERPRETAÇÕES VINCULANTES E A AUTOEXPANSÃO DOS PODERES DO STF

Em seu voto, no julgamento do MS n. 27.931, o ministro Barroso³¹ afirma que deveria haver uma superação da literalidade do texto. Em vez de declarar o §6º da EC 32 inconstitucional, o STF deveria adequá-lo à Constituição, tendo em vista existir uma preferência de realizar uma interpretação conforme. A interpretação conforme a Constituição, que foi enunciada pelo ministro, sendo a tese vencedora no julgamento, é uma técnica hermenêutica segundo a qual, no caso de haver mais de uma interpretação possível de dado dispositivo, deve-se escolher aquela que seja compatível com o ordenamento jurídico. Assim, há uma pressuposição — dos juizes — de que o legislador teria buscado positivar uma norma constitucional, ou seja, há uma presunção de constitucionalidade da lei.³²

Entretanto, no caso em questão, a interpretação tem uma “dupla face”, conforme já apontou Arguelhes em artigo para o jornal *Correio Braziliense*,³³ a decisão não representa somente uma vitória para o então presidente da Câmara, mas também uma expansão — pela Corte — de seus próprios poderes. Em vez de o STF afirmar que a interpretação é válida por se encontrar dentro da esfera de escolha do Legislativo e, portanto, do presidente da Câmara, a Corte optou pela tese de que a provisão legislativa só poderia ser considerada constitucional se fosse interpretada exatamente como Temer o fez e foi ratificado pela Corte. Em outras palavras, os ministros decidiram que somente *uma* interpretação do texto legislativo, aquele anunciado pela Corte, salva o texto de ser declarado inconstitucional, levando em consideração que somente tal interpretação estaria em

30 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, 2016.

31 Vídeo “Pleno - Trancamento de pauta da Câmara por MPs não alcança todos os projetos e propostas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vZ3kMZBvpuE>. Acesso em: 03 mar. 2020.

32 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. 2018. p. 1411.

33 ARGUELHES, Diego. A dupla face das decisões do STF. **Correio Braziliense, Caderno Opinião**, abr. 2009.

consonância com a Constituição de 1988. Desse modo, a Corte entende que qualquer decisão relacionada não estaria dentro da margem de escolha do próprio Poder Legislativo, mas sim que tais decisões devem passar pelo crivo da Corte num último momento.

7. CONCLUSÃO

O caso de judicialização individualizada apresentado acima ilustra aspectos importantes do processo político decisório que pode explicar casos específicos de inovações institucionais em regimes democráticos.

O caso analisado neste artigo ilustra a possibilidade conferida pela judicialização individualizada de promover uma inovação institucional a partir da atuação de poucos atores. Como detalhado anteriormente, o que ocorreu no caso analisado foi que — a partir de uma classe processual específica (mandado de segurança) — um parlamentar (acesso individual ao STF) questionou a interpretação dada pelo presidente da Câmara em uma Questão de Ordem a respeito de uma regra que configura um instituto fundamental para o processo político decisório brasileiro (medida provisória) e obteve, no curto prazo, uma decisão liminar (decisão judicial individual) que sustentou a alteração do *status quo*. Tal decisão prevaleceu quando foi julgada pelo Plenário do STF anos mais tarde. Esse é um caso substantivamente relevante pois, por ser uma política que estrutura o próprio processo decisório, a mudança na regra da MP teve consequências importantes para atribuição de poderes de agenda e veto dos principais atores do Executivo e do Legislativo que atuam no nosso presidencialismo de coalizão.³⁴

A posição tomada por Temer significou uma inovação institucional importante no instituto da MP e, aparentemente, retirou o poder de obstrução que poderia ser exercido tanto pelo governo, ao editar sucessivas medidas, como pela oposição. Nesse redesenho da tramitação da MP, o STF exerceu um papel relevante ao referendar a decisão de Michel Temer. O contexto da discussão dessa nova interpretação a respeito do sobrestamento leva a crer que Temer estava ciente de que o Supremo interviria e até mesmo parecia querer um posicionamento do tribunal para consolidar institucionalmente a mudança.

34 RIBEIRO, Leandro Molhano; MUNIZ, Mariana Novotny. Imaginação, transgressão e formalização: ações do congresso e do STF na definição de regras de tramitação de medidas provisórias. *Rei – Revista Estudos Institucionais*, v. 6, p. 155-183, 2020.

TELEMEDICINA: IMPLEMENTAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E DIFICULDADES REGULATÓRIAS PARA SUA ADOÇÃO NO BRASIL

Alunas: Victoria Henriques de Araújo¹ e Maya Goldfajn²

Orientadora: Patrícia Regina Pinheiro Sampaio³

Área de concentração: Direito da regulação

Sumário: 1. Introdução; 2. Análise da legislação brasileira: possibilidades e limites ao uso da telemedicina; 2.1 A regulação da telemedicina decorrente da Covid-19 3. Breves notas sobre a regulação da telemedicina nos Estados Unidos; 4. Estudo de caso: Oscar Health; 5. Dificuldades para implementação de um serviço como a Oscar Health no Brasil; 5.1 Barreiras regulatórias; 5.2 Coleta, guarda e tratamento de dados; 5.3 Responsabilidades 6. Conclusão: Sugestões de avanço; 7. Bibliografia

Resumo

O presente artigo busca estudar como a telemedicina poderá impactar o cenário brasileiro. Para tanto, buscar-se-á testar a hipótese de que a telemedicina seria capaz de melhorar o sistema de saúde, tanto no âmbito público quanto no privado. A metodologia consiste em análise da legislação, bibliografia e comparação com a experiência dos EUA, especificamente ilustrada com o caso da startup Oscar Health. Nessa linha, o estudo será dividido em três eixos: (i) uma análise da legislação brasileira e americana sobre telemedicina; (ii) estudo de caso da startup americana Oscar Health; e (iii) apresentação das barreiras à entrada do serviço no Brasil. O trabalho adotará o prisma da análise jurídica regulatória e, no fim, trará sugestões de avanço na questão, em especial considerando a recente regulação do tema no Brasil no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus.

Palavras chave

Telemedicina; acesso à saúde; Oscar Health; barreiras regulatórias; saúde suplementar.

1 Graduada pela FGV Direito Rio.

2 Graduada pela FGV Direito Rio. Advogada associada em Pinheiro Neto Advogados.

3 Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo – USP. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro – FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE/FGV Direito Rio). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil garante uma série de direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, incluindo o direito à saúde⁴.

O Governo Federal é responsável por prover assistência à saúde pública e estabelecer políticas sociais e econômicas para o setor de saúde em todo o território nacional. Assim, em 1988⁵, foi criado o Sistema Universal de Saúde (SUS), que é considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, provendo desde atendimentos clínicos básicos até transplante de órgãos, passando pelo fornecimento de medicamentos⁶. É um programa completo, de acesso universal e gratuito a todos os brasileiros⁷.

Além dos conselhos reguladores de cada especialidade, no que diz respeito à saúde, há também em nível federal o Ministério da Saúde, que é o órgão do Poder Executivo Federal responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar políticas e ações com o Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁸.

Nos estados, há as Secretarias Estaduais de Saúde (SES), que são parte das Administrações Públicas estaduais e participam da formulação de políticas e ações de saúde, a fim de ajudar a implementar o plano estadual de saúde⁹. E, em nível municipal, há as Secretarias Municipais de Saúde (SMS), que planejam, controlam, organizam, avaliam e executam os serviços de saúde em articulação com o conselho municipal, para implantar o plano municipal de saúde¹⁰.

Ocorre que, apesar da boa intenção do SUS, na prática faltam recursos no Brasil para que o governo federal possa prover uma saúde de qualidade a todos aqueles que necessitam. Em outro contexto, como será mostrado a seguir, apenas uma parcela da população tem acesso a planos de saúde. O restante da população aguarda em filas para obtenção

4 Constituição Federal, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção institucional, proteção e recuperação.

5 <https://www.saude.gov.br/component/content/article/681- /40029-sistema-nacional-de-saude>

6 Sistema único de saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

7 Sistema único de saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

8 INSTITUCIONAL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em 10/05/2020.

9 Sistema único de saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

10 Sistema único de saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

de atendimento ou realização de procedimentos pelo SUS. Nessa lacuna entre pessoas que não conseguem atendimentos por hospitais públicos e pessoas que não podem arcar (ou não desejam se expor ao risco de elevados custos) com atendimentos privados surge espaço para a participação de empresas privadas de planos de saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem autonomia administrativa e financeira e é responsável por regulamentar o setor de saúde suplementar.¹¹ Assim, são oferecidos planos de saúde em formato individual ou coletivo.

Ocorre que, apesar da saúde suplementar ter relevante papel na oferta de serviços de saúde no país, os dados de 2019 mostram que havia apenas 47.038.244 beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia em um uma população de 211.612.894 pessoas.¹², ou seja, cerca de 22% da população.¹³ Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), quase 70% dos atendimentos médicos realizados no Brasil é custeado pelo Estado, como se nota nos gráficos a seguir¹⁴:

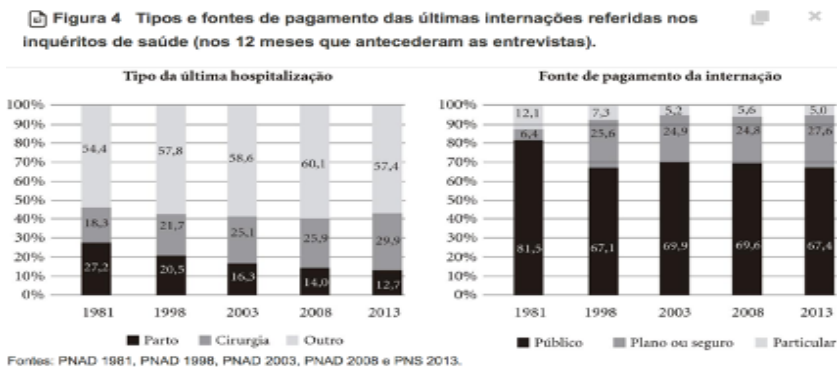


Figura 1. Tipos e fontes de pagamento das últimas internações referidas nos inquéritos de saúde (nos 12 meses que antecederam as entrevistas)

Fonte: VIACAVA, Francisco; OLIVEIRA, Ricardo; CARVALHO, Carolina; LAGUARDIA, Josué; BELLIDO, Jaime. SUS: oferta, acesso e utilização de serviços de saúde nos últimos 30 anos. *Ciênc. Saúde coletiva* 23. 2018. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csc/2018.v23n6/1751-1762/pt/>> Acesso em: 30 de maio 2020.

11 Quem somos. ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

12 Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 30 de maio 2020.

13 Dados gerais. ANS. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 30 de maio 2020.

14 VIACAVA, Francisco; OLIVEIRA, Ricardo; CARVALHO, Carolina; LAGUARDIA, Josué; BELLIDO, Jaime. SUS: oferta, acesso e utilização de serviços de saúde nos últimos 30 anos. *Ciênc. Saúde coletiva* 23. 2018. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csc/2018.v23n6/1751-1762/pt/>> Acesso em: 30 de maio 2020.

Com isso, torna-se muito difícil suprir a demanda por atendimento na rede pública, o que fica evidente pelas grandes filas de espera do SUS. De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), em 2017 já havia quase 1 milhão de brasileiros aguardando por cirurgias eletivas¹⁵. Isso ocorre por diversos motivos, entre eles a falta de médicos, de leitos e de recursos financeiros para serem investidos.¹⁶

Tem-se então um cenário em que a saúde pública não dá conta das necessidades dos brasileiros, e o acesso à saúde suplementar também encontra barreiras na falta de recursos financeiros da população. Consequentemente, uma parcela relevante da população está carente de qualquer assistência.

Por outro lado, a tecnologia avança de modo a facilitar o acesso à prestação de serviços de saúde e a diminuir barreiras antes existentes na relação médico e paciente, tendo enorme potencial também na redução de custos. Assim, nas próximas seções será testada a hipótese de que a telemedicina em serviços clínicos poderá ajudar a reduzir os custos de saúde, mas encontra desafios regulatórios. Para tanto, será analisado se serviço similar ao já ofertado nos Estados Unidos pela empresa Oscar Health poderia ser introduzido no Brasil, ou se há barreiras jurídicas que, atualmente, impedem a sua inserção.

Para esse fim, o artigo encontra-se dividido nas seguintes seções, além desta introdução. Na Seção 2, realiza-se uma análise da legislação brasileira sobre telemedicina. Na Seção 3, apresenta-se brevemente a regulação norte-americana sobre possibilidades e limites da telemedicina. Na Seção 4, apresenta-se o estudo de caso da empresa de tecnologia em saúde estadunidense Oscar Health, e, na Seção 5, comentam-se as dificuldades para implementação de um serviço similar no Brasil. No fim, serão tecidas conclusões sobre a compatibilidade ou não do referido produto com o direito brasileiro, sendo apresentadas as mudanças regulatórias que se fariam necessárias nesse sentido.

2. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: POSSIBILIDADES E LIMITES AO USO DA TELEMEDICINA

De acordo com a Resolução CFM n. 1.643/2002¹⁷, atualmente em vigor, telemedicina é o exercício de medicina por meio da utilização de

15 CFM. Crise no SUS: Pacientes aguardam mais de 10 anos na fila de espera. CFM. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27317:crise-no-sus-pacientes-aguardam-mais-de-10-anos-na-fila-de-espera&catid=3>. Acesso em 30/05/2020.

16 SOBRINHO, Wanderley. Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira. UOL. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em 30/05/2020.

17 Brasil. Resolução CFM nº 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através

metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em saúde¹⁸. A norma em questão possibilita o exercício da telemedicina apenas para a prestação de suporte diagnóstico e terapêutico em casos de emergência, ou quando o médico responsável solicitar¹⁹. Nesse sentido, seria possível a telemedicina somente entre médicos, com responsabilidade solidária entre ambos²⁰.

Uma década mais tarde, em 2017, foi publicado o Parecer CFM n. 14/2017²¹, flexibilizando, de certo modo, o estabelecido na Resolução CFM n. 1.643/2002, ao permitir a utilização de Whatsapp e plataformas similares para que fosse realizada a comunicação entre médicos e pacientes.

Todavia, o Código de Ética Médica, aprovado no ano seguinte, pela Resolução CFM n. 2.217/2018²² (CEM), veio a regulamentar a telemedicina, embora ainda de maneira abrangente e superficial. A norma proíbe a prescrição de tratamentos sem exame físico do paciente em casos que não sejam de urgência ou emergência e com impossibilidade comprovada da realização de modo presencial²³. Também é vedado ao médico consultar, diagnosticar ou prescrever por meios de comunicação de massa sem que haja o exame direto do paciente²⁴. De outro lado, essa mesma norma estabelece que a medicina deverá ser exercida com a utilização de meios

da Telemedicina. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002.

- 18 Resolução CFM nº 1.643/2002. Art. 1º Definir a Telemedicina como o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.
- 19 Resolução CFM nº 1.643/2002. Art. 3º: “Nos serviços prestados por telemedicina, os dados e imagens dos pacientes devem trafegar na rede mundial de computadores (internet) com infraestrutura, gerenciamento de riscos e requisitos obrigatórios para assegurar o registro digital apropriado e seguro, obedecendo às normas do CFM pertinentes a guarda, manuseio, integridade, veracidade, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional das informações”. Ver: BRASIL. Resolução CFM nº 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002.
- 20 Resolução CFM nº 1.643/2002. Art. 4º: “A teleconsulta é a consulta médica remota, mediada por tecnologias, com médico e paciente localizados em diferentes espaços geográficos”. Ver: BRASIL. Resolução CFM nº 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002.
- 21 CFM (Brasil). Processo-consulta CFM nº 50/2016 – Parecer CFM nº 14/2017. Uso do WhatsApp em ambiente hospitalar. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2017/14#search=%22WhatsApp%22>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- 22 CFM (Brasil). Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217/2018. Brasília, DF: CFM, 2018.
- 23 Código de Ética Médica. Art. 37: “Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nessas circunstâncias, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento”. Ver: BRASIL. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.
- 24 Código de Ética Médica. Art. 37: “Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nessas circunstâncias, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento”. Ver: BRASIL. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados²⁵, e que o atendimento médico por meio da telemedicina seria regulamentado pelo CFM.

A fim de avançar na questão, ainda em 2018, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução CFM n. 2.227/2018 para introduzir possibilidades de uso da telemedicina em diversas modalidades como telecirurgia e telediagnóstico, desde que seguidos alguns pré-requisitos²⁶. Mesmo com a exigência de que o serviço só pudesse ser realizado após a ocorrência de atendimento presencial, entidades de classe e conselhos regionais protestaram, por meio de mais de 1.444 contribuições²⁷ que levaram à revogação dessa resolução²⁸ em fevereiro de 2019.²⁹

Assim, mesmo com a evolução tecnológica observada nesse período de tempo, as diretrizes que deviam ser seguidas no ano de 2020 ainda eram aquelas estabelecidas pela resolução de 2002, apresentada anteriormente, em conjunto com o CEM. Ocorre que, naquele mesmo ano foi observada a aprovação de um conjunto de normas editado para fazer face à pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, que será detalhado a seguir.

De fato, como alternativa, alguns conselhos de classe de áreas da saúde estão se manifestando por meio da criação das próprias regulamentações, de acordo com as necessidades de cada especialidade. Como exemplo há a telepatologia³⁰, telenfermagem³¹ e telepsicologia³². É o que se passa a esclarecer.

25 Cap. I, XXVI do Código de Ética Médica. Ver: BRASIL. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

26 MALTA, Cynthia. Conselho Federal de Medicina revoga resolução sobre telemedicina. **Valor econômico**, Rio de Janeiro, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/22/conselho-federal-de-medicina-revoga-resolucao-sobre-telemedicina.ghtml> Acesso em: 30 nov. 2019.

27 CFM. Conselheiros do CFM revogam a Resolução nº 2.227/2018, que trata da Telemedicina. **CFM**. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28096:2019-02-22-15-13-20&catid=3>. Acesso em: 8 nov. 2019.

28 FRAGA, Olívia. Summit discute o uso e a regulamentação da telemedicina. **Terra**. 7 ago 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/summit-discute-o-uso-e-a-regulamentacao-da-telemedicina,9a28127cb337fad2bbf3f221397995d3els-6sk7a.html>. Acesso em: 8 nov. 2019.

29 CFM. Conselheiros do CFM revogam a Resolução nº 2.227/2018, que trata da Telemedicina. **CFM**. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28096:2019-02-22-15-13-20&catid=3>. Acesso em: 8 nov. 2019.

30 CFM (Brasil). Resolução CFM nº 2.264/2019. Define e disciplina a telepatologia como forma de prestação de serviços de anatomopatologia mediados por tecnologias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2264>. Acesso em: 30 nov. 2019.

31 Câmara Técnica do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo. Orientação fundamentada nº 016/2017. Disponível em: <https://portal.coren-sp.gov.br/sites/default/files/Orienta%C3%A7%C3%A3o%20Fundamentada%20-%20016_2.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

32 Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 11 de 11 de maio de 2018. <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-11-DE-11-DE-MAIO-DE-2018.pdf> Acesso em: 30 nov. 2019.

2.1. A regulação da telemedicina decorrente da Covid-19

Por mais que a regulamentação da telemedicina esteja ocorrendo de forma lenta, o setor de saúde vem buscando avançar na digitalização de documentos. Como exemplo, a Lei n. 13.787/2018 atribuiu ao prontuário eletrônico o mesmo valor probatório da versão física³³.

Em 2020, o país teve de buscar estratégias para enfrentar a Covid-19. Nesse cenário, o Brasil se viu frente a uma pandemia que precisaria ser enfrentada de maneira eficiente por meio do isolamento dos cidadãos.

A partir do momento em que o hospital passa a ser o local mais propenso de contaminação pelo vírus, todas as atividades ali exercidas precisam buscar novos modelos de serviço capazes de funcionar durante o isolamento.

Deste modo, por conta da pandemia, em março de 2020, o CFM publicou um ofício³⁴ disciplinando o exercício de modo virtual de atividades como teleorientação (orientação a pacientes), telemonitoramento (monitoramento da saúde de pacientes) e teleinterconsulta (auxílio diagnóstico e terapêutico) entre médicos e pacientes, enquanto durar o combate ao contágio da Covid-19.

Poucos dias depois, o Ministério da Saúde publicou uma Portaria³⁵ regulamentando a telemedicina em caráter excepcional e temporário para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, em âmbito público e privado. Assim, foi permitida a realização de atendimento a distância pré-clínico, suporte assistencial, consultas e monitoramento e diagnóstico entre médicos e pacientes. Também foi autorizada a emissão de atestados e receitas médicas por meio eletrônico, desde que respeitados os requisitos indicados na Portaria, como a presença de chaves ICP-Brasil. Além disso, em matéria publicada no site do Ministério da Saúde informa que uma plataforma online possibilitará aos profissionais dos postos de saúde do SUS que realizem teleconsultas médicas, de enfermagem e multiprofissionais, com foco em pacientes crônicos³⁶.

Seguindo o mesmo entendimento, em abril daquele ano, foi publicada a Lei n. 13.989/2020 para dispor sobre o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pela Covid-19. Nesta, o presidente Jair Bolsonaro vetou dois artigos presentes no Projeto de Lei n. 696/2020, conforme

33 Lei nº 13.787. Art. 5º: “O documento digitalizado em conformidade com as normas estabelecidas nesta Lei e nos respectivos regulamentos terá o mesmo valor probatório do documento original para todos os fins de direito”. Ver: BRASIL. Lei n. 13.787 de 27 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

34 Ofício CFM n. 1.756/2020.

35 Portaria MS 467/2020.

36 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Postos de saúde do SUS terão consulta virtual. Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46773-postos-de-saude-do-sus-terao-consulta-virtual>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Mensagem n. 191/2020, quais sejam: (i) artigo disciplinando que seria competência do CFM a regulamentação da telemedicina após o período de vigência da Lei; e (ii) artigo estabelecendo que durante o período de vigência seriam válidas receitas médicas digitais, desde que possuíssem assinatura eletrônica ou digitalizada do profissional de saúde.

As razões apresentadas para os vetos trazidos anteriormente foram que a regulação de atividades médicas por meio de telemedicina, em um cenário pós-pandemia, deveria ser realizada por lei, e que não foram estabelecidos requisitos suficientes para que as receitas médicas digitais não trouxessem risco sanitário à população, estando assim em descompasso com normas técnicas de segurança e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Também a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se posicionou a favor da telemedicina e da telessaúde ao emitir as Notas Técnicas n. 3/2020³⁷ e n. 7/2020³⁸, para que o atendimento de telessaúde fosse incluído como procedimento de cobertura dos planos de saúde. Assim, apesar da cobertura desse atendimento não depender de alteração contratual, será necessário prévio acordo entre as partes, por qualquer instrumento – como e-mail ou mensagem eletrônica –, para definir obrigações, como identificação dos serviços, valores de remuneração pelos serviços e ritos para faturamento e pagamento dos serviços³⁹.

Com o tempo, as receitas e prontuários médicos também passarão a ser digitais. No Brasil, o Comitê Gestor da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira publicou a Resolução n. 170, em 23 de abril de 2020, vigente enquanto perdurar o estado de emergência em saúde pública decorrente da Covid-19, trazendo procedimentos a serem observados quando da emissão de certificados digitais por videoconferência. Essa foi uma providência relevante para facilitar o acesso à assinatura digital, inclusive para os médicos, durante a pandemia.

3. BREVES NOTAS SOBRE A REGULAÇÃO DA TELEMEDICINA NOS ESTADOS UNIDOS

Visto que a seguir será apresentado caso de telemedicina praticado no Estados Unidos, faz-se importante entender brevemente como funciona a regulamentação dessa atividade naquele país.

37 ANS. Nota Técnica ANS Nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/Nota_T%C3%A9cnica_3.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

38 ANS. Nota Técnica ANS Nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/NOTA_T%C3%89CNICA_7_DIPRO.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

39 SAMMARCO, Ana Candida. Medidas da ANS impactam beneficiários, operadoras e prestadores de serviço. Portal Único. 2020. Disponível em: <<https://www.mattosfilho.com.br/Pages/unico-noticias.aspx?noticia-publicacao=coronavirus-plano-de-saude>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Os Estados Unidos, diferentemente do Brasil, não possuem sistema universal de saúde. A forma de obter acesso à saúde é, portanto, ou por meio de plano de saúde, ou por meio de pagamento independente das despesas. Como maneira de auxiliar o custeio de despesas com saúde dos cidadãos, o governo estadunidense oferece programas de saúde – planos de saúde financiados pelo setor público. Em 2018, o censo dos Estados Unidos constatou que 34,4% dos usuários dos serviços de saúde utilizaram os programas de saúde públicos⁴⁰. Como principais programas, pode-se citar Medicaid, Medicare e Children's Health Insurance Program (CHIP).

Voltado para a população de baixa renda, o Medicaid possui parâmetro geral federal, mas deixa a critério dos governos estaduais a definição de alguns elementos, como serviços a serem cobertos e a quem servem. O programa é voltado para a população de baixa renda de maneira geral e para algumas pessoas com deficiências que preenchem certos requisitos⁴¹.

O Medicare é um programa federal de plano de saúde para grupos específicos da sociedade americana. Serve para pessoas com 65 anos ou mais, para pessoas com insuficiência renal permanente que necessitam de transplante e para algumas pessoas jovens com deficiências⁴².

O CHIP oferece planos de saúde para crianças e algumas gestantes que possuem renda acima do permitido para serem aceitas pelo Medicaid, mas que não conseguem pagar por planos de saúde privados. Assim como no caso do Medicaid, o CHIP é administrado pelos estados e financiado tanto pelos estados quanto pelo governo federal⁴³.

A maioria da população que não se enquadra nos requisitos desses programas federais geralmente recorre a planos de saúde privados e, por vezes, ao pagamento de serviços independentes⁴⁴.

A telemedicina nos Estados Unidos é mais comum que no Brasil. Um dos seus usos frequente é identificado no atendimento a populações rurais que vivem distantes dos grandes centros urbanos. Mais de 50% dos

40 BERCHICK, Edward; BARNETT, Jessica; UPTON, Rachel. **Health Insurance Coverage in the United States: 2018**. 2019. Disponível em: <<https://www.census.gov/library/publications/2019/demo/p60-267.html>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

41 **National Medicaid & CHIP Program Information**. Medicaid.gov. Disponível em: <<https://www.medicaid.gov/medicaid/national-medicaid-chip-program-information/index.html>>. Acesso em: 2 jun 2020.

42 **Medicare: What's Medicare?** medicare.goc. Disponível em: <<https://www.medicare.gov/what-medicare-covers/your-medicare-coverage-choices/whats-medicare>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

43 **Children's Health Insurance Program (CHIP)**. Medicaid.gov. Disponível em: <<https://www.medicaid.gov/chip/index.html>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

44 BERCHICK, Edward; BARNETT, Jessica; UPTON, Rachel. **Health Insurance Coverage in the United States: 2018**. 2019. Disponível em: <<https://www.census.gov/library/publications/2019/demo/p60-267.html>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

hospitais americanos utilizam algum modo de telemedicina⁴⁵. No entanto, apesar de permitida pelo governo federal para diversos serviços, a atividade pode enfrentar barreiras devido a restrições em leis estaduais⁴⁶.

A regulação da tecnologia na área da saúde nos Estados Unidos, bem como ocorre em outros mercados, é majoritariamente estadual. A *Federation of State Medical Boards* (FSMB) define a telemedicina como a prática de medicina que utiliza a comunicação eletrônica, a tecnologia de informação ou outros meios entre o licenciado de um local e o paciente de outro, com ou sem intervenção de plano de saúde⁴⁷. Em 2016, a *Agency for Healthcare Research and Quality* (AHRQ) publicou um relatório em apoio à efetividade de serviços de telemedicina. Adicionalmente, em março de 2019, foi publicado o *Telehealth Innovation and Improvement Act*⁴⁸, que estabelece o modelo de serviço de telemedicina a ser seguido e as regras para o financiamento desse tipo de serviço para o Medicare. Com isso, percebe-se que o serviço de telemedicina nos Estados Unidos é permitido, mas é necessário destacar que a sua utilização é condicionada à legislação de cada estado, que é responsável por definir como funcionará o serviço e restringi-lo ou ampliá-lo. Assim, a introdução de novas tecnologias nos serviços de saúde, em específico a telemedicina, está condicionada, em grande parte, a leis estaduais.

Ainda assim, percebe-se que, com o uso já existente de telemedicina nos Estados Unidos, o programa Medicare se tornou menos custoso para o poder público, pois o uso de telemedicina reduz os gastos do governo americano com reembolso de uso de serviços por pessoas com cobertura do Medicare⁴⁹. Em pesquisa voltada para o reconhecimento da redução de custos gerada pela ampliação do uso de telemedicina, realizada por Orna Chakrabarti, notou-se que há um ganho de eficiência no uso de diversos mecanismos que são considerados parte do serviço de telemedicina, como internet, videoconferência e meios de comunicação sem fio, que ajudam a promover assistência de saúde clínica a distância. A pesquisa concluiu que

45 Trendwatch: The Promise of Telehealth for Hospitals, Health Systems, and Their Communities. Washington, D.C: American Hospital Association; 2015. Disponível em: www.aha.org/research/reports/tw/15jan-tw-telehealth.pdf. Acessado em 27 de janeiro de 2016. [Google Scholar] [Ref list] Acesso em: 2 jun. 2020.

46 LAGASSE, Jeff. Telehealth laws and regulations in 2019 have set the stage for increased access and use. *Healthcare Finance*. 2019. Disponível em: <https://www.healthcarefinancenews.com/news/telehealth-laws-and-regulations-2019-have-set-stage-increased-access-and-use> >. Acesso em: 2 jun. 2020.

47 Telehealth: Applications From a Legal and Regulatory Perspective. US National Library of Medicine. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5010268/>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

48 S. 773: Telehealth Innovation and Improvement Act of 2019. Govtrack.us. Disponível em: <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s773/summary>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

49 CHAKRABARTI, Orna. Telehealth: Emerging evidence on efficiency. *International Review of Economics & Finance*, 01/11/2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1059056018307986> Acesso em: 2 jul. 2020.

os hospitais que utilizavam maior arsenal de tecnologias de informação e comunicação em seu funcionamento tinham menos custos e menores valores de pedidos de reembolso por atendimentos realizados a pacientes vinculados ao Medicare.

4. ESTUDO DE CASO: OSCAR HEALTH

A Oscar Health é uma *startup*, cuja clientela é focada nos *millennials* de Nova York⁵⁰, e utiliza a telemedicina para prestação de alguns de seus serviços. Com o objetivo de fornecer plano de saúde de modo virtual, a empresa oferta planos individuais, familiares, empresariais ou em parceria com a Medicare.⁵¹ Criada em 2012, a empresa já está presente em seis estados americanos, tem mais de 260 mil beneficiários e é avaliada em mais de 6 bilhões de dólares.⁵²⁻⁵³

A sua finalidade consiste na prestação de serviço de saúde por meio de uma plataforma virtual, funcionando 24 horas, todos os dias da semana, na qual o consumidor é capaz de selecionar por quem gostaria de ser atendido, de acordo com algumas características como disponibilidade, proximidade, experiência e preço⁵⁴. Também, no momento em que aparecem as opções, é possível acessar o currículo do prestador(a) de serviço e os comentários daqueles já atendidos por ele(a).⁵⁵

Para simplificar o cuidado com a saúde, o beneficiário terá, além de uma *conciierge* de saúde⁵⁶ com visão geral do histórico do paciente para orientá-lo, acesso ilimitado a ligações e *chats* confidenciais⁵⁷, e acesso gratuito a consultas básicas, remédios genéricos e exames laboratoriais.⁵⁸ Os

50 OSCAR. We didn't create Oscar because we liked health insurance. S.I., 2019a. Disponível em: <https://www.hioscar.com/about?locale=en> Acesso em: 30 nov. 2019.

51 OSCAR. Explore coverage for Individuals & Family, Medicare advantage, businesses. S.I., 2019c. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/state-of-us-healthcare> Acesso em: 30 nov. 2019.

52 KAPPS, Michael. Operadora de Saúde 100% digital já vale R\$ 6 bilhões e assusta mercado. *Jornal da Saúde*, São Paulo, 4 ago. 2019. Disponível em: <https://jornalacoplan.com.br/2019/08/04/operadora-de-saude-100-digital-ja-vale-r-6-bilhoes-e-assusta-mercado/>. Acesso em: 30 nov. 2019.

53 OSCAR. Introduction: Health care in America is tipping towards promising, uncertain, and imminent change. S.I., 2019b. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/state-of-us-healthcare> Acesso em: 30 nov. 2019.

54 OSCAR. Search. S.I., 2019d. Disponível em: https://www.hioscar.com/search/doctors?include_no_new_patients=true&specialty=CLINPCPMAN&network_id=009&year=2019&zip_code=90255 Acesso em: 30 nov. 2019.

55 OSCAR. We didn't create Oscar because we liked health insurance. S.I., 2019a. Disponível em: <https://www.hioscar.com/about?locale=en> Acesso em: 30 nov. 2019.

56 OSCAR. A Conciierge team for you. S.I., 2019e. Disponível em: <https://www.hioscar.com/conciierge> Acesso em: 30 nov. 2019.

57 OSCAR. 5 ways to have your healthiest year yet. S.I., 2019f. Disponível em: <https://www.hioscar.com/doctor-on-call> Acesso em: 30 nov. 2019.

58 OSCAR. **Talk to a doctor in 15 minutes.** S.I., 2019f. Disponível em: <https://www.hioscar.com/faq/five-ways-to-have-your-healthiest-year-yet>. Acesso em: 30 nov. 2019.

dados dos pacientes são mapeados e armazenados na plataforma digital e há integração destes com a equipe médica da empresa, bem como médicos e redes físicas parceiras do negócio, buscando trazer mais eficiência e precisão no atendimento⁵⁹.

Para tanto, as informações coletadas tanto de maneira presencial quanto virtual ficarão armazenadas no banco de dados da empresa.⁶⁰ Vislumbrando maior precisão de dados e eficiência na análise, a Oscar também conta com software que identifica arquivos ruins, não relevantes,⁶¹ e a partir daí realiza aproximadamente 2.200 correções de dados por dia.⁶²

Buscando estimular a promoção de hábitos saudáveis, a empresa disponibiliza aos beneficiários relógios *fitness tracker* para que as atividades físicas e os passos contabilizados por aplicativos específicos sejam rastreados e convertidos em pontos para realização de compras na Amazon.com.⁶³

A precificação de cada plano também varia de acordo com o perfil de risco do usuário, considerando características como idade, salário, alcance de cobertura, região e tendência a precisar utilizar os serviços oferecidos.⁶⁴

A mudança do físico para o digital traz facilidade de acesso, desburocratização, aumento da concorrência, eliminação de altos custos desnecessários, economia de tempo, entre outros que mostram que essa tecnologia, em diversos setores, veio para ter os serviços adaptados ao dia a dia corrido do consumidor, de modo que seja cada vez mais personalizado e eficiente.⁶⁵ Pesquisa realizada por empresa de consultoria independente mostrou que os *millennials* (nascidos entre 1981 e 1996) e a geração Z (de 1997 em diante) esperam um serviço de atendimento

59 OSCAR. **A Concierge team for you.** S.l., 2019e. Disponível em: <https://www.hioscar.com/concierge> Acesso em: 30 nov. 2019.

60 OSCAR. **Introduction: Health care in America is tipping towards promising, uncertain, and imminent change.** S.l., 2019b. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/state-of-us-healthcare> Acesso em: 30 nov. 2019.

61 KAMVAR, Sepandar D.; SCHLOSSER, Mario T.; GARCIA-MOLINA, Hector. The EigenTrust Algorithm for Reputation Management in P2P Networks. In: **Proceedings of the 12th international conference on World Wide Web**, Budapeste, Hungary, 2003. Disponível em: <http://ilpubs.stanford.edu:8090/562/1/2002-56.pdf> Acesso em: 30 nov. 2019.

62 OSCAR. **Use Technology and Data Science to Guide Members Toward More Affordable, Higher-Value Care.** S.l., 2019g. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/quality-affordable-care> Acesso em: 30 nov. 2019.

63 OSCAR. **It's all in the app.** S.l., 2019i. Disponível em: <https://www.hioscar.com/app> Acesso em: 30 nov. 2019.

64 OSCAR. **How health insurance works: Cost sharing.** S.l., 2019j. Disponível em: <https://www.hioscar.com/blog/how-health-insurance-works-cost-structure> Acesso em: 30 nov. 2019.

65 FDA, **U.S Food and Drug Administration.** Digital Health. 5 nov. 2019. Disponível em: <https://www.fda.gov/medical-devices/digital-health>. Acesso em: 30 nov. 2019.

que seja eficiente, conveniente e transparente⁶⁶ e estão mais propensos a escolher opções que possibilitem o acesso a resultados de exames e pedidos de prescrição médica de forma virtual.⁶⁷

A telemedicina ajuda a reduzir custos, evitar idas desnecessárias ao hospital e direcionar o paciente para a especialidade mais adequada ao tratamento de sua enfermidade, agilizando o processo de prestação de serviço e reduzindo custos desnecessários ou eventuais fraudes no setor.⁶⁸ Para além da economia de tempo e dinheiro, há mudanças comportamentais de pacientes e médicos.⁶⁹

Ainda, é capaz de gerar maiores oportunidades de crescimento para especialistas, que não mais estarão limitados apenas à cidade em que residem, podendo ajudar pacientes também de maneira remota.⁷⁰ De outro lado, para não comprometer a relação médico paciente, deverá haver treinamento específico de capacitação para aqueles que pretendem prestar esse tipo de serviço.⁷¹

5. DIFICULDADES PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM SERVIÇO COMO A OSCAR HEALTH NO BRASIL

5.1. Barreiras regulatórias

Conforme foi mostrado nas seções anteriores, para além das barreiras regulatórias no Brasil, como as lacunas presentes na legislação acerca do assunto, há também barreiras de acesso à tecnologia, como a falta de rede para acesso à internet.⁷² Assim, o Brasil ainda anda a passos lentos na direção de

66 **Accenture Consulting. Today's consumer: Reveal the future of healthcare.** S.I., 2019. Disponível em: <https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-94/accenture-2019-digital-health-consumer-survey.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

67 **Accenture Consulting. Today's consumer: Reveal the future of healthcare.** S.I., 2019. Disponível em: <https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-94/accenture-2019-digital-health-consumer-survey.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

68 WEN, Chao Lung. **Telemedicina e telessaúde: inovação e sustentabilidade. GoldBook: Inovação Tecnológica em Educação e Saúde**, p. 86-104, 2011. Disponível em: <<http://www.telessaude.uerj.br/resource/goldbook/pdf/5.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

69 NUNES, Gabriela; CAPRARO, Helena; PEREIRA, Lucas. O paciente é quem dita a regra do jogo. **Revista Panorama**, São Paulo, v. 14, n. 70, p. 8 - 11, 2019. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/62776/1555114729panorama_WEB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

70 NUNES, Gabriela; CAPRARO, Helena; PEREIRA, Lucas. Quando a tecnologia agrega na medicina. **Revista Panorama**, São Paulo, v. 14, n. 70, p. 30 - 35, 2019. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/62776/1555114729panorama_WEB.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

71 WEN, Chao Lung. Telemedicina e telessaúde: um panorama no Brasil. **Informática Pública**, ano 10, n. 2, p. 7-15, 2008. Disponível em: http://www.ip.bh.gov.br/ANO10_N2_PDF/telemedicina_telessaude.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

72 SILVA, Bruno; MAGALDI, Gustavo. Vai-e-vem: enquanto avança a passos largos em diversos países, telemedicina patina no Brasil por falta de regulamentação adequada. **Revista Visão Saúde**, São Paulo, v. 19, n. 12, p. 14 - 19, abr/mai/jun., 2019. Disponível em: <http://visaosaude.com.br/revista/visao-saude-v12.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

informatização, digitalização, integração e implementação de novos modelos de serviços de saúde com a utilização de tecnologia.

No entanto, no que diz respeito às *healthtechs*, que oferecem serviço de telemedicina, o avanço ocorreu não apenas nos debates, mas também com a implementação de novos serviços de empresas que decidiram empreender no setor mesmo em um cenário regulatório incerto. Em 2019 houve um *boom* de *healthtechs* no país, já tendo sido registradas mais de 392 *startups* que trabalham com laboratórios, clínicas e hospitais⁷³, incentivando uma mudança de postura dos pacientes frente ao cuidado da saúde.

Ocorre que, conforme mencionado, esse cenário de incerteza presente no país com relação à temática faz com que haja um espaço enorme para interpretações. Há aqueles que consideram uma simples orientação por meio de Whatsapp, que como foi apresentado anteriormente é uma realidade no Brasil permitida por parecer do CFM, uma maneira de exercer telemedicina.⁷⁴ Nesse modelo não há qualquer garantia para o paciente na segurança de seus dados, ou para médicos na responsabilização por diagnósticos por meio da utilização de plataforma que não foi desenvolvida para este fim. Também não há qualquer retorno financeiro para aquele que está prestando o serviço.

O próprio Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) já reagiu algumas vezes afirmando que, apesar de o Código de Ética Médica proibir atendimento médico a distância, o órgão não é contrário à telemedicina, apenas acredita que esta deve ser normatizada para a proteção do paciente.⁷⁵

5.2. Coleta, guarda e tratamento de dados

A integração da informação, com acesso aos dados de seus beneficiários e potenciais pacientes, poderá tornar menos oneroso para todos da cadeia arcar com esses serviços, visto que conseqüentemente haverá maior controle para que consultas e exames repetidos ou desnecessários não

73 O que aprender com as melhores instituições de saúde do mundo? **Panorama Farmacêutico**, São Paulo, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://panoramafarmacautico.com.br/2019/08/06/o-que-aprender-com-as-melhores-instituicoes-de-saude-do-mundo/>. Acesso em: 30 nov. 2019.

74 **Telemedicina e WhatsApp: limites**. Anahp, 11 abr, 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/telemedicina-e-whatsapp-limites/>. Acesso em: 8 out 2019.

75 FRAGA, Olívia. Summit discute o uso e a regulamentação da telemedicina. **Terra**, São Paulo, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/summit-discute-o-uso-e-a-regulamentacao-da-telemedicina,9a28127cb337fad2bbf3f-221397995d3els6sk7a.html>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ocorram⁷⁶⁻⁷⁷. No entanto, assegurar o sigilo e a integridade dos dados, em matéria de saúde, mostra-se essencial, por aludir a núcleo fundamental do direito à privacidade dos indivíduos, constitucionalmente protegido.⁷⁸

Nesse contexto, deve-se atentar para algumas legislações que tratam da proteção de dados dos pacientes obtidos pelas consultas realizadas. De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dados de saúde são considerados sensíveis⁷⁹. Por isso, essas informações demandam uma maior atenção em seu tratamento, devendo haver cautela para que não sejam compartilhadas ou destinadas, sem o consentimento do seu titular, para propósitos diferentes da finalidade para a qual foram coletadas.⁸⁰

A Lei n. 13.709/2018, mais conhecida como LGPD, estava prevista para entrar em vigor a partir de agosto de 2020. Contudo, já há, no momento, alguns Projetos de Lei e a Medida Provisória n. 959⁸¹ prevendo esse adiamento.⁸² Assim, apesar de não se ter certeza sobre a data em que passará a vigorar, deve-se observar os pontos levantados a seguir.⁸³

A LGPD veda a comunicação e o uso compartilhado de dados sensíveis para obtenção de vantagem econômica, exceto para prestação de serviços de saúde, assistência farmacêutica e assistência à saúde em benefício do seu titular, desde que não haja o tratamento de dados de saúde para seleção de riscos na contratação ou exclusão de beneficiários.⁸⁴

76 CASEMIRO, Luciana. Novos planos de saúde têm preço menor e acesso a um só grupo de hospitais. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/novos-planos-de-saude-tem-preco-menor-acesso-um-so-grupo-de-hospitais-23788607>. Acesso em: 30 nov. 2019.

77 DAFNY, Leemore S.; LEE, Thomas H. **Health Care Needs Competition. HBR'S 10 must reads on strategy for healthcare**. Boston: Harvard Business Review Press, [2018]. p. 83.

78 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

79 LGPD. Art. 5, II: "Para os fins desta Lei, considera-se: dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;". Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

80 DIAS, Rodrigo dos Santos; BORTMAN, Roberto; ZANGARINO JÚNIOR, Sérgio. **O Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação às healthtechs**. UNISANTA: Law and Social Science, v. 7, n. 3, p. 605-620, 2018.

81 Medida provisória adia a LGPD para 202. Serpro.gov. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/medida=-provisoria-adia-a-lgpd-para2021-#:~:text=A%20medida%20provis%C3%B3ria%20n%C2%BA%20959,3%20de%20maio%20de%202021.&text=Em%20virtude%20da%20pandemia%20do,a%20de%20adiamento%20da%20LGPD.>> Acesso em: 02 jun. 2020.

82 PL 5762/2019. Câmara Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227704>> Acesso em: 02 jun. 2020

83 LOUREIRO, Rodrigo. **Bolsonaro adia Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/bolsonaro-adia-lei-geral-de-protacao-de-dados-para-2021/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

84 Art. 11 §§4 e 5 LGPD: Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

O tratamento de dados envolve toda a operação realizada com dados pessoais, desde sua coleta até o processamento, a avaliação e a transferência.⁸⁵ A lei estabelece que as empresas também precisarão seguir alguns princípios, como a finalidade, a necessidade e a adequação.⁸⁶ Ou seja, deverá haver transparência em relação às razões pelas quais está ocorrendo aquela coleta; somente deverão ser armazenados dados que sejam necessários para atingir determinada finalidade, e eles deverão ser descartados a partir do momento que o armazenamento, para se atingir o objetivo final, não for mais adequado.

As empresas também devem tomar cuidado para que não haja acesso indevido à plataforma ou o uso compartilhado de dados sensíveis com o intuito de obter vantagem econômica, exceto para prestação de serviços de saúde, assistência farmacêutica e assistência à saúde. Como abordado anteriormente, o cuidado também deve ser compartilhado por todos aqueles envolvidos na prestação do serviço, prezando pela privacidade de dados do cidadão⁸⁷.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnóstico e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

- 85 LGPD. Art. 5º, X: “Para os fins desta Lei, considera-se: tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

- 86 LGPD. Art. 6º, I, II, III: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

- 87 LGPD. Art. 42, §1: “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a

São trazidos também requisitos para coleta de dados em território nacional, que abarcam o consentimento do titular, como também abordado pelo Código de Ética Médica e pela Resolução n. 1821/2007⁸⁸. Este consentimento informado é a manifestação livre, informada e inequívoca em que o titular concorda que seus dados sejam tratados para finalidade específica⁸⁹.

A LGPD busca trazer mais transparência e segurança ao proprietário do dado, provendo informações como em relação à forma com que o detentor do dado deverá armazenar e tratar as informações coletadas. Há diversos benefícios, riscos e preocupações decorrentes da coleta e tratamento de dados pessoais, principalmente quando se trata de dados sensíveis, como definido anteriormente. Alguns autores acreditam que esse risco é tão alto que pode chegar a impactar o livre arbítrio e a dignidade humana daqueles que estão sujeitos a essa coleta⁹⁰.

Por fim, aqueles que não respeitarem os requisitos trazidos pela lei sofrerão sanções administrativas que podem variar de advertência à multa de até 2% do faturamento da pessoa jurídica, limitados ao total de R\$ 50.000.000,00.⁹¹

5.3. Responsabilidades

Por não ser uma questão ainda regulamentada no Brasil, não há atos normativos específicos sobre sua responsabilidade. No entanto, as normas gerais de responsabilidade civil podem ser aplicáveis a depender de cada caso, e a própria LGPD traz responsabilidades e penalidades relacionadas ao vazamento de dados.

Apesar de se aplicarem ao caso, as normas gerais sobre responsabilidade civil – questões como de quem será o ônus no caso de vazamento de dados, quem seria responsável no caso de violação da integridade ou

repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I – o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II – os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei. Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

88 Art.7 da LGPD. Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

89 LGPD. Art. 5, XII: "Para os fins desta Lei, considera-se: consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;". Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

90 CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Big Data**. New York, 2014. P. 170.

91 Art. 52 da LGPD. Ver: BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.

confidencialidade do dado, ou qual seria o risco decorrente do atraso na resposta da demanda por telemedicina – provavelmente serão abordadas em legislações específicas conforme a natureza das atividades realizadas, ou por meio de interpretação jurisprudencial.

Os debates se preocupam em discutir como deverá ser o ato normativo que regulamentará a atividade de telemedicina com questões acerca da necessidade ou não de treinamento para profissionais que prestarão esse tipo de serviço.

Apesar de questionamentos importantes, o fato de não possuímos uma resposta conclusiva não deve ser uma barreira para a ampliação da telemedicina. Existem diversas maneiras de regular novas tecnologias sem que seja necessário proibi-las, e na área da saúde não deve ser diferente. Uma possibilidade será permitir que a telemedicina seja aplicada em lugares específicos e para determinadas funções, e observar as vantagens e desvantagens apresentadas. Observando a realidade, torna-se possível estabelecer regulação de melhor qualidade para o uso de telemedicina, sem que seja necessário abdicar de suas vantagens.

Dessa maneira, é possível que as exceções aplicadas a este serviço durante o período de pandemia causada pelo novo coronavírus tenham precipitado, de certo modo, esta regulamentação e acesso no país, trazendo, assim, maior espaço para que as normas estabelecidas temporariamente possam se tornar permanentes, a depender dos resultados obtidos ao longo desse período.

6. CONCLUSÃO: SUGESTÕES DE AVANÇO

Frequentemente são realizados grandes fóruns sobre saúde e tecnologia no país, que se mostra uma pauta em alta nos últimos anos.⁹²⁻⁹³ Alguns atores do setor estimam que as *healthtechs* movimentarão no país entre US\$ 7 bilhões e US\$ 8 bilhões nos próximos cinco anos, e que investimentos no atendimento médico a distância são a única alternativa capaz de cobrir as crescentes demandas por serviços.⁹⁴

Diante da comparação com o sistema dos Estados Unidos, é possível concluir que o uso mais amplo da telemedicina no Brasil traria benefícios para o sistema de saúde.

92 Onde a saúde e a inovação se encontram. Healthcare innovation show, São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://his.saudebusiness.com/pt/home.html>. Acesso em: 30 nov. 2019.

93 Iniciativa FIS. Bem-vindos à Iniciativa FIS. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://fis.org.br/>. Acesso em: 30 nov. 2019.

94 Telemedicina deve atrair US\$ 8 bilhões em investimentos no Brasil. Estado de Minas, Belo Horizonte, 17 maio 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/05/17/internas_economia,1054472/telemedicina-deve-atrair-us-8-bilhoes-em-investimentos-no-brasil.shtml. Acesso em: 30 nov. 2019.

Em primeiro lugar, é possível citar como grande vantagem para o SUS a diminuição de custos com atendimentos da rede pública, pois uma das principais justificativas para as grandes filas por atendimento advém da falta de recursos. E com a telemedicina seria mais fácil a obtenção de um cuidado focado na prevenção de doenças.

Adicionalmente, assim como nos Estados Unidos, no Brasil há grande disparidade de infraestrutura comparando-se as grandes cidades com o interior dos estados, além de serem muito distantes, dada a grande extensão territorial do país.

Por fim, com a implementação da telemedicina no país, ressalta-se a possibilidade de obter vantagens ainda maiores para o setor público brasileiro em relação ao americano. Como mencionado, o uso da telemedicina está relacionado à redução de custos com o reembolso do programa Medicaid, pago pelo governo americano. No Brasil, considerando que aproximadamente 70% da população utiliza os serviços financiados pelo Estado, uma porcentagem maior que nos Estados Unidos, é possível considerar que os ganhos em eficiência gerariam reduções de custos ainda maiores, podendo destiná-los de maneira mais eficiente a outras áreas de saúde.

Visto que a telemedicina é capaz de aumentar a eficiência do setor por ajudar no tempo de espera e sobrecarga de agenda,⁹⁵ é imprescindível que a legislação do país se adeque às necessidades do mundo contemporâneo, uma vez que a tecnologia já permite o atendimento de maneira remota.

Após o exposto, fica evidente que o modo de cuidado com o paciente deverá ser redefinido. Vive-se em um tempo de maior acesso à tecnologia, e as diretrizes normativas devem se adaptar para que o serviço seja prestado com maior eficiência, e todos da cadeia possam gerar mais valor e saúde para o paciente.

Deve-se buscar um cenário no qual pacientes tenham mais acesso e melhor direcionamento, operadoras sejam demandadas a custear menos procedimentos (como decorrência da racionalização do atendimento e da atuação na prevenção), prestadores de serviço sejam mais assertivos (por terem um maior acesso aos dados pessoais dos pacientes de maneira integrada e atualizada) e sem limitação geográfica para atendimento. Trata-se de serviço mais personalizado, com o paciente no centro dos cuidados como protagonista de sua saúde. Para tanto, apesar da incorporação de novas tecnologias ser onerosa a curto prazo, tem potencial para trazer muitos benefícios em um maior período de tempo, por exemplo com maiores oportunidades de atendimento e, possivelmente, preços mais acessíveis.

95 WEN, Chao Lung. Telemedicina e telessaúde: inovação e sustentabilidade. GoldBook: Inovação Tecnológica em Educação e Saúde, p. 86-104, 2011. Disponível em: <http://www.telessaude.uerj.br/resource/goldbook/pdf/5.pdf> Acesso em: 30 nov. 2019.

Ainda, é necessário que haja cuidado adequado integrado a uma assistência constante aos pacientes, por meio de regulação das *healthtechs*, trazendo maior segurança a todos os membros da cadeia. Isto pois se trata de produto que é também uma alternativa para combater desperdícios, além de prover tratamentos preventivos. Faz-se necessário reavaliar a normatização em vigor, de forma a gerar incentivo para competição de mercado, seja com a entrada de novos agentes, seja com o aprimoramento daqueles já existentes no mercado.

Assim, faz-se necessária a análise do serviço de telemedicina como uma alternativa capaz de aumentar o acesso de diversos cidadãos. Também seria possível oferecer um tratamento de prevenção e para pessoas em áreas remotas. Desse modo, seria possível gerar benefícios para o setor público e também privado, com pacientes detectando doenças em estágios iniciais, trazendo uma desoneração do SUS, melhorando o redirecionamento de pacientes e diminuindo os gastos com os serviços de saúde mais onerosos que são consequência da falta de prevenção.

O uso da tecnologia, principalmente em um setor sensível como o de saúde, traz inquietações quanto à qualidade da assistência a ser prestada e ao sigilo das informações. Nesse sentido, deve-se buscar enfrentar desafios, sabendo dos riscos e cuidados a serem tomados, e procurando sempre beneficiar e proteger os membros da cadeia. A telemedicina no Brasil teria potencial para fornecer cuidado a regiões desfavorecidas e inacessíveis, aumentando o acesso também àqueles que hoje se encontram na lacuna de atendimento, não o conseguindo nem pelo setor público (que se encontra sobrecarregado) nem pelo privado (por conta dos custos).

Conforme apresentado, essa atividade já ocorre para aqueles que tem recursos. No entanto, a sociedade como um todo precisa desse acesso para desafogar o sistema de saúde brasileiro, redirecionando melhor as demandas do setor. Deve-se cuidar da saúde do indivíduo, e não mais ter a atenção direcionada principalmente para o tratamento de doenças.

Deve-se estabelecer relação jurídica para que as *healthtechs* que seguem os modelos apresentados cuidem da segurança de dados dos pacientes e sigam diretrizes estabelecidas no Código de Ética Médica. Os brasileiros devem passar a fazer escolhas mais responsáveis com sua saúde, mas deve haver incentivos, de modo cuidadoso, por parte dos grandes agentes do setor (como o CFM, o Ministério da Saúde, os Conselhos Regionais de Medicina, e as classes médicas de especialidades específicas) para que seja possível essa reeducação.

Por fim, fica evidente a necessidade desse serviço quando, em 2020, por conta da pandemia do Coronavírus, uma das primeiras soluções implementadas foi a permissão da alternativa de telemedicina, enquanto durasse a crise causada pela Covid-19. Foi preciso de um período assim para que se percebesse o real potencial de se ter aliado saúde à tecnologia.

Trata-se de uma excelente oportunidade para gerar assistência médica a um número maior de cidadãos brasileiros, favorecendo as duas pontas da cadeia: médicos e pacientes. Ocorre que será necessário avaliar de maneira minuciosa os dados obtidos acerca da utilização deste serviço, ao longo deste período, para avaliar se faria sentido retroceder na questão.

Juridicamente, alguns desafios se apresentam. Desde 2002 esteve na pauta do CFM regulamentar a questão da telemedicina. No entanto, com a publicação da Lei n. 13.989/2020, essa atividade restou expressamente permitida durante a pandemia. Também houve veto presidencial à necessidade de regulamentação do tema pelo CFM, sob o argumento de que “A regulação das atividades médicas por meio de telemedicina após o fim da atual pandemia é matéria que deve ser regulada, ao menos em termos gerais, em lei, como se extrai do art. 5º, incisos II e XIII, da Constituição”.

Assim, caso o resultado dessa medida temporária se mostre exitosa, defende-se que seja mantida em caráter permanente, uma vez que a telemedicina é apenas um meio adicional ao exercício da medicina. Neste sentido, a lacuna existente na questão – uma vez extinto o comando legal que, no momento, autoriza o seu uso em razão da pandemia – poderia ser interpretada no sentido de não constituir um obstáculo à sua utilização. Com isso poderia se fortalecer a utilização da telemedicina mesmo após pandemia, enquanto não houver outra lei regulamentando a temática ou vedação legal expressa.

Também, como ficou estabelecido, a vigência da lei que regulamenta a questão da telemedicina no Brasil seria enquanto durasse a crise causada pela Covid-19. Ocorre que, desse modo, o prazo deixou de ser vinculado a termos fechados como calamidade pública ou emergência de saúde pública, passando a ter interpretações mais abrangente.

Observando-se os pontos apresentados anteriormente, nota-se que é razoável utilizar-se destes argumentos para que seja flexibilizada a operação de plataformas de telemedicina, nas diretrizes estabelecidas pela Lei, mesmo após período de pandemia da Covid-19. Contudo, seria importante a publicação de atos normativos específicos para regulamentar a matéria de acordo com as dificuldades encontradas por cada especialidade, buscando, assim, aumentar as possibilidades de assistência médica, respeitando-se a privacidade individual.

Por fim, parece ser recomendável que a legislação que venha a ser exarada sobre a matéria confira discricionariedade ao médico quanto à utilização ou não dessas ferramentas, uma vez que seu uso exitoso depende da especialidade, da familiaridade do profissional com as ferramentas tecnológicas, com a qualidade dos equipamentos de tecnologia que estejam disponíveis e das queixas do paciente, que podem ser incompatíveis com o uso da telemedicina em alguns casos. Assim, se o direito não deve vedar, também não deve obrigar os médicos que utilizem telemedicina.

7. REFERÊNCIAS

Accenture Consulting. **Today's consumer: Reveal the future of healthcare.** S.l., 2019. Disponível em: <https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-94/accenture-2019-digital-health-consumer-survey.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BERCHICK, Edward; BARNETT, Jessica; UPTON, Rachel. Health Insurance Coverage in the United States: 2018. 2019. Disponível em: <<https://www.census.gov/library/publications/2019/demo/p60-267.html>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CASEMIRO, Luciana. Novos planos de saúde têm preço menor e acesso a um só grupo de hospitais. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/novos-planos-de-saude-tem-preco-menor-acesso-um-so-grupo-de-hospitais-23788607>. Acesso em: 30 nov. 2019.

CHAKRABARTI, Orna. Telehealth: Emerging evidence on efficiency. *International Review of Economics & Finance*, 01/11/2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1059056018307986> Acesso em: 2 jul. 2020.

Children's Health Insurance Program (CHIP). Medicaid.gov. Disponível em: <<https://www.medicaid.gov/chip/index.html>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Conselheiros do CFM revogam a Resolução nº 2.227/2018, que trata da Telemedicina. CFM. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28096:2019-02-22-15-13-20&catid=3>. Acesso em: 8 nov. 2019.

Crise no SUS: Pacientes aguardam mais de 10 anos na fila de espera. CFM. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27317:crise-no-sus-pacientes-aguardam-mais-de-10-anos-na-fila-de-espera&catid=3>. Acesso em: 30 maio 2020.

CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **BIG DATA.** New York, 2014. p. 170.

Dados gerais. ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 30 maio 2020.

DAFNY, Leemore S.; LEE, Thomas H. Health Care Needs Competition. HBR'S 10 must reads on strategy for healthcare. Boston: Harvard Business Review Press, [2018]. p. 83.

DIAS, Rodrigo dos Santos; BORTMAN, Roberto; ZANGARINO JÚNIOR, Sérgio. O Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação às healthtechs. **UNISANTA: Law and Social Science**, v. 7, n. 3, p. 605-620, 2018.

FDA, U.S Food and Drug Administration. **Digital Health.** 5 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.fda.gov/medical-devices/digital-health>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

FRAGA, Olívia. Summit discute o uso e a regulamentação da telemedicina. **Terra**, São Paulo, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/summit-discute-o-uso-e-a-regulamentacao-da-telemedicina,9a28127cb337fad2bbf3f221397995d3els6sk7a.html>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Iniciativa FIS. **Bem-vindos à Iniciativa FIS**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://fis.org.br/> Acesso em: 30 nov. 2019.

INSTITUCIONAL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em 10/05/2020.

MALTA, Cynthia. Conselho Federal de Medicina revoga resolução sobre telemedicina. **Valor econômico**, Rio de Janeiro, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/22/conselho-federal-de-medicina-revoga-resolucao-sobre-telemedicina.ghtml> Acesso em: 30 nov. 2019.

Medida provisória adia a LGPD para 202. Serpro.gov. disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/medida-provisoria-adia-a-lgpd-para-2021#:~:text=A%20medida%20provis%C3%B3ria%20n%C2%BA%20959,3%20de%20maio%20de%202021.&text=Em%20virtude%20da%20pandemia%20do,a%20de%20adiamento%20da%20LGPD.>> Acesso em: 02 jun. 2020.

KAMVAR, Sepandar D.; SCHLOSSER, Mario T.; GARCIA-MOLINA, Hector. The EigenTrust Algorithm for Reputation Management in P2P Networks. In: **Proceedings of the 12th international conference on World Wide Web**, Budapest, Hungary, 2003. Disponível em: <http://ilpubs.stanford.edu:8090/562/1/2002-56.pdf> Acesso em: 30 nov. 2019.

KAPPS, Michael. Operadora de Saúde 100% digital já vale R\$ 6 bilhões e assusta mercado. **Jornal da Saúde**, São Paulo, 4 ago. 2019. Disponível em: <https://jornalacoplan.com.br/2019/08/04/operadora-de-saude-100-digital-ja-vale-r-6-bilhoes-e-assusta-mercado/>. Acesso em: 30 nov. 2019.

LAGASSE, Jeff. Telehealth laws and regulations in 2019 have set the stage for increased access and use. *Healthcare Finance*. 2019. Disponível em: <<https://www.healthcarefinancenews.com/news/telehealth-laws-and-regulations-2019-have-set-stage-increased-access-and-use>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

LOUREIRO, Rodrigo. Bolsonaro adia Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/bolsonaro-adia-lei-geral-de-protecao-de-dados-para-2021/>>. Acesso em: 2 jun. 2020

National Medicaid & CHIP Program Information. Medicaid.gov. Disponível em: <<https://www.medicaid.gov/medicaid/national-medicaid-chip-program-information/index.html>>. Acesso em: 2 jun 2020.

NUNES, Gabriela; CAPRARO, Helena; PEREIRA, Lucas. O Paciente é Quem Dita a Regra do Jogo. **Revista Panorama**, São Paulo, v. 14, n. 70,

p. 8-11, 2019. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/62776/1555114729panorama_WEB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

NUNES, Gabriela; CAPRARO, Helena; PEREIRA, Lucas. Quando a Tecnologia Agrega na Medicina. **Revista Panorama**, São Paulo, v. 14, n. 70, p. 30-35, 2019. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/62776/1555114729panorama_WEB.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

Onde a saúde e a inovação se encontram. **Healthcare innovation show**, São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://his.saudebusiness.com/pt/home.html>. Acesso em: 30 nov. 2019.

O que aprender com as melhores instituições de saúde do mundo? **Panorama Farmacêutico**, São Paulo, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://panoramafarmacutico.com.br/2019/08/06/o-que-aprender-com-as-melhores-instituicoes-de-saude-do-mundo/>. Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **A Concierge team for you**. S.l., 2019e. Disponível em: <https://www.hioscar.com/concierge> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **Explore coverage for Individuals & Family, Medicare advantage, businesses**. S.l., 2019c. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/state-of-us-healthcare> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **How health insurance works: Cost sharing**. S.l., 2019j. Disponível em: <https://www.hioscar.com/blog/how-health-insurance-works-cost-structure> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **Introduction**: Health care in America is tipping towards promising, uncertain, and imminent change. S.l., 2019b. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/state-of-us-healthcare> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **It's all in the app**. S.l., 2019i. Disponível em: <https://www.hioscar.com/app> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **Search**. S.l., 2019d. Disponível em: https://www.hioscar.com/search/doctors?include_no_new_patients=true&specialty=CLINP-CPMAN&network_id=009&year=2019&zip_code=90255 Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **Talk to a doctor in 15 minutes**. S.l., 2019f. Disponível em: <https://www.hioscar.com/faq/five-ways-to-have-your-healthiest-year-yet>. Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **Use Technology and Data Science to Guide Members Toward More Affordable, Higher-Value Care**. S.l., 2019g. Disponível em: <https://www.hioscar.com/deepdive/quality-affordable-care> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **We didn't create Oscar because we liked health insurance**. S.l., 2019a. Disponível em: <https://www.hioscar.com/about?locale=en> Acesso em: 30 nov. 2019.

OSCAR. **5 ways to have your healthiest year yet**. S.I., 2019f. Disponível em: <https://www.hioscar.com/doctor-on-call> Acesso em: 30 nov. 2019.

PL 5762/2019. Câmara Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227704>> Acesso em: 2 jun. 2020.

Projetos da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 30 maio 2020.

Postos de saúde do SUS terão consulta virtual. Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46773-postos-de-saude-do-sus-terao-consulta-virtual>>. Acesso em: 25 jul. 2020

Quem somos. ANS. Disponível em:<<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 30 maio 2020.

S. 773: Telehealth Innovation and Improvement Act of 2019. Govtrack. us. Disponível em: <<https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s773/summary>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

SAMMARCO, Ana Candida. Medidas da ANS impactam beneficiários, operadoras e prestadores de serviço. **Portal Único**. 2020. Disponível em: <<https://www.mattosfilho.com.br/Pages/unico-noticias.aspx?noticia-publicacao=coronavirus-plano-de-saude>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

SILVA, Bruno; MAGALDI, Gustavo. Vai-e-vem: Enquanto avança a passos largos em diversos países, telemedicina patina no Brasil por falta de regulamentação adequada. **Revista Visão Saúde**, São Paulo, v. 19, n. 12, p. 14-19, abr/mai/jun., 2019. Disponível em: <http://visaosaude.com.br/revista/visao-saude-v12.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Sistema único de saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 30 maio 2020.

SOBRINHO, Wanderley. Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira. **UOL**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em 30/05/2020.

Telehealth: Applications From a Legal and Regulatory Perspective. US National Library of Medicine. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5010268/>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Telemedicina deve atrair US\$ 8 bilhões em investimentos no Brasil. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 17 maio 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/05/17/internas_economia,1054472/telemedicina-deve-atrair-us-8-bilhoes-em-investimentos-no-brasil.shtml Acesso em: 30 nov. 2019.

Telemedicina e WhatsApp: limites. **Anahp**, 11 abr, 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/telemedicina-e-whatsapp-limites/>. Acesso em: 8 out. 2019.

Trendwatch: The Promise of Telehealth for Hospitals, Health Systems, and Their Communities. Washington, D.C: American Hospital Association; 2015. Disponível em at: www.aha.org/research/reports/tw/15jan-tw-telehealth.pdf. Acessado em 27 de janeiro de 2016. [Google Scholar] [Ref list] Acesso em: 2 jun. 2020.

VIACAVA, Francisco; OLIVEIRA, Ricardo; CARVALHO, Carolina; LAGUARDIA, Josué; BELLIDO, Jaime. SUS: oferta, acesso e utilização de serviços de saúde nos últimos 30 anos. **Ciênc. Saúde coletiva** **23**. 2018. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/csc/2018.v23n6/1751-1762/pt/>. Acesso em: 30 maio 2020.

WEN, Chao Lung. Telemedicina e Telessaúde: Inovação e Sustentabilidade. **GoldBook: Inovação Tecnológica em Educação e Saúde**, p. 86-104, 2011. Disponível em: <http://www.telessaude.uerj.br/resource/goldbook/pdf/5.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

WEN, Chao Lung. Telemedicina e Telessaúde: Um panorama no Brasil. **Informática Pública**, ano 10, n. 2, p. 7-15, 2008. Disponível em: http://www.ip.pbh.gov.br/ANO10_N2_PDF/telemedicina_telessaude.pdf Acesso em: 30 nov. 2019.

What's Medicare? Medicare.goc. Disponível em: <https://www.medicare.gov/what-medicare-covers/your-medicare-coverage-choices/whats-medicare>. Acesso em: 0 jun. 2020.

O DESENVOLVIMENTO DO AMICUS CURIAE NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS¹

Aluno: Rodrigo Bellotti Azevedo²

Orientadora: Paula Wojcikiewicz Almeida³

Área de concentração: Direito Internacional

Sumário: 1. Considerações introdutórias e base teórica; 2. Desenvolvimento do problema de pesquisa e metodologia; 3. Plano prático: quais atores estão participando?; 3.1 Classificando os atores em estatais e não estatais; 4. Avaliando as requisições dos *Amici Curiae* aos tribunais arbitrais; 5. Considerações finais e perspectivas futuras; 6. Referências

Resumo

A legitimidade do atual modelo da arbitragem internacional de investimentos, concentrada no Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI), tem sido amplamente criticada pela doutrina internacional por carecer de instrumentos normativos de transparência e

1 O presente relatório representa um sumário, - resumido, de projeto de pesquisa elaborado com a professora Paula Almeida e a pesquisadora observadora Mariana Novotny Muniz. O resultado final da pesquisa constitui relatório, em inglês, com um total de 115 páginas e um número muito alto de variáveis de análises. Para este relatório, apresentamos somente o panorama geral da pesquisa, a proposta de investigação, e alguns de nossos achados que representam elementos importantes da problemática proposta.

2 Graduando da FGV Direito Rio.

3 Doutora *summa cum laude* em Direito Internacional e Europeu pela École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI (Paris-Sud), Faculté Jean Monnet. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professora da Graduação da FGV Direito Rio. Professora titular do FGV Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, financiado pela Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Eleita membro brasileira do Comitê sobre Procedure of International Courts and Tribunals da International Law Association (ILA). Título de 'maître des conférences' pelo Conselho Nacional das Universidades (CNU) da França. Professora visitante na École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Professora visitante na Universidade de Salzburgo (desde 2017). Realizou estudos de pós-doutorado, na condição de pesquisadora visitante, no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014) e na University of Oxford, Faculty of Law (2014). Pesquisadora associada na South African Institute of International Affairs (2012) e do Centre d'études et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (2010). Atuou como docente substituta na UERJ (2006/2007).

accountability, sobretudo na exclusão da sociedade civil em temas de alta sensibilidade e polarização. Uma das soluções desenvolvidas para preencher essa lacuna foi a sistematização do instituto do *amicus curiae* nos procedimentos arbitrais, voltados aos interesses de atores externos não representados na disputa arbitral. A presente pesquisa se destina a mapear e analisar o desenvolvimento histórico do instituto, as suas tendências e novas trajetórias, em especial, no que tange a composição da pauta de atores que participam, os seus pedidos, e o índice de leniência dos tribunais arbitrais.

Palavras-chave

Arbitragem internacional de desenvolvimento; Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos; tribunais arbitrais.

Abstract

The legitimacy of the current model of international investment arbitration, focused on the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), has been widely criticized by international scholars for lacking normative instruments of transparency and accountability, particularly in excluding civil society in highly sensitive and polarizing issues. One solution developed to fill this gap was the systematization of the *amicus curiae* institute in arbitral proceedings, aimed at the interests of external actors not represented in the arbitral dispute. The present research aims to map and analyze the historical development of the institute, its trends and new trajectories, especially regarding the composition of the agenda of actors who participate, their requests, and the leniency index of the arbitral tribunals.

Keywords

International investment arbitration; International Centre for Settlement of Investment Disputes; arbitral tribunals.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E BASE TEÓRICA

A presente pesquisa se destinou a avaliar quantitativamente os desenvolvimentos do instituto do *amicus curiae* na arbitragem internacional de investimentos, no âmbito dos Tribunais do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI). O marco inicial do trabalho se deu com os estudos das transformações gerais sofridas pelo direito internacional moderno no último século. Após os eventos de 1945, o consenso das deliberações doutrinárias apontou para a quebra do desenho inter-estatal monopolista nas relações internacionais e para a emergência de uma pletera de instituições e tribunais independentes.⁴

4 ESTY, Daniel. Good Governance at the Supernational Scale: Globalizing Administrative Law. :Yale Law Journal, v. 115, 2006, p. 1549.

Precisamente, com o advento da globalização e dos meios tecnológicos de comunicação, observa-se, nitidamente, um processo de pulverização da produção normativa do direito em escala global, além da perpetuação de um sistema de freios e contrapesos responsável por atenuar as agendas de atores governamentais.⁵

Dito isso, há de se observar – em meio ao fim do século XX – o êxito esperançoso dos *meios alternativos de resolução de conflitos* (ADR). Dentro de tal campo, o regime arbitral de solução de controvérsias estrangeiro-estado (ISDS) emergiu como elemento basilar de um dos mais proeminentes e rígidos sistemas de proteção para investimentos internacionais. Em termos quantitativos, existem centenas de tratados bilaterais e multilaterais que oferecem proteção, segurança e legitimidade para que investidores internacionais possam apostar em operações *cross-border* em países diversos.⁶ Assim sendo, em caso de quaisquer conflitos entre o investidor e o seu respectivo estado-hospedeiro, a solução com maior índice de adesão nos tratados internacionais tem sido a arbitragem. Toda essa popularidade, em parte, deriva do cuidado dado aos investidores estrangeiros, muitos dos quais buscam expor a sua vulnerabilidade em face ao poder coercitivo de seus estados hospedeiros.

Como já mencionado, o CIRDI, concebido e financiado pelo Banco Mundial, fora instituído com o propósito de servir como a principal instituição na garantia dos direitos de investidores estrangeiros. O seu modelo tem-se valido da arbitragem de investimentos para garantir uma resolução de conflitos privada e confidencial entre hóspedes e hospedeiros, mitigando os riscos do fluxo de investimentos e trazendo algum modo de segurança jurídica ao comércio internacional.

No entanto, advogados, doutrinadores e membros da sociedade civil têm buscado, nos últimos anos, colocar em xeque a legitimidade do regime arbitral do CIRDI.⁷ Afinal, se olharmos para as características básicas do sistema ISDS, perceberemos, por um lado, que o regime se baseou, integralmente, nos moldes oferecidos pela arbitragem comercial internacional, no sentido de oferecer um meio privado, confidencial e secreto de resolução de conflitos, dando primazia à autonomia das partes. Ademais, com a mera inclusão de um governo nacional como uma das partes que compõem a lide, nasce-se uma tendência de agregar temas sensíveis e complexos atinentes a políticas públicas ou bens públicos globais.

5 Ibid.

6 BOOTH, Cheerie. Is There a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration? ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 2009, p. 109.

7 LEVINE, Eugenia. Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-party Participation. In: Berkeley Journal of International Law, Berkeley, v. 6, 2011, p. 202.

Os efeitos do Tribunal, portanto, passam a produzir resultados para além das partes,⁸ impactando um largo leque de temas e atores externos. Por esta razão, a doutrina tem defendido a adição de mecanismos de transparência aos procedimentos do CIRDI, em uma tentativa de voltar as atenções de seus Tribunais a reivindicações públicas mais amplas, assim como, em seguida, ao engajamento da própria sociedade civil.⁹

Uma das apostas para reduzir este grande déficit democrático e centrado no internacional se baseia no instituto do *amicus curiae*. O termo *amicus curiae* tem sido aplicado para tratar de atores terceiros que não dispõem de um interesse direto e juridicamente resguardado em relação a uma disputa particular, mas que, de todo modo, gostariam de participar e contribuir na análise do mérito da questão.¹⁰ Em diversas ocasiões, seus objetivos tangenciam a promoção dos interesses da sociedade civil e a formulação de jurisprudências mais favoráveis em meio às transformações do direito internacional.¹¹

Na jurisdição do CIRDI, existe, desde sempre, tratados multilaterais e bilaterais que providenciam provisões específicas para *non-disputing party participation*. Não se enganem, trata-se de cláusulas restritas, visto que se dirigem somente aos estados que integram determinado tratado, mas que não estejam efetivamente participando da lide. Estes somente podem submeter memoriais analíticos sobre fatos puramente técnicos.

A expansão do *amicus curiae* para novos tipos de atores teve início com uma série de casos controversos que circundavam sobre temáticas de políticas públicas e bens públicos globais.¹² O mérito da questão estimulou organizações sociais a oferecerem análises representativas do interesse da sociedade civil e da relevância pública da questão.¹³ Com o passar dos anos, o desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* é constantemente tido como uma promissora alternativa para destravar os aspectos processuais puramente secretos do CIRDI.¹⁴ Curiosamente, após alguns

8 LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-party Participation*. In: *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v. 6, 2011, p. 207.

9 *Ibid.* p. 813.

10 VON BOGDANDY, Armin.; VENZKE, Ingo. *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*. In: *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 1367.

11 RONEN, Yaël.; NAGGAN, Yael. *'Third Parties'*. In: *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013, pp. 821.

12 GERLICH, Olga. *More Than a Friend? The European Commission's Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitration*. In: *International Economic Law: Contemporary Issues*, 2017, p. 255.

13 *Ver NAFTA Cap. 11 Arb. Trib.*, 15 Janeiro 2001, *Methanex Corp. v. USA.*; ICSID, 21 Outubro 2005, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3.; ICSID, 9 April 2015, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, Caso No. ARB/03/19.

14 DE BRABANDERE, Eric. *Amicus Curiae: Investment Arbitration*. In: *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 3.

casos paradigmáticos, o próprio CIRDI alterou suas regras procedimentais para o incluir.¹⁵ O panorama atual é a possibilidade de múltiplos tipos de *non-disputing parties* disporem, dentre outros direitos processuais, da submissão de um memorial escrito auxiliar.

2. DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA DE PESQUISA E METODOLOGIA

O objetivo da presente pesquisa é desvendar o perfil atual dos *amici curiae* na jurisdição da CIRDI. A proposta é elaborar uma investigação quantitativa das características e dos desenvolvimentos dos *amici curiae* na arbitragem de investimentos CIRDI entre os anos de 1999 e 2019. Os principais pontos a serem atravessados são: (i) quais tipos de atores tendem a participar; (ii) o que eles tendem a solicitar ao tribunal, e como são correspondidos; e (iii) as relações entre as suas submissões e bens públicos globais.

Nossa metodologia se centrou na busca, em três bases de dados,¹⁶ por todos os casos do CIRDI publicamente disponíveis que apresentavam participações de *amicus curiae* – seja por submissões ou por petições para participar. coletamos, dentre os casos selecionados, todos os documentos, os memoriais, as petições e as decisões publicamente disponíveis, para seguir em frente no mapeamento empírico dos padrões de engajamento dos *amici curiae*. Para realizar as análises propostas, tomamos os seguintes passos: (i) classificação dos tipos de atores por trás das participações, conforme algumas das nomenclaturas da doutrina internacional; e (ii) averiguação de todas as solicitações dos *amici* e as respectivas respostas dos Tribunais.

Enfim, fechamos nosso escopo analítico com 50 casos ao todo, dentre os anos 1999 e 2020, os quais, em sua conjuntura, apresentaram: (i) 58 petições totais; (ii) 65 atores diferentes participando – em geral –; e (iii) 80 pedidos totais formulados aos tribunais.

3. PLANO PRÁTICO: QUAIS ATORES ESTÃO PARTICIPANDO?

Para operacionalizar esta primeira faceta de nossa análise, categorizamos os tipos de atores em: (i) organizações da sociedade civil (OSCs); (ii) organizações intergovernamentais (OIGs); (iii) tribos indígenas; (iv) indivíduos; e (v) governos nacionais. Esta classificação se baseou nos moldes

15 Ver Regra 37(2) das Regras de Arbitragem do CIRDI.; Article 41(3) das Regras Adicionais de Instalação da CIRDI.

16 Fontes dos dados disponíveis em: <[https://www.italaw.com/search/site?ff%5B0%5D=sm_field_case_document_type%3Aamicus>;](https://www.italaw.com/search/site?ff%5B0%5D=sm_field_case_document_type%3Aamicus%;)
<<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>;
<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx?>

oferecidos pelo Grupo Consultivo em Efetividade Auxiliar e Sociedade Civil (GCEASC) da OCDE. Dentro dos nossos achados, o conceito de OSC abraçou uma pletera extremamente diversificada de agentes, variando entre câmaras de comércio, organizações sociais, empresas e associações.

Desde o ano de 1999, 86 (oitenta e seis) atores buscaram atuar como *amicus curiae* em meio aos procedimentos da CIRDI. Por participação, enquadram-se os atores que emitiram uma submissão aceita como *amicus curiae*, como também, os que meramente submeteram aplicações para participar, mesmo não sendo admitidos pelo Tribunal. Nos casos em que um *amicus* participou dos procedimentos mais de uma vez, todas as participações foram devidamente computadas. Por fim, nas hipóteses em que uma petição ou submissão envolveu mais de um ator, todos os envolvidos foram contabilizados. Por esse motivo, o número total contabilizado foi de 86 atores.

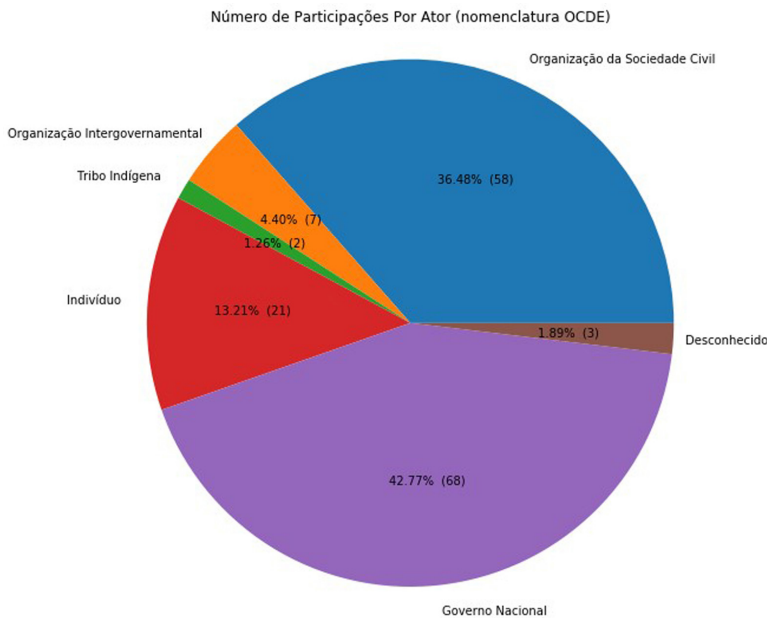


Figura 1. Classificação dos *amicus curiae* a partir da literatura da OCDE

A partir dos dados disponíveis, entende-se que os atores predominantes foram: (i) os governos nacionais, com 68 participações (42,8%); (ii) as OSCs, com 58 (36,5%), acompanhados, respectivamente, pelas; (iii) OIGs, com 7 participações (4,4%). Sendo assim, excluídos os atores estatais, as entidades organizadas e reconhecidas ocupam a maior parcela dos dados analisados, em contraposição aos indivíduos e às tribos indígenas, que demonstraram somente 21 e 2 participações, respectivamente.

Como já exposto, a explicação lógica para a supremacia dos atores estatais se dá pela consolidação histórica – em diversos tratados de investimento – de mecanismos que autorizam a participação técnica e limitada dos estados membros não litigantes do determinado tratado. Nesse sentido, ainda, os três estados específicos com o maior número de participações individuais foram os Estados Unidos da América, com 27 participações, seguido do México, com 19 participações, e em seguida, do Canadá, com 16 atuações. Tal panorama não nos parece tão surpreendente, tendo vista que os três países são membros constitutivos do NAFTA, tratado multilateral que dispõe de um dos dispositivos mais tradicionais no que tange à concessão de submissões dos membros do tratado que não fazem parte da determinada disputa em questão: o Artigo 1.128 do Capítulo 11 do NAFTA.

Quanto às OSCs, nota-se que seu escopo de incidência abarca organizações das mais variadas, as quais se demonstram portadoras de interesses muitas vezes distintos. O recorrente papel das OSCs, em geral, tem sido o da representação dos interesses, das preocupações, das lutas e das reivindicações de determinadas parcelas da sociedade civil. Conforme o contexto de cada caso em particular, o surgimento das OSCs tem se dado nos casos que versam acerca de políticas públicas e medidas estatais controversas, que tocam – conjuntamente – em temas sensíveis ao público geral. A Figura 2 expõe todas as OSCs que participaram.

Não é à toa, portanto, que ao olhar a Tabela 1, observe-se uma rica diversidade de OSCs que pertencem a diversos estratos, lutas e interesses da sociedade civil, tais como: (i) preservação ambiental; (ii) saúde pública e saneamento básico; (iii) direitos à água potável; (iv) direitos políticos, dentre outros. Curiosamente, as únicas três OSCs que participaram mais de uma vez emanam, todas, das preocupações eminentemente públicas da sociedade civil: (a) o *Center for International Environmental Law* (CIEL), com 4 participações; (b) o *Columbia Center on Sustainable Investment* (CCSI), com 2 participações; e (c) o *European Centre for Constitution and Human Rights* (ECCHR), também com 2 participações.

Em seguida, ainda que elas ocupem apenas 4,4% de todas as participações, 5 (cinco) das 7 participações totais advém, unicamente, da Comissão Europeia (CE), órgão intrínseco ao funcionamento da União Europeia (UE). Na maioria de suas atuações, a CE impôs uma agenda assertiva e direta, buscando alguma espécie de intervenção nos casos que conflitavam com a aplicação das leis regionais do bloco.

Já quanto aos indivíduos, na prática, estudiosos do ramo tendem a unir os seus esforços para emitirem petições ou submissões conjuntamente, o que acaba por aglomerar o número de participantes em poucas petições. Tal fato é cirurgicamente ilustrado em *Eli Lilly v. Canada*,¹⁷ que contou com três petições diferentes atinentes a um total de 14 especialistas e pesquisadores do ramo de propriedade intelectual.

17 UNCITRAL, 16 mar. 2017, *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, Case No. UNCT/14/2.

Tabela 1. Tabela de peticionantes OSCs à posição de *amicus curiae*

Peticionantes (OSCs) - <i>Amicus Curiae</i>	Número de Petições
Alburnus Maior	1
Asociación Civil Por La Igualdad y La Justicia	1
Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre (APREFLOFAS)	1
Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente	1
Association of Human Rights and the Environment-Puno	1
Biotecanada	1
Biotechnology Innovation Organization	1
Bluewater Network	1
British Columbia Federation of Labour	1
Canadian Union of Postal Workers	1
Center for International Environmental Law	4
Centre for Applied Legal Studies	1
Centre for Intellectual Property Policy	1
Centre Québécois du Droit de L'environnement	1
Centro de Estudios Legales y Sociales	1
Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu	1
Chamber of Commerce of the United States of America	1
Columbia Center on Sustainable Investment	2
Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán	1
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada	1
Communities for a Better Environment	1
Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria	1
Council of Canadians	1
Earthjustice	1
Earthworks	1
European Centre for Constitution and Human Rights	2
Friends of the Earth Canada	1
Friends of the Earth United States	1
Friends of the Earth-Netherlands	1
Greenpeace Romania	1
Innovative Medicines Canada	1
Institute for Policy Studies	1
International Centre for the Legal Protection of Human Rights	1
International Institute for Sustainable Development	1

Tabela 1. Tabela de peticionantes OSCs à posição de *amicus curiae*

Peticionantes (OSCs) - <i>Amicus Curiae</i>	Número de Petições
La Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida	1
La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes	1
Legal Resources Centre	1
Mexican Association of the Research Based Pharmaceutical Industry	1
MiningWatch Canada	1
National Mining Association	1
Pharmaceutical Research and Manufacturers of America	1
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic	1
Semapa Sur	1
Sierra Club	1
Spain-U.S.A. Chamber of Commerce	1
The Canadian Chamber of Commerce	1
The Canadian Generic Pharmaceutical Association	1
The Lawyers Environmental Action Team	1
The Legal and Human Rights Centre	1
The National Association of Manufacturers	1
The Tanzania Gender Networking Programme	1
Unión De Usuarios Y Consumidores	1
United Steel Workers	1
Total Geral	58

3.1 CLASSIFICANDO OS ATORES EM ESTATAIS E NÃO ESTATAIS

Nesta segunda seção, vamos utilizar o mesmo recorte de atores, porém, iremos testá-los em uma classificação que trate da dicotomia entre atores estatais e não-estatais. Para tal, tomamos como base a liturgia oferecida pela *International Law Association* (ILA), a principal autoridade no estudo dos novos rumos dos atores não estatais. A ILA, em seu último relatório, define atores estatais como “*legally recognized and organised entities that are not comprised of nor governed or controlled by States nor groups of States and that actually perform functions in the international arena that have real or potential effects on international law*”.¹⁸

18 International Law Association Report on Non-State Actors – Johannesburg Conference (2016), p. 4. Disponível em: <<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1206&StorageFileGuid=fd5b9048-2919-45dc-bcbe-bca53fd4c7a7>>.

O objetivo de análise foi justamente partir da categorização da ILA, porém adicionando certas alterações. Concordamos com sua fundamentação geral, mas decidimos, além disso, atribuir uma dinâmica e composição residual para o conceito de atores não estatais. Dessa maneira, serão incorporados basicamente todos aqueles que não se enquadram, propriamente, à esfera estatal.

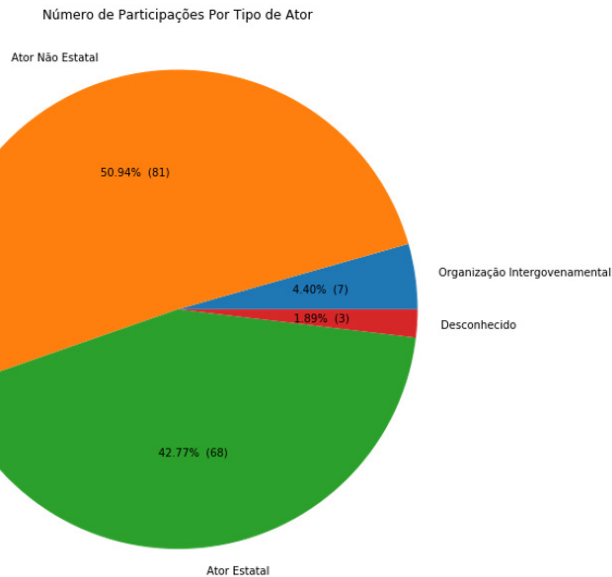


Figura 2. Categorização por tipo de ator conforme literatura da ILA

A partir das alterações metodológicas na utilização dos nossos dados – partindo da literatura fornecida pela ILA – podemos ter uma visão mais fiel e dinâmica do *amicus curiae* em sua integralidade. Como demonstra a Figura 2, nossa segunda aplicação dos dados, a participação de atores não estatais – ao todo (50,9%) – ultrapassa, surpreendentemente, a de atores estatais. As alterações metodológicas feitas à definição de “atores não estatais” nos permite, agora, ter uma noção ampla e abrangente da realidade dos tribunais. Podemos, assim, construir o argumento de que o desenvolvimento do *amicus curiae* demonstra uma evasão ao escopo limitado oferecido aos estados-membros de certos tratados. O mecanismo aparenta tomar novos e diversificados rumos, aludindo ao que Olga Gerlich uma vez denominou de “abertura de portas”¹⁹ a diversos novos e distintos atores que desejam expressar um interesse paralelo aos respectivos casos em pauta.

19 GERLICH, Olga. More Than a Friend? The European Commission's Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitration. In: International Economic Law: Contemporary Issues, 2017, p. 257.

4. AVALIANDO AS REQUISIÇÕES DOS *AMICI CURIAE* AOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

Partimos agora para a análise das solicitações apresentadas nas petições de *amicus curiae*. O objetivo é entender as ambições prevalentes dos *amici* em potencial, e subsequentemente, se são abarcados, ou não, pelo tribunal arbitral. Pelo fato de não haver codificações próprias acerca dos direitos processuais que *amici curiae* podem solicitar, as espécies de pleitos foram, assim, construídas dogmaticamente pela doutrina, pela iniciativa dos aplicantes, e, evidentemente, pela construção da jurisprudência ao longo das últimas décadas. Lembre-se, atores estatais, por se enquadrarem em uma regulação específica e limitada de cada tratado de investimento, não se enquadram neste aspecto, por não necessitarem nenhuma petição.

Diagnosticamos um total de 80 pedidos dentre os casos, divididos em quatro pleitos diferentes, que podem ser apresentados individualmente ou conjuntamente: (i) submissão de memorial; (ii) acesso a documentos; (iii) presença nas audiências; (iv) se tornar uma parte da lide.

À luz dos dados na Figura 3, observa-se que a submissão de memoriais escritos se enquadra como o pleito com resultado mais substancial. De todas as 45 solicitações, 30 foram dadas o direito à submissão do memorial escrito. Ressalto, novamente, que começamos a evidenciar uma abertura de novas portas para atores não estatais, OSCs e OIGs emergirem e apresentarem preocupações paralelas – e muitas vezes públicas – auxiliando na busca por atenuar o hiato democrático do ISDS enquanto sistema de resolução de conflitos.

Em seguida, as deliberações dos Tribunais no que tange ao acesso a documentos e à possibilidade de participação física nas audiências são relativamente parecidas. Enquanto o primeiro pleito obteve 17 pedidos, com 11 denegações (64,7%) e 3 deferimentos (17,6%), o último possuiu 16 solicitações, com 12 denegações (75%) e 2 deferimentos (12,5%).

Fica claro, assim, que o CIRDI, enquanto instituição, ainda se coloca em posição de receio em termos de estender aos *amici* esses dois outros direitos complementares. O atual modelo do ISDS não dispõe de qualquer maneira de regulação quanto a esse quesito, deixando uma questão tão controversa à mercê das prerrogativas processuais dos árbitros e da autonomia da vontade das partes. O Tribunal em *Biwater Gauff v. Tanzania*, por exemplo, emitiu entendimento que ressoou em diversos outros casos, arguindo que tais pleitos – secundários por natureza – não deveriam fazer constituir a função de um *amicus curiae*, por infringirem a privacidade e autonomia processual das partes que compõem a lide.²⁰

20 ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia*, Case No. ARB/05/22, Decision on Amicus Curiae Status, 2 fev. 2007, p 64 – 5.

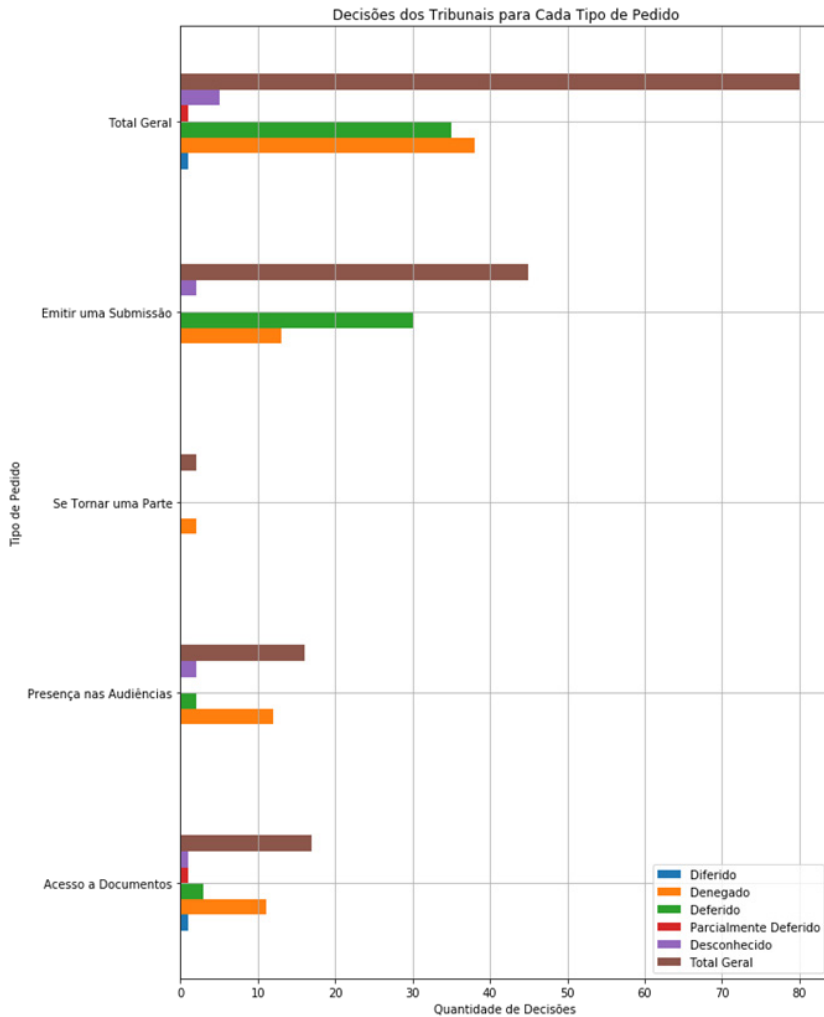


Figura 3. Número de decisões dos tribunais arbitrais para cada tipo de pleito processual

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS

O propósito deste projeto de pesquisa foi o de capturar, empiricamente, os novos rumos tomados pelo instituto do *amicus curiae* no âmbito dos Tribunais da CIRDI, de modo a comprovar o seu maior protagonismo em diversas das mais relevantes discussões no ISDS, com uma ampla diversificação de sua pauta de atores. Ademais, a pesquisa também se destinou a observar quantitativamente a dinâmica atinente à primeira linha de interação entre

os *amici* em potencial e os Tribunais, compreendendo quais tipos de pleitos têm sido feitos, e como os árbitros têm decidido. A ideia de fundo, nesse sentido, foi a de mapear os novos rumos e a relevância do mecanismo.

Os resultados demonstrados neste relatório podem ser sistematizados da seguinte maneira:

- (i) Não há mais um predomínio abundante de submissões de atores estatais, no sentido de ter-se aberto novos espaços para uma rica diversidade de atores não estatais e OIGs, sobretudo no que se refere à atuação das OSCs. Ao todo, o papel das OSCs e das OIGs foi de o apresentar perspectivas paralelas relacionadas aos interesses públicos, que tendem a circundar a realidade fática de cada caso, muitos dos quais versam sobre políticas públicas e bens públicos globais.
- (ii) Primordialmente, mesmo que com uma baixa taxa de aceitação de alguns direitos processuais, os Tribunais, em maioria, foram favoráveis à emissão dos tradicionais memoriais de *amicus curiae*, escritos pelos atores não estatais e OIGs. Tal fato ilustra, de certo modo, a ira de representantes da sociedade civil a se engajarem e compartilharem perspectivas mais amplas.

Os autores desta pesquisa esperam que os resultados e dados obtidos possam servir de base para a elaboração e formulação de mudanças institucionais que continue modificando e aprimorando o alcance e a eficácia do instituto do *amicus curiae*, tido – para a presente pesquisa – como instrumento de *accountability* fundamental na tentativa de eliminar o hiato democrático entre os agentes privados da disputa e os interesses públicos complexos da sociedade civil.

Ao considerar todo esse conjunto, o próximo passo é pensar em mudanças institucionais que continue regulando e aprimorando o funcionamento deste instituto, tendente a uma jurisprudência mais favorável, e que mesmo assim não abuse da privacidade das partes. No plano internacional, diversas alterações arquitetadas já estão sendo promovidas, partindo de emendas às regras da CIRDI à ideais extremamente ambiciosas – e até mesmo radicais – que visam abolir o regime vigente, formulando modelos de solução de disputas paralelos para atender a interesses específicos da sociedade.²¹ Espera-se, portanto, que se dê continuidade aos estudos voltados à promoção de transparência, legitimidade e responsividade do atual modelo do ISDS, o qual, desde sua criação, sofre duras críticas por dispor de características excessivamente duras e pouco democráticas.

21 Ver: Why the European Union should not ditch bilateral investment treaties. The Economist, 8 Jun. 2019. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2019/06/08/why-the-european-union-should-not-ditch-bilateral-investment-treaties>>. Acesso em: 15 maio 2020.

DESIERTO, Diane. Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Ejlil Talk, 2019. Disponível em: <<https://www.ejliltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>. Acesso em: 18 maio 2020.

6. REFERÊNCIAS

Capítulos de Livro:

DE BRABANDERE, Eric. Non-State Actors in International Dispute Settlement: Pragmatism in International Law. In: **Participants in the International Legal System**, Jean d'Aspremont, 2011, p. 342-359.

HERNANDEZ, Gleider. Non-State Actors from the Perspective of the International Court of Justice. In: **Participants in the International Legal System**, Jean d'Aspremont, 2011, p. 140-164.

Artigos Acadêmicos:

AFONSO, Felipe. A Comissão Europeia como amicus curiae do Tribunal Arbitral: uma relação legítima? In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 60, 2019. p. 237-257.

BUTLER, Nicolette. Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: *Faux Amici*? In: **Netherlands International Law Review**, 2019. p. 143-178.

DE BRABANDERE, Eric. Amicus Curiae: Investment Arbitration. In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**, Oxford: Oxford University Press, 2019.

GERLICH, Olga. More Than a Friend? The European Commission's Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitration. In: **International Economic Law: Contemporary Issues**, 2017. p. 254-268.

LEVINE, Eugenia. Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-party Participation. In: **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 6, 2011. p. 200-224.

SIMÕES, Fernando Dias. A Guardian and a Friend? The European Commission Participation in Investment Arbitration. In: **Michigan State International Law Review**, v. 25, 2017. p. 234-303.

WEI-CHUNG, Lin. Safeguarding the Environment? The Effectiveness of *Amicus Curiae* Submissions in Investor-State Arbitration. In: **International Community Law Review**, v. 19, 2017.

WOJCIKIEWICZ, Paula; HÜHNE, Gabriela. Is International Adjudication a Global Public Good? Procedure vs. GPG Before the ICJ. In: **Revista de Direito da Cidade**, 2018. p. 597-620.

Artigos Online e Blogs:

DESIERTO, Diane. Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. EjiL Talk, 2019. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft>>

-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

SACHS, Lisa; JOHNSON, Lise; CORDES, Kaitlin *et al.* Saving Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at Heart. CCSI, 2019. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/2019/09/06/saving-the-business-and-human-rights-arbitration-rule-project-put-human-rights-holders-at-the-heart/>>. Acesso em 14 jan. 2020.

Jurisprudência:

NAFTA Ch. 11 Arb. Trib., 15 January 2001, Methanex Corp. v. USA.

ICSID, 21 October 2005, Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, Case No. ARB/02/3.

ICSID, 9 April 2015, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Case No. ARB/03/19.

ICSID, 28 April 2009, Electrabel S.A. v. Hungary, Case No. ARB/07/19.

ICSID, 11 December 2013, Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, Case No. ARB/05/20.

UNCITRAL, 30 May 2017, Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica, Case No. UNCT/13/2.

ICSID, 3 November 2015, Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, Case No. ARB/11/33

ICSID, 9 January 2003, ADF Group Inc. v. United States of América, Case No. ARB(AF)/00/1

ICSID, 23 September 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömű Kft v. Hungary, Case No. ARB/07/22

ICSID, 25 August 2014, Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. United States of América, Case No. ARB (AF)12/1)

ICSID, 19 June 2007, Bayview Irrigation District et al v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/05/1

ICSID, 30 November 2007, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, Case No. ARB/14/2

ICSID, 28 July 2015, Bernard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Case No. ARB/10/15

ICSID, 24 July 2008, Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, Case No. ARB/05/22

ICSID, 21 November 2018, Border Timbers Ltd., Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe, Case No. ARB/10/25

ICSID, 13 December 2017, Bridgestone Licensing Services Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, Case No. ARB/16/34

ICSID, 21 February 2014, Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan, Case No. ARB/09/5

ICSID, 18 September 2018, Cargill, Incorporated v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/05/2

ICSID, 14 March 2011, Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, Case No. ARB/09/17

ICSID, 31 May 2016, Corona Materials LLC v. Dominican Republic, Case No. ARB(AF)/14/3

ICSID, 4 April 2016, Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, Case No. ARB(AF)/11/2

ICSID, 25 November 2019, Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, Case No. ARB/16/41

ICSID, 13 March 2019, Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l v. United Kingdom of Spain, Case No. ARB/13/36

UNCITRAL, 16 March 2017, Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Case No. UNCT/14/2

ICSID, Engie SA, GDF International SAS and ENGIE International Holdings BV v. Hungary, Case No. ARB/16/14

ICSID, 17 July 2006, Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, Case No. ARB(AF)/02/1

ICSID, 29 October 2019, Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, Case No. ARB/15/31

UNCITRAL, 8 June 2009, Glamis Gold, Ltd. v. The United States of América.

UNCITRAL, 13 November 2019, Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Pery Holdings LLC v. Peru, Case No. UNCT/18/2

ICSID, Iderdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, Case No. ARB/09/05

ICSID, 4 December 2017, Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, Case No. ARB/14/5

UNCITRAL, 26 January 2006, International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States

ICSID, 22 March 2019, Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay, Case No. ARB/16/9

UNCITRAL, 30 April 2015, KBR, Inc. v. United Mexican States, Case No. UNCT/14/1

ICSID, 26 June 2019, Lion Mexico Consolidated L.P. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/15/2

ICSID, 26 June 2003, Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Case No. ARB(AF)/98/3

UNCITRAL, 26 September 2017, Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, Case No. UNCT/15/2

ICSID, 16 December 2002, Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/99/1)

ICSID, 6 March 2018, Mercer International Inc. v. Government of Canada, Case No. ARB(AF)/12/3

ICSID, 31 March 2010, Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, Case No. UNCT/07/1

ICSID, 30 August 2000, Metalclad Corporation v. The United Mexican States, No. ARB(AF)/97/1

ICSID, 20 February 2015, Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, Case No. ARB(AF)/07/4

ICSID, 13 July 2018, Mobil Investments Canada Inc. v. Canada, Case No. ARB/15/6

ICSID, 11 October 2002, Mondev International Ltd. v. United States of América, Case No. ARB(AF)/99/2

ICSID, 1 June 2012, Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, Case No. ARB/09/12

ICSID, 26 September 2016, Phillip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, Case No. ARB/10/7

ICSID, Piero Foresti, Laura de Carlo & others v. Republic of South África, Case No. ARB(AF)/07/1

ICSID, 29 June 2012, Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, Case No. ARB/07/23

ICSID, S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania (ICSID Case No. ARB/07/13).

UNCITRAL, 30 May 2017, Spence International Investments, LLC, et al v. The Government of the Republic of Costa Rica, Case No. UNCT/13/2.

UNCITRAL, 9 November 2016, The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru (ICSID Case No. UNCT/13/1).

UNCITRAL, 22 November 2002, United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, Case No. UNCT/02/1.

ICSID, United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia, Case No. ARB/14/24.

ICSID, 9 October 2014, Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, Case No. ARB/07/27).

ICSID, 2 June 2000, Waste Management, Inc. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/98/2.

